

Titel:

Anordnung zur Öffnung oder Teilöffnung eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum

Normenkette:

VwGO § 123

BayIfSMV § 2 Abs. 4 S. 2

Leitsätze:

1. Bei einer Abwägung zeitlich befristeter Eingriffe in die Grundrechte der Normadressaten mit dem Grundrecht behandlungsbedürftiger, teilweise lebensbedrohlich erkrankender Personen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und dem Schutz einer Überlastung medizinischer Behandlungskapazitäten, setzt sich der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit und der Schutz des Gesundheitssystems der Bundesrepublik Deutschland durch. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die durch Art. 2 Abs. 5 2. BayIfSMV bewirkte Ungleichbehandlung von Einzelhandelsgeschäften in einem Einkaufszentrum und solchen außerhalb eines Einkaufszentrums ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht vereinbar. (Rn. 63) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Öffnung oder Teilöffnung eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum auf der Grundlage der 2. BayIfSMV, Anordnungsanspruch, Anordnungsgrund, berechtigtes Interesse, Innenbereich, Normenkontrolle, Untersagung, Versammlungsfreiheit, Verwaltungsakt, Vorhaben, Öffnung, Ladengeschäft, Teilöffnung, Einkaufszentrum

Fundstelle:

BeckRS 2020, 7826

Tenor

I. Es wird vorläufig festgestellt, dass die Antragstellerin auf der Grundlage der 2. BayIfSMV vom 16.04.2020, zuletzt geändert am 20.04.2020 ihr Einzelhandelsgeschäft für Sportartikel im Einkaufszentrum in A... im 1. Obergeschoss mit einer Verkaufsfläche von 707,92 m² nach Absperrung der oberen Ebene des Ladengeschäfts mittels Sperrung der dortigen Zugangstüren sowie der im Ladengeschäft befindlichen Verbindungstreppe zur unteren Ebene ab 27.04.2020 wieder öffnen darf.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte.

III. Der Streitwert wird auf 2500 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin möchte im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erreichen, dass sie ihr Einzelhandelsgeschäft im Einkaufszentrum in A... ab dem 27.04.2020 wieder öffnen darf.

2

Die Antragstellerin betreibt ein Einzelhandelsgeschäft für Sportartikel. Die Verkaufsfläche dieses Ladengeschäfts beträgt nach Angaben der Antragstellerin insgesamt ungefähr 1500 m² und verteilt sich auf 2 Ebenen. Die untere Ebene (1. Obergeschoss des Einkaufszentrums A...) habe eine Verkaufsfläche von 707,92 m², die obere Ebene (2. Obergeschoss des Einkaufszentrums A...) habe eine Verkaufsfläche von 717 m². Beide Ebenen könnten jeweils separat durch eigene Zugangstüren über die Geh- und Aufenthaltsflächen auf den jeweiligen Geschossen des Einkaufszentrums betreten werden und seien außerdem im Innenbereich des Ladengeschäfts durch eine Verbindungstreppe verbunden.

3

Die WHO hat am 11.3.2020 die weltweite Ausbreitung von Covid-19 zu einer Pandemie erklärt. Das Robert-Koch-Institut schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland derzeit als hoch ein, für Risikogruppen sogar als sehr hoch.

4

§ 32 Infektionsschutzgesetz ermächtigt die Landesregierungen durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Zu diesem Zweck können Grundrechte, insbesondere das Recht auf Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG eingeschränkt werden.

5

Mit Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 16.4.2020 und 21.4.2020 wurde die Zweite Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 16.4.2020, geändert durch die Verordnung zur Änderung der Zweiten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 20.4.2020 erlassen (2. BayIfSMV).

6

Die 2. BayIfSMV sieht umfangreiche Maßnahmen vor, um die Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 einzudämmen.

7

Die Verordnung enthält in § 2 Abs. 4 Satz 1 2. BayIfSMV ein grundsätzliches Verbot, Ladengeschäfte des Einzelhandels zu öffnen. Nach § 2 Abs. 4 Satz 2 BayIfSMV sind Einzelhandelsgeschäfte aus bestimmten Sortimentsbereichen von diesem grundsätzlichen Verbot ausgenommen.

8

Abweichend von § 2 Abs. 4 Satz 1 und 5 2. BayIfSMV ist nach § 2 Abs. 5 2. BayIfSMV die Öffnung von sonstigen Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels auch zulässig, wenn

1. deren Verkaufsräume eine Fläche von 800 m² nicht überschreiten und
2. der Betreiber durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20 m² Verkaufsfläche.

9

Aufgrund einer Anfrage der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 23.04.2020 mitgeteilt, dass Ladengeschäfte im Einkaufszentrum, sofern sie nicht unter § 2 Abs. 4 BayIfSMV fallen, nicht öffnen dürften. Hierbei sei nicht relevant, ob jedes einzelne Ladengeschäft für sich genommen unter 800 m² Verkaufsfläche liege. Das Einkaufszentrum sei als Einheit anzusehen. Die aktuelle FAQ-Liste des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege führe ausdrücklich aus, dass alle unter § 2 Abs. 4 Satz 1 2. BayIfSMV fallenden Einzelhandelsgeschäfte und Dienstleister in einem Einkaufszentrum entsprechend § 11 Abs. 3 BauNVO öffnen dürften, sonstige Ladengeschäfte im Einkaufszentrum jedoch nicht von der 800 m²-Regel Gebrauch machen dürften. Hierbei bestehe kein Ermessensspielraum. Es sei daher nicht möglich, jedes Ladengeschäft einzeln zu betrachten hinsichtlich der 800 m²-Verkaufsfläche. Alle Ladengeschäfte im Einkaufszentrum, welche nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 4 der 2. BayIfSMV fielen, dürften ab 27. April nicht öffnen. Hiervon könne auch keine Ausnahme gemacht werden.

10

Mit Schreiben vom 27.04.2020, bei Gericht eingegangen am gleichen Tage, stellte die Antragstellerin daraufhin durch ihren Bevollmächtigten einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz mit dem Ziel, ihr Ladengeschäft im Einkaufszentrum ab dem 27.4.2020 öffnen zu dürfen. Zur Begründung wird vorgetragen, dass sie ein berechtigtes Interesse an einer Feststellung ihres Anspruchs habe. Nach der Mitteilung der Antragsgegnerin vom 23.04.2020 müsse sie im Falle einer Öffnung ihres Einzelhandelsgeschäfts am 27.04.2020 damit rechnen, dass die Antragsgegnerin ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen sie einleitete. Die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes sei ihr daher nicht zumutbar. Sie müsse Klarheit darüber erhalten, ob eine Öffnung ihres Einzelhandelsgeschäfts rechtmäßig sei. Die Antragstellerin habe einen Anspruch auf Öffnung ihres Einzelhandelsgeschäfts (Anordnungsanspruch, § 123 Abs. 1 VwGO). Der bayerische Verwaltungsgerichtshof habe im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens mit Beschluss vom 27.04.2020 (Az. 20 NE 20.793) festgestellt, dass sowohl § 2 Abs. 4 2. BayIfSMV als auch § 2 Abs. 5 2. BayIfSMV gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstießen und daher verfassungswidrig seien. § 2 Abs. 4 und 5 2. BayIfSMV seien daher keine geeignete Rechtsgrundlage für

die Untersagung der verfahrensgegenständlichen Betriebsführung durch die Antragstellerin. Selbst wenn man aber § 2 Abs. 4 und Abs. 5 der 2. BayIfSMV als taugliche Rechtsgrundlage ansehen würde, hätte die Antragstellerin einen Anspruch auf Öffnung ihres Einzelhandelsgeschäfts im Einkaufszentrum, denn die Antragstellerin erfülle durch Vornahme der angekündigten Absperrungen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV. Durch eine Absperrung und Abtrennung der Verbindungstreppe zwischen den Etagen überschritten die Verkaufsräume im 1. Obergeschoss und im 2. Obergeschoss jeweils eine Fläche von 800 m² nicht. Es entstünden hierdurch zwei völlig separate, voneinander unabhängig öffnende Ladengeschäfte mit jeweils unter 800 m² Verkaufsfläche. Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV seien mithin erfüllt. Eine Einschränkung dahingehend, dass nur solche Verkaufsräume erfasst werden, die schon baulich bislang maximal eine Fläche von 800 m² aufwiesen, enthalte die Norm nicht. Die Auslegung der Norm nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik ergebe nicht, dass nachträgliche Begrenzungen der Verkaufsfläche durch Abtrennung unzulässig wären. Eine solche Regelung wäre im Übrigen auch verfassungswidrig. Sie würde sowohl gegen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG als auch den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Die Begrenzung auf 800 m² sei schon an sich weder geeignet noch erforderlich, dem Zweck der 2. BayIfSMV - nämlich dem Schutz vor weiteren Infektionen - zu dienen und sei bereits aus diesem Grund verfassungswidrig. Einen sachlichen Grund, Buchhandlungen, Gärtnereien, Bau- und Gartenmärkte sowie den Fahrradhandel anders zu bewerten als Sportgeschäfte gebe es nicht, sodass § 2 Abs. 4 und 5 der 2. BayIfSMV gegen den Gleichheitsgrundsatz verstießen und aus diesem Grunde verfassungswidrig seien. Erst recht gebe es keinen sachlichen Grund, auf 800 m² verkleinerte Läden anders zu bewerten als Läden, die schon baulich nicht größer als 800 m² seien. Ein infektionsschutzrechtlicher Aspekt käme einer solchen Differenzierung nicht zu. Auch der Umstand, dass sich das Einzelhandelsgeschäft der Antragstellerin im Einkaufszentrum befinde, beseitige den Anspruch gemäß § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV nicht. Ladengeschäfte des Einzelhandels, deren Verkaufsräume eine Fläche von 800 m² nicht überschritten, seien von der Privilegierung des § 2 Abs. 5 2. BayIfSMV erfasst, unabhängig davon, ob sie sich in einer Innenstadtlage oder in einem Einkaufszentrum befänden. Die Flächenbegrenzung von 800 m² in § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV beziehe sich auf die in Einkaufszentren gelegenen jeweiligen Verkaufsräume und nicht auf das Einkaufszentrum als solches. Damit sei zugleich gesagt, dass in Einkaufszentren auch die „sonstigen Ladengeschäfte“, deren Verkaufsräume eine Fläche von 800 m² nicht überschritten, öffnen dürften. Die Auslegung, dass das Einkaufszentrum als Einheit zu sehen sei, lasse sich vor allem auch unter dem Gesichtspunkt des Infektionsschutzes nicht begründen.

11

Die Antragstellerin werde im Falle einer Öffnung des Geschäfts ein Schutz- und Hygienekonzept mit folgenden Maßgaben umsetzen:

- Durch Kontrollen am jeweiligen Ladeneingang werde sichergestellt, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher sei als ein Kunde je 20 m² Verkaufsfläche. Somit seien im Falle einer vollständigen Öffnung des gesamten Geschäfts nicht mehr als 66 Kunden in der unteren und oberen Ebene, im Falle einer vollständigen Öffnung des Geschäfts in Form von 2 separaten unabhängigen Ladeneinheiten nicht mehr als 29 Kunden in der unteren Ebene und nicht mehr als 37 Kunden in der oberen Ebene oder bei Schließung der kompletten oberen Ebene nicht mehr als 29 Kunden im unteren Geschäft.
- Die Kunden würden durch Hinweistafeln auf die Einhaltung der allgemeinen Hygieneregeln hingewiesen.
- Gänge und Verkaufsstände seien so angeordnet, dass der Mindestabstand von 1,50 m eingehalten werden könne. Bei Nichteinhaltung seien die Mitarbeiter angehalten, einzuschreiten und auf die Einhaltung hinzuweisen.
- Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter würden eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen und es würden nur Kunden eingelassen, die ebenfalls eine Mund-Nasen-Bedeckung trügen.
- Am Eingang fänden sich jeweils Desinfektionsständer, an den Kassen sei ein Spuckschutz angebracht.

12

Die ... GmbH als Betreiberin des Einkaufszentrums A... habe entsprechend § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 4 der 2. BayIfSMV ein Schutz- und Hygienekonzept für die Geh- und Aufenthaltsflächen des Einkaufszentrums abgearbeitet. Die wesentlichen Eckdaten des Schutz- und Hygienekonzeptes sowie des Parkplatzkonzeptes seien:

- Die Zahl der gleichzeitig im Einkaufszentrum anwesenden Kunden werde entsprechend § 2 Abs. 5 Nr. 2 der 2. BayLfSMV auf 1500 Personen begrenzt.
- Von den insgesamt 19 Zugängen zum Einkaufszentrum seien nur 4 Eingänge geöffnet. Die Gesamtzahl der Kunden werde durch automatisierte, ergänzt um manuelle Kundenzählungen sowie durch die Auslastung der Parkflächen überwacht.
- Die Vorgabe des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 der 2. BayLfSMV (Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 m zwischen den Kunden) werde durchaus Aushänge an allen Eingängen, Durchsagen im 10 Minutentakt, Bodenstreifen bis zur Infozentrale und bei Notwendigkeit durch Einbahn-Regelungen längs der Ladenstraßen umgesetzt.
- Die Vorgaben des § 2 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 und 3 der 2. BayLfSMV (Mund-Nasen-Bedeckung für Personal und Kunden) würden ebenfalls umgesetzt.
- Die maschinellen Lüftungsanlagen sorgten durch eine hohe stündliche Luftwechselrate und Filterung der eingebrachten Luft für einen stetigen Luftaustausch.
- Das Einkaufszentrum verfüge über insgesamt ca. 3300 Stellplätze, sodass für die maximale gleichzeitige Kundenzahl von 1500 Personen genügend Parkraum vorhanden sei, um entsprechenden Abstand sicherzustellen. Die Gesamtzahl der Pkw werde so beschränkt, dass sichergestellt werde, dass ausreichend Abstand gehalten werden könne.
- An allen Einfahrten würden Hinweisschilder angebracht, dass auch beim Ein- und Aussteigen aus dem Fahrzeug und beim Be- und Entladen ein Mindestabstand von 1,5 m einzuhalten sei.

13

Darüber hinaus lasse sich die 20 m²-Verkaufsflächen-Regelung je Kunde beim Ladengeschäft der Antragstellerin besser verwirklichen und durchsetzen als in einem vergleichbaren Geschäft an einer Einkaufsstraße. Dies ergebe sich daraus, dass die Betreiberin des Einkaufszentrums durch ihre Zutrittssteuerung eine faktische Vorkontrolle ausübe und bei Erreichen des Kundenkontingents hinsichtlich der 20 m²-Verkaufsfläche im Ladengeschäft weitere Kunden nicht im Freien warten müssten, sondern geordnet in der Ladenstraße des Einkaufszentrums. Nicht zuletzt wäre die zwangsweise Schließung von in einem Einkaufszentrum verorteten Einzelhandelsgeschäften eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Es sei schon nicht zu rechtfertigen, weshalb Einzelhandelsgeschäfte in der Innenstadt öffnen dürften, während Einzelhandelsgeschäfte in Einkaufszentren geschlossen bleiben müssten. Außerdem seien die Beschränkungen der Verkaufsflächen und damit Einkaufsmöglichkeiten in Einkaufszentren aus infektologischer Sicht kontraproduktiv. Sie führe dazu, dass sich die Verbraucher in den verbleibenden Einkaufsgelegenheiten, so etwa den Innenstädten drängten.

14

Für die Antragstellerin wird beantragt,

im Wege einer einstweiligen Anordnung festzustellen, dass es der Antragstellerin erlaubt ist, ihr Einzelhandelsgeschäft im Einkaufszentrum A... ab 27.04.2020 zu betreiben,

hilfsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung festzustellen, dass es der Antragstellerin erlaubt ist, ihr Einzelhandelsgeschäft im Einkaufszentrum A... ab 27.04.2020 nach Absperrung der im Ladengeschäft befindlichen Verbindungstreppe in Form von 2 separaten, geschossweise getrennten und voneinander unabhängig geführten Ladengeschäften auf beiden Geschossen des Einkaufszentrums A... (1. Obergeschoss und 2. Obergeschoss) zu betreiben, wiederum hilfsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung festzustellen, dass es der Antragstellerin erlaubt ist, ihr Einzelhandelsgeschäft im Einkaufszentrum A... ab 27.04.2020 nach Absperrung der oberen Ebene des Ladengeschäfts mittels Sperrung der dortigen Zugangstüren sowie der im Ladengeschäft verbindlichen Verbindungstreppe zur unteren Ebene ausschließlich auf der unteren Ebene zu betreiben.

15

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Eilantrag kostenpflichtig abzulehnen.

16

Zur Begründung trägt die Antragsgegnerin vor, der Antrag sei bereits unstatthaft. Die Antragstellerin wende sich nicht gegen eine bestimmte Entscheidung der Antragsgegnerin und stehe auch sonst zu dieser nicht in einem Rechtsverhältnis, aus dem sich ein Anspruch gegen die Stadt A... auf die beantragte Feststellung ergeben könnte. Die Antragstellerin wende sich vielmehr de facto gegen § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV, sodass zumindest in Erwägung zu ziehen sei, dass richtige Klageart für das Anliegen der Antragstellerin die Normenkontrolle nach § 47 VwGO sei und der einstweilige Rechtsschutz gemäß § 47 Abs. 6 VwGO zu stellen sei. Jedenfalls sei der Antrag unbegründet, da die Antragsgegnerin nicht passivlegitimiert sei. Die Öffnung des Ladengeschäfts der Antragstellerin ergebe sich unmittelbar aufgrund der 2. BayIfSMV, der Kreisverwaltungsbehörde käme hier kein Spielraum zu. Der richtige Antragsgegner sei nach prozessualen Maßstäben zu ermitteln; es gelte das Rechtsträgerprinzip. Richtiger Beklagter sei daher der Freistaat Bayern und nicht die Stadt A... Der Antrag sei darüber hinaus unbegründet, da in der Sache kein Anspruch auf Geschäftseröffnung bestehe. Die Antragstellerin falle nicht unter die abschließend in der 2. BayIfSMV aufgezählten Ausnahmemöglichkeiten. Von der Ausnahme des § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV seien nur Einkaufszentren umfasst, deren Verkaufsräume zusammengenommen eine Fläche von 800 m² nicht überschritten. Dies sei vorliegend unstrittig nicht der Fall. Dies folge bereits aus der Intention des Verordnungsgebers, sogenannte „Hotspots“ unter allen Umständen zu vermeiden. Hierzu werde verwiesen auf Entscheidungen des VG Ansbach vom 24.4.2020 und vom 26.4.2020. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass auch innerhalb eines Einkaufszentrums die Größe eines jeden Ladengeschäfts einzeln zu bewerten wäre, so überschreite das Ladengeschäft der Antragstellerin den Grenzwert von 800 m² erheblich. Eine vollständige Öffnung desselben scheidet daher in jedem Fall aus. Auch nach der Entscheidung des BayVGH vom 27.4.2020 sei § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV nach wie vor eine taugliche Rechtsgrundlage, um das Öffnen von Ladengeschäften innerhalb von Einkaufszentren zu untersagen. Auch die von der Antragstellerin beabsichtigte Trennung ihres Ladengeschäfts in mehrere einzelne Verkaufsflächen sei bereits baurechtlich nicht möglich, da es sich bei dem streitgegenständlichen Ladengeschäft um eine organisatorische Einheit handle, welche nicht separat voneinander betrieben werden könne. Außerdem sei die Absperrung des Ladengeschäfts zur Schaffung von getrennt zu betreibenden Ladenzeilen mit dem Sinn und Zweck des § 2 der 2. BayIfSMV nicht vereinbar. Selbst bei Trennung der zuvor einheitlichen Verkaufsflächen bleibe die Sogwirkung insgesamt erhalten. Bei paralleler Öffnung beider Geschosse und somit bei Anbieten des exakt gleichen Sortiments wie bei Öffnung des Ladengeschäfts als Ganzes, bleibe es faktisch bei der Öffnung eines einheitlichen Ladens. Ob die Kunden das jeweils andere Stockwerk über das interne Treppenhaus oder über das Treppenhaus des Einkaufszentrums erreichten, sei ohne Belang. Für den Kunden stelle es sich als einheitliches Ladengeschäft dar. Es trage denselben Namen und werde von demselben Inhaber betrieben. Daher läge auch im Falle des Hilfsantrags zu 1 die Öffnung eines einheitlichen Ladengeschäfts mit einer Größe von mehr als 800 m² vor, die aus infektionsschutzrechtlicher Sicht nicht verantwortbar wäre. Die Antragsgegnerin sei nicht in der Lage die einzelnen Hygienekonzepte fachlich zu bewerten. Dies sei Aufgabe der Fachbehörde Gesundheitsamt. Eine vollständige Öffnung von Einkaufszentren wie dem Einkaufszentrum und die damit verbundene Schaffung derartiger „Hotspots“ sei aus infektionsschutzrechtlicher Sicht unter keinen Umständen vertretbar und werde eine erneute schwere Infektionsquelle zur Folge haben.

17

Wegen der weiteren Einzelheiten und dem Vorbringen der Beteiligten wird auf den Inhalt der Akten in dem Verfahren RO 14 E 20.707 verwiesen.

II.

18

Der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag sind zwar zulässig, aber unbegründet und werden daher abzuweisen. Dem zweiten Hilfsantrag wird stattgegeben. Er ist zulässig und begründet.

19

1. Die Anträge gemäß § 123 VwGO sind statthaft.

20

a) In dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.04.2020 mangelt es an einer Willenserklärung, die auf eine Regelung im Einzelfall gerichtet ist. Folglich liegt kein Verwaltungsakt gem. Art. 35 Abs. 1 BayVwVfG vor, den die Antragstellerin in der Hauptsache mit einer Anfechtungsklage mit aufschiebender Wirkung

anfechten könnte. Die Antragsgegnerin hat lediglich ihre Rechtsauffassung mitgeteilt, ohne diese gegenüber der Antragstellerin verbindlich festsetzen zu wollen.

21

Insbesondere ist eine auf Feststellung gerichtete einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO hier statthaft, da sich die Frage der Betriebsöffnung unmittelbar nach der 2. BayIfSMV in der Fassung vom 20.04.2020 beurteilt, ohne dass eine behördliche Zulassungsentscheidung vorgesehen wäre. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

22

Die Antragstellerin kann ihr konkretes Rechtsschutzziel auch nicht im Wege einer Normenkontrolle bzw. einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO erlangen. Sie wendet sich nicht gegen die 2. BayIfSMV als Ganzes oder gegen die Wirksamkeit einzelner Vorschriften dieser Verordnung, sondern begehrt die Feststellung, dass die Öffnung ihres konkreten Ladengeschäfts rechtmäßig ist. Dieses Rechtsschutzziel ist nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu erreichen.

23

b) Die Antragstellerin kann auch ein Rechtsschutzbedürfnis geltend machen. Der Antragstellerin ist nicht zuzumuten, auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung das Ladengeschäft zu öffnen und etwaige künftige behördliche Untersagungen in Kauf zu nehmen. Darüber hinaus ist ein Verstoß gegen die Betriebsuntersagung gem. § 2 Abs. 4 2. BayIfSMV bußgeldbewehrt. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, sich dem Risiko auszusetzen, eine Ordnungswidrigkeit zu begehen.

24

2. Die Antragsgegnerin ist auch passivlegitimiert. Zwar steht der Antragsgegnerin keine Befugnis zu, Ausnahmegenehmigungen vom allgemeinen Verbot, Ladengeschäfte zu öffnen, zu erteilen. Allerdings ist die Antragsgegnerin zuständige Sicherheits- und Bußgeldbehörde. Insoweit ergibt sich unter den in Ziff. 1 b) genannten Gründen die Passivlegitimation der Antragsgegnerin.

25

3. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern (Regelungsanordnung).

26

Erforderlich ist jeweils, dass sowohl ein Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit) als auch ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht sind. Hieran gemessen hat der Antrag der Antragstellerin zwar im Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag keinen Erfolg, stattzugeben war allerdings dem zweiten Hilfsantrag.

27

Der Anordnungsgrund ergibt sich bereits daraus, dass die Betriebsschließung einen massiven Eingriff in die Berufsfreiheit der Antragstellerin darstellt und mit gravierenden finanziellen Einbußen einhergeht, die eine Gefährdung von Arbeitsplätzen und des Unternehmens nach sich ziehen. Die Streitsache ist auch eilbedürftig, um die wirtschaftlichen Schäden für den Ladeninhaber möglichst zu begrenzen.

28

a) Ein Anordnungsanspruch auf Erlass der mit dem Hauptantrag geltend gemachten einstweiligen Anordnung - Öffnung des kompletten Ladengeschäfts mit knapp 1500 m² Verkaufsfläche besteht nicht.

29

Das Gericht geht nach summarischer Prüfung nicht von der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit aus, dass die Antragstellerin auf der Grundlage der nach wie vor geltenden 2. BayIfSMV ihr Ladengeschäft mit einer gesamten Verkaufsfläche von knapp 1500 m² verteilt auf 2 Ebenen öffnen darf.

30

Dem steht insbesondere § 2 Abs. 4 und Abs. 5 der 2. BayIfSMV entgegen. Unabhängig von dem Streit, ob bei einem Ladengeschäft in einem Einkaufszentrum hinsichtlich der Verkaufsfläche von 800 m² gemäß § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV auf das Einkaufszentrum als Ganzes oder auf das einzelne Ladengeschäft im Einkaufszentrum abzustellen ist, ist jedenfalls die Eröffnung eines Ladengeschäfts mit einer Verkaufsfläche von knapp 1500 m² auf der Grundlage des § 2 Abs. 5 BayIfSMV nicht möglich.

31

Eine Möglichkeit der Eröffnung des Ladengeschäfts mit knapp 1500 qm ergibt sich auch nicht aus der Unanwendbarkeit der § 2 Abs. 4 und 5 2. BayIfSMV wegen Verfassungswidrigkeit.

32

Auch wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 27.4.2020 (BayVGH, B. v. 27.4.2020 - 20 NE 20.793 -, noch nicht veröffentlicht) festgestellt hat, dass § 2 Abs. 4 und 5 der 2. BayIfSMV gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, hat er angesichts der bestehenden Corona-Notstandslage und der kurzen Geltungsdauer der Vorschrift bis einschließlich 3.5.2020 von einer Außervollzugsetzung ausdrücklich abgesehen. Der zur Entscheidung berufene Senat beim BayVGH hat in der gegenwärtigen Bedrohung der Gesundheit der Bevölkerung durch das Corona-Virus einen Notstand für gegeben erachtet. Eine Außervollzugsetzung der Verordnung aufgrund eines Gleichheitsverstoßes hätte zur Folge, dass bayernweit sämtliche Einzelhandelsgeschäfte lediglich mit den infektionsrechtlichen Beschränkungen des § 2 Abs. 6 2. BayIfSMV öffnen könnten. Dies hätte eine gesamtgesellschaftliche Bedrohungslage zur Folge, da dann wesentliche Fragen einstweilen ungeregt blieben. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren müsse es daher zur Verhinderung schwerer Nachteile möglich sein, von einer Außervollzugsetzung angesichts eines für kurze Zeit hinnehmbar erscheinenden Gleichheitsverstoßes abzusehen.

33

Nichts anderes kann auch für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts im einstweiligen Rechtsschutz gelten. Würden die Untergerichte entgegen der vom BayVGH am 27.4.2020 getroffenen Entscheidung in jedem Einzelfall eine Nichtanwendbarkeit der § 2 Abs. 4 und 5 BayIfSMV aufgrund des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz annehmen, dann dürften bis zum Inkrafttreten einer überarbeiteten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, die im Übrigen bereits angekündigt wurde, sämtliche Einzelhandelsgeschäfte im Freistaat Bayern öffnen, die sich mit einem Rechtsschutzantrag an das Gericht wenden.

34

Dies ist im Hinblick auf die aktuelle Bewertung des Robert-Koch-Institutes nicht hinnehmbar. Nach dem gegenwärtigen Lagebericht des Robert-Koch-Institutes (Stand: 28.4.2020) gibt es in der Bundesrepublik Deutschland 156.337 an das RKI übermittelte, laborbestätigte COVID-19- Fälle, darunter 5.913 Todesfälle im Zusammenhang mit COVID-19-Erkrankungen. Bezogen auf die Einwohnerzahl (Fälle pro 100.000 Einwohner) wurden die höchsten Inzidenzen aus Bayern (310) gemeldet. Trifft der von manchen Experten prognostizierte zu erwartende Durchseuchungsgrad der Bevölkerung von mindestens 60% zu, kann es, soweit weder ein Impfstoff noch ein antivirales Medikament in absehbarer Zeit zur Verfügung steht, bei einer Letalitätssrate von angenommenen 3% zu weit mehr Todesopfern kommen.

35

Würde der Vollzug der Verordnung auch nur in jedem Einzelfall vom Verwaltungsgericht ausgesetzt, wäre mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit (deutlich) vermehrten Infektionsfällen zu rechnen, die nach der derzeitigen Risikobewertung des nach § 4 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 IfSG hierzu berufenen Robert-Koch-Instituts vom 26.3.2020 (vgl. <https://www.rki.de/DE/Content/InfAZN/Neuartiges-Coronavirus/Risikobewertung.html>) zwingend so weit wie möglich zu verhindern sind, um die weitere Ausbreitung des Virus zu verzögern und damit Zeit für die Schaffung von Behandlungskapazitäten sowie für die Durchführung und Entwicklung von Schutzmaßnahmen und Behandlungsmöglichkeiten zu gewinnen.

36

Bei einer Abwägung zeitlich befristeter Eingriffe in die Grundrechte der Normadressaten mit dem Grundrecht behandlungsbedürftiger, teilweise lebensbedrohlich erkrankender Personen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und dem Schutz einer Überlastung medizinischer Behandlungskapazitäten, setzt sich der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit und der Schutz des Gesundheitssystems der Bundesrepublik Deutschland durch. Die zur Entscheidung berufene Kammer hält die BayIfSMV daher

einstweilen bis zum Erlass einer neuen Verordnung für anwendbar - insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verordnung ohnehin mit Ablauf des 3.5.2020 außer Kraft treten wird.

37

Auf der Grundlage der § 2 Abs. 4 und 5 der 2. BayIfSMV kann die Antragstellerin das Ladengeschäft allein schon aufgrund seiner Größe von über 800 m² nicht als Ganzes öffnen. Die Antragstellerin verfügt nicht über eines der in § 2 Abs. 4 Satz 2 und 4 der 2. BayIfSMV genannten Sortimente, für die eine Öffnung unabhängig von der 800 m²-Grenze erlaubt wäre.

38

b) Die Antragstellerin hat auch keinen Anspruch auf die im ersten Hilfsantrag gestellte Anordnung.

39

Auch im Falle der Öffnung des Ladengeschäfts der Antragstellerin entsprechend der Rahmenbedingungen des ersten Hilfsantrages handelt es sich um ein Ladengeschäft mit einer Gesamtfläche von knapp 1500 m². Das Ladengeschäft der Antragstellerin wurde baurechtlich als ein einheitliches Ladengeschäft genehmigt. Diese organisatorische Einheit kann daher schon aus baurechtlichen Gründen - es wurde nur als Einheit genehmigt - nicht separat voneinander betrieben werden.

40

Außerdem bliebe auch bei einer Trennung der zuvor einheitlichen Verkaufsfläche in zwei getrennte Ladeneinheiten die sogenannte Sogwirkung insgesamt erhalten. Abzustellen ist auf das insgesamt von der Antragstellerin angebotene Warensortiment, dass aufgrund der Gesamtgröße eine größere Sogwirkung entfalten kann wie das von tatsächlich völlig getrennt voneinander geführten Ladeneinheiten mit jeweils unter 800 m². Für die Kunden ist es gleichgültig, ob sie das jeweils andere Stockwerk über das innere Treppenhaus oder über das Treppenhaus des Einkaufszentrums erreichen.

41

Den Kunden des Einkaufszentrums ist aufgrund des dort seit vielen Jahren bzw. Jahrzehnten bestehenden Ladengeschäfts der Antragstellerin das dort verfügbare breite Sortiment bekannt. Dieses Ladengeschäft entfaltet aufgrund seiner Größe eine stärkere Anziehungskraft für mögliche Kunden, sodass diese auch weitere Anfahrtswege in Kauf nehmen. Dadurch wird auch ein weiter entfernt wohnender, überregionaler bzw. jedenfalls überörtlicher Kundenkreis angesprochen. Diese stärkere Anziehungskraft bliebe aber erhalten, wenn man eine Aufspaltung eines einheitlichen Ladengeschäfts künstlich in 2 Ladengeschäfte zulassen würde. Dabei handelt es sich letztendlich um eine Umgehung der Regelung des § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV, die mit dem Sinn und Zweck der Regelungen der 2. BayIfSMV nicht vereinbar ist.

42

Die Entscheidung des Ordnungsgebers, eine weitergehende Öffnung von Einzelhandelsgeschäften nur bis zu einer festgelegten Obergrenze der Verkaufsfläche zuzulassen, beruhte auf einer Abwägung zwischen den Versorgungsinteressen der Bevölkerungen und den - auch grundrechtlich geschützten - Interessen des Einzelhandels an einer Wiedereröffnung ihres wichtigsten Vertriebswegs auf der einen Seite der weiterhin notwendigen Begrenzung des Risikos einer Ausweitung des Infektionsgeschehens, diese das Gesundheitssystem überlasten könnte, auf der anderen Seite. Im Rahmen dieser Abwägung hat der Ordnungsgeber berücksichtigt, dass von größeren Unternehmen eine größere Anziehungskraft auf einen größeren Kundenkreis aus einem wiederum größeren räumlichen Einzugsbereich ausgeht, was zu einer Intensivierung von persönlichen Kontakten in und im Umfeld solcher Geschäfte sowie zu einer Erhöhung des zusätzlichen Verkehrs führe und damit die infektionsschutzrechtlichen Risiken vergrößere.

43

Daher war auch der erste Hilfsantrag abzulehnen.

44

c) Die Antragstellerin hat jedoch hinsichtlich des zweiten Hilfsantrags einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Insoweit war dem Antrag daher stattzugeben.

45

Eine Öffnung des Ladengeschäfts der Antragstellerin einzig im 1. Obergeschoss des Einkaufszentrums mit einer Verkaufsfläche von 707,92 m² ist nach vorläufiger Bewertung des Gerichts möglich.

46

Nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV ist die Öffnung von sonstigen Ladengeschäften, Einkaufszentren und Kaufhäusern des Einzelhandels auch zulässig, wenn deren Verkaufsräume eine Fläche von 800 m² nicht überschreiten.

47

aa) Nach summarischer Prüfung kommt die Kammer zu der Auffassung, dass das Ladengeschäft der Antragstellerin bereits von dem Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV fällt.

48

Für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV kommt es entscheidend darauf an, ob für die Anwendung der Ausnahmeregelung hinsichtlich der 800 m²-Grenze auf die Verkaufsfläche der Antragstellerin abzustellen ist oder auf die Verkaufsfläche des gesamten Einkaufszentrums.

49

Bereits nach dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass für die maßgebliche Fläche von 800 m², die nicht überschritten werden darf, auf das jeweilige Ladengeschäft abzustellen ist. Ein Einkaufszentrum ist zu verstehen als einheitlich geplanter Gebäudekomplex, der aus mehreren Einzelhandelsbetrieben verschiedener Branchen und unterschiedliche großer Ladeneinheiten besteht. Außerhalb der Ladengeschäfte befinden sich in der Regel keine Verkaufsfläche in einem Einkaufszentrum. Vielmehr handelt es sich bei einem Einkaufszentrum, wenn man sich die Ladengeschäfte wegdenkt, um ein überdachtes Gebäude, welches lediglich die für den Einkauf notwendige Infrastruktur schafft. Darunter fallen z.B. Serviceeinrichtungen (Kundentoiletten, Informationsstand oder Kinderbetreuungsbereich), Einkaufswege für den Kunden (Flure).

50

Dieses Verständnis steht auch im Einklang mit den baurechtlichen Regelungen. Unter den in § 11 BauNVO erfassten Einzelhandelsgroßprojekten nehmen Einkaufszentren nach Satz 1 Nr. 1 eine Sonderrolle ein, weil für sie - anders als für die Vorhaben nach Nr. 2 und 3 - die nachteiligen städtebaulich relevanten Auswirkungen unwiderleglich unterstellt werden (BVerwG, Urt. v. 1.8.2002 - 4 C 5.01 -, BauR 2003, 55). Ausgangspunkt für die Umschreibung der notwendigen Erfordernisse eines Einkaufszentrums in diesem Sinne muss daher die Wertung des Verordnungsgebers der BauNVO sein. Dieser hat Einkaufszentren schon als solche, d. h. ohne weitere tatbestandliche Voraussetzungen, außer in Kerngebieten nur in für sie festgesetzten Sondergebieten zugelassen. Dies scheint nur gerechtfertigt, wenn ein Einkaufszentrum schon per se mit den in § 11 Abs. 3 Satz 2 BauNVO genannten nachteiligen städtebaulichen Auswirkungen verbunden ist. Diese Sonderrolle ist bei der Begriffsbestimmung zu berücksichtigen. Der Begriff des Einkaufszentrums im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO setzt im Regelfall einen von vornherein einheitlich geplanten, finanzierten, gebauten und verwalteten Gebäudekomplex mit mehreren Einzelhandelsbetrieben verschiedener Art und Größe - zumeist verbunden mit verschiedenartigen Dienstleistungsbetrieben - voraus (BVerwG, U. v. 27.4.1990 - 4 C 16/87 - juris). Die Begriffsmerkmale begründen typischerweise die Umstände, die das Einkaufszentrum für ein breites Publikum attraktiv erscheinen lassen und deshalb die Sogwirkung, die dann die städtebaulichen Schutzgüter beeinträchtigt. Damit dem Einkaufszentrum die vorausgesetzte städtebauliche Relevanz beizumessen ist, muss es nach Größe und Sortimentbreite eine über den unmittelbaren Nahbereich hinaus fühlbare Sog- oder Magnetwirkung ausüben. Angesichts der Systematik in Abs. 3 ist hierfür in aller Regel eine deutlich über der Großflächigkeitsschwelle von 1.200 m² Geschossfläche liegende Größe erforderlich (OVG RhPf, Urt. v. 3.11.2011 - 1 A 10270/11 -, BauR 2012, 206). Die Sortimentsbreite muss zwar nicht notwendigerweise die einer Innenstadt oder eines Warenhauses erreichen, muss jedoch über das Sortiment eines Fachmarktes mit Nebensortimenten hinausgehen.

51

Schon aus diesen Rahmenbedingungen ist ersichtlich, dass es sich bei einem Einkaufszentrum damit immer um eine Ansammlung von Läden mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche handeln wird. Die Ausnahmemöglichkeit des § 2 Abs. 5 Nr. 1 2. BayIfSMV liefe damit komplett ins Leere. Dies spricht dafür, dass auch hier auf die Größe der einzelnen in dem Einkaufszentrum vorhandenen Ladengeschäfte abzustellen ist.

52

Auch nach der Systematik ergibt sich, dass bei der Verkaufsfläche auf das jeweilige Ladengeschäft und nicht auf das Einkaufszentrum abzustellen ist. § 7 der 2. BayIfSMV regelt die Ordnungswidrigkeiten, für den

Fall, dass vorsätzlich oder fahrlässig gegen bestimmte Vorschriften der 2. BayIfSMV verstoßen wird. Hiernach handelt ordnungswidrig gem. § 7 Nr. 5 2. BayIfSMV, wer entgegen § 2 Abs. 4 und 5 2. BayIfSMV Ladengeschäfte des Einzelhandels öffnet. Hätte der Ordnungsgeber nicht nur an die reine Verkaufsfläche, sondern auch auf die sog. Sogwirkung der Einkaufszentren abgestellt, so hätte er bei der Festlegung der Ordnungswidrigkeiten nicht nur auf das „Ladengeschäft“ abgestellt, sondern einen Verstoß gegen die Verordnung an die Räumlichkeit anknüpfen müssen (z.B. Kaufhaus oder Einkaufszentrum). Hieran fehlt es jedoch. Der Ordnungsgeber hat bei den Regelungen zur Ordnungswidrigkeit ausschließlich auf den Begriff Ladengeschäft abgestellt.

53

Schließlich ergibt sich auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift nichts Anderes. Der Ordnungsgeber beabsichtigt mit den Ausnahmeregelungen vom Öffnungsverbot kontrollierte Lockerungen, soweit sie aus Gründen des Infektionsschutzes vertretbar sind. Aus diesem Grund knüpft die Ausnahmegvorschrift § 2 Abs. 5 2. BayIfSMV nicht nur an die reine Verkaufsfläche an (Nr. 1), sondern verlangt kumulativ, dass der Betreiber durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 20 m² Verkaufsfläche (Nr. 2). Zusätzlich sind weitere Maßnahmen zum Infektionsschutz nach § 2 Abs. 6 2. BayIfSMV zu treffen. Ziel ist es, trotz der sich stetig verändernden Infektionslage in Bayern, die Grundrechtseinschränkungen soweit zu lockern, dass es gerade noch mit dem Schutz der Bevölkerung vor einer weiteren Infektionswelle vertretbar ist. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass sie sowohl innerhalb ihres Ladengeschäfts ein umfassendes Hygienekonzept ausführt, darüber hinaus hat auch der Betreiber des Einkaufszentrums ein solches Hygienekonzept vorgelegt. Beide Konzepte ergänzen sich und gehen über die gesetzlichen Mindestanforderungen gem. § 2 Abs. 5 und 6 2. BayIfSMV hinaus. Dem Gericht ist nicht ersichtlich, weshalb das Infektionsrisiko innerhalb eines Einkaufszentrums, wobei jedes Ladengeschäft eine Verkaufsfläche von unter 800 m² hat, höher sein soll, als bei Ladengeschäften, die sich in einer Einkaufsstraße befinden. Vielmehr geht es darum, die Anzahl an Kunden auf einer bestimmten Fläche zu begrenzen. Grund dafür ist, dass nach Angaben des Robert-Koch-Instituts der Hauptübertragungsweg von Covid-19 feine Tröpfchen in der Luft sind. Sofern ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten wird, reduziert sich das Infektionsrisiko erheblich. Außerdem sind sowohl das Verkaufspersonal als auch die Kunden seit dem 27.04.2020 zum Tragen eines Mund-Nase-Schutzes verpflichtet. Daraus ergibt sich, dass das Infektionsrisiko in einem Einkaufszentrum unter Beachtung der in § 2 Abs. 5 und 6 2. BayIfSMV genannten Anforderungen nicht höher sein dürfte als bei Ladengeschäften außerhalb von Einkaufszentren. Dafür spricht auch, dass sog. „Grundversorger“, die sich in einem Einkaufszentrum oder Kaufhaus befinden, unabhängig von ihrer Verkaufsfläche geöffnet sein dürfen (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 5 2. BayIfSMV). Demnach ergibt sich auch bei einer infektionsrechtlichen Betrachtung, dass die Verkaufsfläche nach dem jeweiligen Ladengeschäft und nicht nach dem Einkaufszentrum als solches zu beurteilen ist (Davon geht offenbar auch die Gemeinsame Richtlinie des Baden-Württembergischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau und des Baden-Württembergischen Ministeriums für Soziales und Integration von Öffnung von Einrichtungen des Einzelhandels, vgl. A. 3., https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-wm/intern/Dateien_Downloads/Gemeinsame_Richtlinie_Oeffnung_des_Einzelhandels_aufgrund_Corona-VO.pdf).

54

Die Antragstellerin hat hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr Ladengeschäft eine Fläche von 800 m² nicht überschreitet (707,92 m²) und die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden (29 Kunden) nicht höher ist als ein Kunde je 20 m² Verkaufsfläche. Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem Hygienekonzept der Antragstellerin sowie dem des Betreibers des Einkaufszentrums, dass die weiteren Anforderungen an den Infektionsschutz gem. § 2 Abs. 6 Satz 1 2. BayIfSMV erfüllt werden können.

55

Die Antragstellerin hat daher nach vorläufiger Bewertung des Gerichts einen Anspruch auf Öffnung ihres Ladengeschäfts mit 707,92 m² Verkaufsfläche bereits auf der Grundlage des § 2 Abs. 5 der 2. BayIfSMV.

56

Daran ändert die Tatsache nichts, dass das Ladengeschäft der Antragstellerin eigentlich über eine größere Verkaufsfläche verfügt und diese Verkaufsfläche erst im Nachhinein durch Absperurmaßnahmen auf unter 800 m² Verkaufsfläche verkleinert wird. Eine derartige Einschränkung ist aus dem eindeutigen Wortlaut der Verordnung nicht zu entnehmen. Dies hält nunmehr auch das bayerische Staatsministerium für Gesundheit

und Pflege in seinen FAQs, Stand: 27.4.2020, 17.30 Uhr ausdrücklich für möglich. Außerdem wurde in der Kabinettsitzung vom 28.4.2020 beschlossen, dass größere Ladengeschäfte ab dem 29.4.2020 ihre Verkaufsfläche auf 800 m² begrenzen können (<https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-28-april-2020/>).

57

bb) Die Regelung des § 2 Abs. 5 Nr. 1 der 2. BayIfSMV wäre außerdem nach summarischer Prüfung jedenfalls im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

58

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, B. v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 -, juris Rn. 40; BVerfG, B. v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 - juris Rn. 119 m.w.N.). Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfG, B. v. 11.10.1988 - 1 BvR 777/85- juris; BVerfG, B. v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 - juris; BVerfG, B. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 76).

59

Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (vgl. BVerfG, B. v. 7.7.2009 - 1 BvR 1164/07 - juris; BVerfG, B. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 77). Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. 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 (BVerfG, B. v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 -, juris Rn. 30; BVerfG, B. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, juris Rn. 65; BVerfG, B. v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 - juris Rn. 79).

60

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 (vgl. BVerfG, U. v. 6.3.2002 - 2 BvL 17/99 - juris; BVerfG, B. v. 4.12.2002 - 2 BvR 400/98 - juris; BVerfG, B. 8.6.2004 - 2 BvL 5/00 - juris; BVerfG, B. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07 -, juris Rn. 77).

61

Unter Anwendung dieses Maßstabs ist eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Antragstellerin als Inhaberin eines Einzelhandelsgeschäfts unter 800 m² in einem Einkaufszentrum im Vergleich zu einem Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts unter 800 m² im Innenstadtbereich gegeben, wenn man die Öffnung eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum unabhängig von seiner Größe untersagen würde, ein Geschäft in der Innenstadt aber bis zu einer Größe von 800 m² Verkaufsfläche öffnen dürfte.

62

Soweit die Verordnung eine Öffnungsmöglichkeit für ein Ladengeschäft mit einer Verkaufsfläche von unter 800 m² allein aufgrund dessen Lage in einem Einkaufszentrum ausgenommen hat, ist diese Maßnahme nicht geeignet, dem Zweck des Infektionsschutzes zu dienen. Es liegt auf der Hand, dass die für alle für den Publikumsverkehr geöffneten Verkaufsstellen geltenden spezifischen Vorgaben auch in Einzelhandelsgeschäften in einem Einkaufszentrum umsetzbar sind. Die Kammer vermag nicht zu erkennen, warum die Umsetzung besonderer Hygiene- und Zugangsmaßnahmen in einem Einkaufszentrum nicht mindestens ebenso zu gewährleisten ist wie in Fußgängerzonen und Einkaufsstraßen. Die Antragstellerin hat diesbezüglich ein umfangreiches Steuerungs-, Kontroll- und Hygienekonzept vorgelegt.

63

Wenn der Ordnungsgeber ein „Anfahren“ der wirtschaftlichen Betätigung für vertretbar hält, dann muss er vergleichbare Sachverhalte auch vergleichbar regeln. Die durch Art. 2 Abs. 5 2. BayIfSMV bewirkte Ungleichbehandlung von Einzelhandelsgeschäften in einem Einkaufszentrum und solchen außerhalb eines Einkaufszentrums ist nach den vorgenannten Grundsätzen mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht vereinbar, weil es der Regelung auch in Anerkennung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers an

einem legitimen Zweck fehlt, der die Benachteiligung von Einzelhandelsgeschäften in einem Einkaufszentrum tragen könnte und dem zu dienen die Regelung in Art. 2 Abs. 5 2. BayIfSMV geeignet wäre.

64

Um die Infektionsgefahr zu reduzieren, die durch eine große Zahl von Menschen ausgeht, die sich im öffentlichen Raum bewegen, sind mildere Mittel vorhanden. Der Betreiber jedes geöffneten Geschäfts ist bereits nach § 2 Abs. 6 2. BayIfSMV angehalten, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Kunden eingehalten werden kann, dass Personal eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen hat und die Kunden und ihre Begleitpersonen ab dem 7. Lebensjahr ebenfalls eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen müssen.

65

Außerdem hat jeder Betreiber ein Schutz- und Hygienekonzept und ein Parkplatzkonzept auszuarbeiten. Dieses Konzept ist für das betroffene Ladengeschäft vorhanden und wurde dem Verwaltungsgericht im Rahmen des streitgegenständlichen Verfahrens auch vorgelegt. Auch unter Beachtung der überwiegenden Interessen des Gesundheitsschutzes und der Verhinderung der Verbreitung einer COVID-19-Infektion wäre daher eine vorübergehende Anwendung einer für verfassungswidrig gehaltenen Norm (vgl. dazu auch BayVGH, B. v. 27.04.2020 - 20 NE 20.793 - noch nicht veröffentlicht) nicht erforderlich.

66

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO und berücksichtigt das Verhältnis des Obsiegens und des Unterliegens der Verfahrensbeteiligten.

67

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 und 2 GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.