VG Augsburg, Beschluss v. 20.01.2021 – Au 9 E 21.94

Titel:

Öffnung des Lebensmittelhandels ohne Beschränkung des Warenangebots

Normenketten:

VwGO § 123

11. BayIfSMV § 12 Abs. 1

Leitsätze:

1. Einem auf einstweilige Feststellung gerichteten Eilantrag steht die Möglichkeit der Normenkontrolle nicht entgegen, wenn unter Fortgeltung der Bestimmungen des § 12 Abs. 1 11. BayIfSMV lediglich die Feststellung begehrt wird, dass der Lebensmittelhandel ohne Beschränkung des Warensortiments erlaubt ist. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei Feststellungsklagen und bei auf einstweilige Feststellung gerichteten Eilanträgen nach § 123 VwGO, denen ein Streit um die Anwendbarkeit von Normen zugrunde liegt, kommt als Antragsgegner der Rechtsträger der Behörde in Betracht, die über die Einhaltung der jeweiligen Normen zu wachen hat. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Lebensmitteleinzelhandel muss den Non-Food-Bereich bei einer Ladenöffnung trotz der Corona-Pandemie nicht absperren, wenn die sonst außer Lebensmitteln angebotenen Waren nicht über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Einstweiliger Rechtsschutz, Lebensmittelhandel, Zulässiges Warenangebot, FAQ, Corona-Pandemie, Lebensmitteleinzelhandel, Non-Food-Bereich, Feststellungsklage, Normenkontrolle, Passivlegitimation

Tenor

I. Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung festgestellt, dass § 12 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 der 11. BayIfSMV dem Betrieb des ... der Antragstellerin in der ... in ... ohne Beschränkung des dort angebotenen Warensortiments nicht entgegensteht, sofern die geltenden Vorgaben des § 12 Abs. 1 Satz 4 der 11. BayIfSMV und zum sonstigen örtlichen Infektionsschutz beachtet werden.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 7.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Feststellung, dass sie ihr Einzelhandelsgeschäft unter Geltung der in der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung verfügten Betriebsuntersagungen ohne Beschränkung des Warenangebots öffnen darf.

2
Die Antragstellerin ist eine deutsche Lebensmittelkette mit Sitz im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin. Sie betreibt eine Vielzahl von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften und Lebensmittelmärkten insbesondere im, in ... und in ... Zu ihren Märkten zählt unter anderem das Lebensmitteleinzelhandelsgeschäft ... im Stadtgebiet der Antragsgegnerin. Nach Angaben der Antragstellerin verfügt dieses Einzelhandelsgeschäft über eine ebenerdig gelegene Netto-Verkaufsfläche von 3.718 m², von denen 2.045 m² auf den Bereich Lebensmittel, 250 m² auf den Bereich Drogerie/Tiernahrung, 215 m² auf den Bereich Blumen und 1.208 m² auf den Bereich „Non-Food“ entfallen.

3
Am 5. Januar 2021 forderten Mitarbeiter des Ordnungsamtes der Antragsgegnerin den Marktleiter des streitgegenständlichen ... mündlich auf, den Non-Food-Bereich des ... (Textil- und Lederwaren, Spielwaren, Haushaltswaren mit Ausnahme von Drogeriewaren, Aktionsfläche Dekor und Blumenabteilung) nach

Maßgabe der geltenden Corona-Regelungen des Freistaats Bayern abzusperren. Die Non-Food-Bereiche Kfz-Zubehör, Schreibwaren und Fahrradzubehör dürften geöffnet bleiben. Die Maßnahmen seien bis zum 13. Januar 2021 umzusetzen.

4
Die 11. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) vom 15. Dezember 2020 zuletzt geändert durch Verordnung vom 15. Januar 2021 (BayMBl. Nr. 34) hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

5
§ 12 Handels- und Dienstleistungsbetriebe, Märkte

6
(1) Die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr ist untersagt. Ausgenommen sind der Lebensmittelhandel inklusive Direktvermarktung, Lieferdienste, Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörgeräteakustiker, Tankstellen, Kfz-Werkstätten, Fahrradwerkstätten, Banken und Sparkassen, Filialen des Brief- und Versandhandels, Reinigungen und Waschsalons, der Verkauf von Presseartikeln, Tierbedarf und Futtermittel und sonstige für die tägliche Versorgung unverzichtbare Ladengeschäfte sowie der Großhandel. Der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, ist untersagt. Für nach Satz 2 zulässigerweise geöffnete Betriebe und den Großhandel gilt:

7
1. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass grundsätzlich ein Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Kunden eingehalten werden kann.

8
2. Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 10 m² für die ersten 800 m² der Verkaufsfläche sowie zusätzlich ein Kunde je 20 m² für den 800 m² übersteigenden Teil der Verkaufsfläche.

9
3. In den Verkaufsräumen, auf dem Verkaufsgelände, in den Eingangs- und Warteflächen vor den Verkaufsräumen und auf den zugehörigen Parkplätzen gilt für das Personal Maskenpflicht und für die Kunden und ihre Begleitpersonen FFP2-Maskenpflicht; soweit in Kassen- und Thekenbereichen von Ladengeschäften durch transparente oder sonst geeignete Schutzwände ein zuverlässiger Infektionsschutz gewährleistet ist, entfällt die Maskenpflicht für das Personal.

10
4. Der Betreiber hat für den Kundenverkehr ein Schutz- und Hygienekonzept auszuarbeiten und auf Verlangen der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde vorzulegen.

11
Nachdem sich die Antragstellerin über ihren Bevollmächtigten mit ihrer entgegenstehenden Rechtsauffassung erfolglos an die Antragsgegnerin gewandt hatte, setzte sie die Aufforderung durch Abhängen der Warenregale und Auslagen um. Eine Absperrung einzelner Bereiche war aus Sicht der Antragstellerin wegen der Erhaltung der Fluchtwege nicht möglich.

12
Am 15. Januar 2021 erhob die Antragstellerin über ihren Bevollmächtigten beim Verwaltungsgericht Augsburg Klage auf Feststellung, dass sie berechtigt ist, den streitgegenständlichen Markt ohne Beschränkung des Warensortiments zu öffnen. Über die Klage ist noch nicht entschieden (Az.: Au 9 K 21.93).

13
Mit gleichem Schriftsatz wurde ein Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt und beantragt,

14
Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festgestellt, dass die Antragstellerin gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 15. Dezember 2020 in der

Fassung der Verordnung zur Änderung der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 8. Januar 2021 berechtigt ist, ihren, ... in, ohne Beschränkung des dort angebotenen Warensortiments zu öffnen.

15
Zur Begründung wird ausgeführt, der Antrag nach § 123 VwGO sei zulässig, da die Antragstellerin sich nicht gegen die Rechtsverbindlichkeit der streitgegenständlichen Regelung in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV wende, sondern die Feststellung begehre, auf Grundlage des geltenden Rechtsrahmens berechtigt zu sein, ihren ... ohne Beschränkung ihres Warensortiments zu öffnen. Diese auf bloße Feststellung gerichtete einstweilige Anordnung sei statthaft, weil Betriebsschließungen nach Maßgabe des § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV keines gesonderten Vollzugsakt bedürften. Die Aufforderung der Antragsgegnerin lasse sich nicht als Verwaltungsakt qualifizieren, da diese keinen eigenen Regelungsgehalt enthalte. Auch liege weder eine schriftliche Anordnung noch eine Rechtsbehelfsbelehrung:vor. Die Feststellungsklage und der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO seien vor diesem Hintergrund auch nicht subsidiär.

16
Die Antragstellerin verfüge über den geltend gemachten Anordnungsanspruch, weil für sie aus der 11. BayIfSMV keine Verpflichtung folge, Warenbereiche des Non-Food-Sortiments in ihrem ... zu schließen. Da es sich bei dem ... der Antragstellerin um einen Lebensmittelbetrieb im Sinn von § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV handle, sei sie berechtigt, ihr Geschäft ohne Einschränkung des Warensortiments zu öffnen. Dieses gelte auch in Ansehung der Tatsache, dass in dem streitgegenständlichen Markt ein Warensortiment angeboten werde, das über bloße Lebensmittel hinausgehe und auch in erheblichem Umfang Waren des Non-Food-Bereichs umfasse. Die von der Antragstellerin angebotenen Waren gehörten einem Sortiment an, das bei einem Mischbetrieb mit Schwerpunkt Lebensmittelhandel üblich sei. § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV enthalte keine spezifische Regelung für Betriebe mit Mischsortiment. Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. BayIfSMV sei nur der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, untersagt. Die Üblichkeit eines Warensortiments bemesse sich ausgehend vom Wortsinn nach der allgemeinen Erwartungshaltung der Kunden, welche Waren sie in dem von ihnen aufgesuchten Ladengeschäft erhalten. Ausgehend von der Marktentwicklung der vergangenen zehn Jahre erwarteten Kunden eines großflächigen Lebensmittelgeschäfts, dass sie dort nicht nur Lebensmittel, sondern in einem gewissen Umfang auch Non-Food-Waren, wie Kleidung, Elektrogeräte, Blumen etc., kaufen können. Gleiches gelte für den Besuch eines größeren Drogeriemarkts. So würden Kunden dort nicht nur Drogeriewaren, sondern in einem gewissen Umfang auch Lebensmittel, Elektrogeräte oder Spielwaren kaufen können. Nach dem Wortlaut sei für die Ermittlung des zulässigen Warenangebots ausdrücklich das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts maßgeblich. Nach der Vorschrift sei lediglich nicht erlaubt, dass ein zur Öffnung berechtigtes Ladengeschäft sein Warensortiment ausweitet, selbst wenn ein solches in anderen Ladengeschäften üblicherweise angeboten wird. Ausweislich der Begründung der Regelungen in der 11. BayIfSMV zielten die Betriebsbeschränkungen auf die effektive Beschränkung des Infektionsgeschehens ab, ohne dabei die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Waren einzuschränken. Den öffnungsberechtigten Geschäften solle über die Vorgaben des § 12 Abs. 1 Satz 4 der 11. BayIfSMV hinaus keine Beschränkung ihrer üblichen Betriebsabläufe auferlegt werden, was aber bei einer Beschränkung ihres üblichen Warensortiments der Fall wäre. Bei Mischbetrieben, deren Waren mehrheitlich einem der von den Betriebsschließungen nicht erfassten Betriebstypen zuzuordnen seien, sei der Verkauf des übrigen Warensortiments zulässig, wenn das angebotene Warensortiment mehrheitlich zum erlaubten Warensortiment gehöre. Dieses Normverständnis entspreche auch dem Rechtsverständnis des Normgebers. Dieser habe in „FAQ Corona-Krise und Wirtschaft“ (Stand: 21.12.2020) zu Mischbetrieben ausgeführt, dass diese nach dem Schwerpunktprinzip beurteilt würden. Sie könnten insgesamt öffnen, wenn der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit (mehr als 50%) im erlaubten Bereich liege. Um die betrieblichen Abläufe nicht zu belasten, könnten dann auch die übrigen Sortimente verkauft werden. Die Vorgaben der FAQ seien zwar nicht rechtsverbindlich, könnten jedoch als Auslegungshinweise herangezogen werden. Eine Beschränkung der dargestellten Regelungen ergebe sich auch nicht aus den Vorgaben der „FAQ Corona-Krise und Wirtschaft“ bezüglich Großbetriebsformen. Dort sei vorgesehen, dass bei Großbetriebsformen die Mischbetriebsregelung nicht gelte, wenn nicht-erlaubte Sortimente in eigenen, gut abgrenzbaren Abteilungen des Betriebs (etwa eigenes Stockwerk, zusammenhängende gut abgrenzbare Fläche) angeboten würden. Die Vorgaben der FAQ zu Großbetriebsformen würden inhaltlich deutlich über eine Auslegung hinausgehen und hätten einen eigenen Regelungsgehalt. Auch sei bereits unklar, welche Betriebe unter den Begriff Großbetriebsformen des Handels fallen sollten. Angesichts der schweren

Eingriffe in die Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) seien besondere Anforderungen an die Bestimmtheit der Verordnungsregelungen zu stellen. Gesetzliche Verbote grundrechtlich geschützter Tätigkeiten müssten in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so klar formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach bestimmen könnten. Sehe eine Rechtsvorschrift die Ahndung von Verstößen als Ordnungswidrigkeit vor, müsse die bußgeldbewehrte Vorschrift hinreichend bestimmt sein. Der Wortsinn einer Vorschrift stelle die unübersteigbare Grenze der Auslegung dar. Die Antragstellerin könne sich auch auf einen Anordnungsgrund berufen, da der Antragsgegnerin eine Frist bis zum 14. Januar 2021 zur Einhaltung der Vorgaben gesetzt worden sei. Die vorgenommene Teilschließung betreffe etwa 30% der Verkaufsfläche des Verkaufsmarkts und sei mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen verbunden. Ein weiteres Zuwarten sei der Antragstellerin nicht zuzumuten.

17
Die Antragsgegnerin beantragt,

18
den Antrag abzulehnen.

19
Zur Begründung führt sie aus, die Aufforderung beruhe auf § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV in Verbindung mit den „FAQ Corona-Krise und Wirtschaft“ des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege (Stand: 21.12.2020). Danach seien die in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV geltenden Regelungen so auszulegen, dass für Mischbetriebe des Einzelhandels eine Beurteilung nach dem sogenannten Schwerpunktprinzip stattzufinden habe. Sofern mehr als 50% der Tätigkeit im erlaubten Bereich liege, könne eine Öffnung erfolgen. Für Großbetriebsformen, insbesondere Verbrauchermärkte, gelte die Regelung für Mischbetriebe nicht, wenn das nicht-erlaubte Sortiment in eigenen, gut abgrenzbaren Abteilungen (eigenes Stockwerk; zusammenhängende, gut abgrenzbare größere Fläche) des Betriebs angeboten werde. Die FAQ seien für die Vollzugsbehörden bindend und ergänzten bzw. konkretisierten die in der 11. BayIfSMV niedergelegten Rechtsgrundlagen. Bei dem Betrieb der Antragstellerin handele es sich um einen Verbrauchermarkt für den das Schwerpunktprinzip nicht gelte. Die Bereiche des Non-Food Verkaufs seien flächenmäßig zusammenhängend und abgrenzbar. Nach den Angaben der Antragstellerin entfielen von der Gesamtfläche des ... (3.718 m²) insgesamt 2.045 m² auf Lebensmittel, aus Drogerie/Tiernahrung 250 m², auf den Bereich Blumen 215 m² und auf den Bereich Non-Food 1.208 m². So läge ca. 32% der Gesamtverkaufsfläche im Non-Food-Bereich, lediglich 55% falle auf den Bereich Lebensmittel. Ausgewählte Bereiche der Non-Food Abteilung (Textil- und Lederwaren, Spielwaren, Haushaltswaren mit Ausnahme von Drogeriewaren sowie die Aktionsfläche Deko) seien zu schließen. Die Schließung der beanstandeten Bereiche sei der Antragstellerin auch zuzumuten, da nicht-erlaubte Sortimente angeboten würden. Der Bereich Blumen sei im Vergleich zur Gesamtfläche lediglich gering. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, dieses nicht-erlaubte Sortiment geöffnet zu halten. Durch die Schließung der beanstandeten Flächen werde die Verkaufsfläche insgesamt verkleinert und die Kundenzahl deutlich reduziert, was zu weniger direkten Kontakten und einem höheren Infektionsschutz führe. Außerdem sei zu beachten, dass durch § 12 der 11. BayIfSMV der Handel auf das überhaupt noch notwendige Maß heruntergefahren werden solle. Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn einerseits Blumenläden schließen müssten, ein Verbrauchermarkt jedoch befugt sein sollte, weiterhin Blumen verkaufen zu dürfen. Im Hinblick auf eine ansonsten stattfindende Wettbewerbsverzerrung sei die Schließung der Abteilungen mit nicht-erlaubten Produkten angemessen und erforderlich.

20
Bezüglich des weiteren Vorbringens der Beteiligten und der Einzelheiten im Übrigen wird auf den in der Gerichtsakte enthaltenen Schriftverkehr verwiesen.

II.

21
Der Antrag nach § 123 VwGO hat Erfolg. Er ist zulässig und begründet.

22
1. Der Antrag ist zulässig.

23

a) Die mit der Antragstellung begehrte Feststellung, dass die Antragstellerin gemäß § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV berechtigt ist, ihren ... ohne Beschränkung des dort angebotenen Warensortiments zu öffnen, ist einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zugänglich. Die auf bloße Feststellung gerichtete einstweilige Anordnung ist statthaft, da sich die Frage der unbeschränkten Betriebsöffnung unmittelbar nach § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV beurteilt, ohne dass hierzu eine behördliche Zulassungs- oder Vollzugsentscheidung vorgesehen wäre.

24
Der hier gestellte Antrag nach § 123 VwGO ist nicht durch die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nach § 47 Abs. 6 VwGO in einem eventuellen Normenkontrollverfahren gegen die Verordnung selbst ausgeschlossen. § 47 Abs. 6 VwGO ist hier nicht einschlägig, da die Antragstellerin unter Fortgeltung der Bestimmungen des § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV (lediglich) die Feststellung begehrt, dass der Betrieb ihres Lebensmitteleinzelhandelsgeschäfts ohne Beschränkung des Warensortiments erlaubt ist.

25
Im Hinblick auf die Aufforderung durch Mitarbeiter der Antragsgegnerin, bis zum 13. Januar 2021 die beanstandeten Warenbereiche abzutrennen, wäre einstweiliger Rechtsschutz auch nicht gemäß § 123 Abs. 5 VwGO vorrangig durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu suchen. Die Aufforderung, den Non-Food-Bereich abzusperren, stellt keinen Verwaltungsakt im Sinn von Art. 35 Satz 1 BayVwVfG dar. Die Untersagung der Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr bzw. der Verkauf eines unzulässigen Warenangebots im Sinn von § 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. BayIfSMV ergibt sich unmittelbar aus der Verordnung selbst, ohne dass es hierfür einer gesonderten Einzelfallanordnung bedarf. Die Anweisung an die Antragstellerin, das Non-Food-Sortiment abzusperren, ist daher lediglich als Aufforderung zu verstehen, die Vorgaben der Verordnung umzusetzen. Eine für die Qualifizierung der Maßnahme als Verwaltungsakt notwendige Regelungswirkung liegt hierin nicht. Da es somit an einem anfechtbaren Verwaltungsakt fehlt, kommt einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO als vorrangiger Rechtsbehelf (§ 123 Abs. 5 VwGO) nicht in Betracht.

26
b) Es liegt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor, da zwischen den Beteiligten streitig ist, ob die Antragstellerin auf der Grundlage von § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV eine Begrenzung ihrer Verkaufsfläche bezüglich der Non-Food Waren vorzunehmen hat.

27
c) Ein Rechtsschutzbedürfnis für den auf (vorläufige) Feststellung gerichteten Antrag ist unproblematisch gegeben, da die Antragsgegnerin die Antragstellerin unter Fristsetzung aufgefordert hat, das beanstandete Warensortiment abzugrenzen. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt auch nicht deswegen, weil die Antragstellerin der Aufforderung nachgekommen ist. Angesichts der in § 28 Nr. 11 der 11. BayIfSMV geregelten Bußgeldbewehrung ist es der Antragstellerin im Hinblick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht zuzumuten, auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung ihr Geschäft weiter uneingeschränkt zu betreiben und sich dem Risiko einer ordnungsrechtlichen Maßnahme auszusetzen.

28
2. Der Antrag ist auch begründet.

29
Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung auch 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. Erforderlich ist, dass der Antragsteller einen materiellen Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung gerade im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Anordnungsgrund) aufmacht.

30

a) Die Antragsgegnerin ist in diesem Verfahren passivlegitimiert (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog). Bei Feststellungsklagen i.S.v. § 43 VwGO und entsprechend auch bei auf einstweilige Feststellung gerichteten Eilanträgen nach § 123 VwGO, denen (wie hier) ein Streit um die Anwendbarkeit von Normen zugrunde liegt, kommt als Antragsgegner zumindest im Regelfall nur der Rechtsträger derjenigen Behörde in Betracht, die über die Einhaltung der jeweiligen Normen zu wachen hat (vgl. BVerwG, U.v. 28.1.2010 - 8 C 19.09 - juris Rn. 29; U.v. 23.8.2007 - 7 C 2.07 - juris Rn. 22; Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rn. 45). Normanwender in diesem Sinn ist vorliegend die Antragsgegnerin als für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes zuständige Kreisverwaltungsbehörde (§ 54 Satz 1 IfSG, § 65 ZustV, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GO; vgl. BayVGH, B.v. 26.8.2020 - 20 CE 20.1806 - juris Rn. 14).

31
b) Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf vorläufige Feststellung nach § 123 VwGO, dass sie zur Öffnung ihres Ladengeschäftes des Einzelhandels ohne Einschränkung ihres in diesem Geschäft angebotenen Warensortiments befugt ist und die Regelungen des § 12 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 der 11. BayIfSMV insoweit nicht entgegenstehen.

32
aa) Nach § 12 Abs. 1 der Elften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (11. BayIfSMV) vom 15. Dezember 2020 in der Fassung vom 15. Januar 2021 ist die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr untersagt (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der 11. BayIfSMV). Ausgenommen von dem Verbot sind nach § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV der Lebensmittelhandel inklusive Direktvermarktung, Lieferdienste, Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörgeräteakustiker, Tankstellen, Kfz-Werkstätten, Fahrradwerkstätten, Banken und Sparkassen, Filialen des Brief- und Versandhandels, Reinigungen und Waschsalons, der Verkauf von Presseartikeln, Tierbedarf und Futtermittel und sonstige für die tägliche Versorgung unverzichtbare Ladengeschäfte sowie der Großhandel. Der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, ist untersagt (§ 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. BayIfSMV). In § 12 Abs. 1 Satz 4 der 11. BayIfSMV ist geregelt, welche Hygienevorgaben die zulässigerweise geöffneten Geschäfte einzuhalten haben.

33
Die Regelung in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV findet nach summarischer Prüfung in § 28 Abs. 1, § 28 a Abs. 1 Nr. 14 IfSG i.V.m. der Verordnungsermächtigung in § 32 Satz 1 IfSG eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage (vgl. BayVGH, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris). Die Vorschrift dürfte auch materiell rechtmäßig sein, da sie sich an die gesetzlichen Vorgaben des § 28 a Abs. 1 Nr. 14 IfSG hält.

34
bb) Der von der Antragstellerin betriebene streitgegenständliche ... zählt zu dem Geschäftstyp, der als Lebensmittelhandel gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV von der generellen Schließungsanordnung ausgenommen ist. Auch wenn in dem streitgegenständlichen Einkaufsmarkt - wie in größeren Supermärkten üblich - neben den klassischen Lebensmitteln auch weitere sog. Non-Food Waren verkauft werden, handelt es sich bei diesem Geschäftstyp um einen Lebensmittelmarkt. Hiervon geht offenbar auch die Antragsgegnerin aus. Diese Einschätzung wird durch die Beschreibung der Unternehmenstätigkeit der Antragstellerin in allgemein zugänglichen Quellen (https://de.wikipedia.org/wiki/...) bestätigt. So wird das Unternehmen der Antragstellerin als deutsche Lebensmittelkette der Branche „Lebensmitteleinzelhandel“ geführt. Das Unternehmen betreibt eine Vielzahl von Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften mit unterschiedlichem Größenzuschnitt. Die Firmengruppe der Antragstellerin wird auch nach allgemeiner Verkehrsauffassung dem Lebensmitteleinzelhandel zugeordnet. Da die Antragstellerin als Unternehmen des Lebensmittelhandels nach § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV von der allgemeinen Geschäftsschließung ausgenommen ist, ist ihr Betrieb zulässigerweise geöffnet.

35
cc) Die von der Antragsgegnerin geforderte Begrenzung des Warensortiments bezüglich Textil- und Lederwaren, Spielwaren, Haushaltswaren mit Ausnahme von Drogeriewaren, Aktionsfläche Deko und Blumen findet in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV keine Grundlage.

36
Sofern das Einzelhandelsgeschäft zu den Betrieben zählt, die nach § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV geöffnet sein können, ist hinsichtlich des zulässigen Warenangebots lediglich die Einschränkung in § 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. BayIfSMV zu beachten, wonach der Verkauf von Waren untersagt ist, die über das

übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts in § 12 Abs. 1 Satz 3 der 11. BayIfSMV wird dabei ausschließlich auf das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts abgestellt. Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass bezüglich der zulässigerweise angebotenen Sortimente ausschließlich auf den Verkauf der den einzelnen Geschäftstypus kennzeichnenden Ware (hier: Verkauf von Lebensmitteln) abzustellen ist. Angesichts der breiten Angebotspalette in den größeren Supermärkten und den anderen in § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV genannten Geschäftstypen wäre eine derartige Beschränkung des Warensortiments auch nicht umsetzbar.

37
dd) Die von der Antragsgegnerin vertretene Auffassung, die sie auf die Ausführungen des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege in den als „FAQ Corona-Krise und Wirtschaft“ bezeichneten Erläuterungen stützt, findet in der Verordnung keine Stütze. In den „FAQ Corona-Krise und Wirtschaft“ (Stand: 15.1.2021) wird zu § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV bezüglich des Warensortiments ausgeführt, grundsätzlich sei (nur) der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, untersagt. Hinsichtlich Mischbetrieben des Einzelhandels wird darauf hingewiesen, dass maßgeblich auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen sei. Soweit dieser zu mehr als 50% im erlaubten Bereich (Beispiel Verkauf von Lebensmitteln) liege, sei es zulässig, auch die übrigen Sortimente zu verkaufen. Diese Regelung gelte jedoch nicht für „Großbetriebsformen des Handels wie insbesondere SB-Warenhäuser, Verbrauchermärkte und großflächige Drogeriemärkte“. Hier sei der Verkauf nicht-erlaubter Sortimente untersagt, wenn diese in gut abgrenzbaren Abteilungen angeboten würden. Abweichend zu der ausdrücklichen Regelung in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV wird in der oben genannten FAQ für Großbetriebsformen somit eine Sonderregelung geschaffen, die über die klare Regelung in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV hinausgeht und für die der Wortlaut keinen Anhaltspunkt bietet. Davon abgesehen, dass für den Normanwender völlig unklar ist, wann ein Einzelhandelsgeschäft unter die Kategorie „Großbetriebsform des Handels“ fällt und unter welchen Voraussetzungen die Waren in einem gut abgrenzbaren Bereich angeboten werden, ist in § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass es für die Frage der Zulässigkeit einer Betriebsöffnung und das zulässige Warenangebot auf die Betriebsgröße ankommt. Auch ist nicht nachvollziehbar, welche infektionsschutzrechtliche Rechtfertigung das Kriterium der Abgrenzbarkeit des Warenangebots hat.

38
Zwar ist gerade bei einer abstrakt generellen Verordnungsregelung, die ohne einen konkretisierenden Vollzugsakt unmittelbare Geltung beansprucht, nicht jeder Einzelfall ausdrücklich regelbar. Auch sind die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen nicht generell abstrakt festlegt, sondern bestimmen sich jeweils nach dem geregelten Lebenssachverhalt. Die Regelungen sind aber so zu fassen, wie es nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Zudem darf die Auslegung der betreffenden Bestimmung nicht über deren eindeutigen Wortlaut hinausgehen, da andernfalls für den Normadressaten nicht mehr erkennbar ist, welches Verhalten von ihm verlangt wird und welche Handlungsformen zulässig sind. Diesen Anforderungen an die Bestimmtheit und Transparenz von Rechtsnormen würde § 12 Abs. 1 der 11. BayIfSMV bei Anwendung der von der Antragsgegnerin vertretenen Auffassung nicht gerecht. Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 2 und 3 der 11. BayIfSMV ist der Lebensmittelhandel zulässig, soweit er nicht über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgeht. Eine Differenzierung zwischen Verbrauchermärkten, Großbetrieben und Lebensmitteleinzelhandelsmärkten sowie der Abgrenzbarkeit des Warenangebots ist in der Vorschrift nicht zu finden. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Größe des Geschäfts bezüglich der Möglichkeit der Öffnung aus Gründen des Infektionsschutzes eine Rolle spielt. Die Größe eines Marktes hat nach § 12 Abs. 1 Satz 4 der 11. BayIfSMV lediglich für die zulässige Kundenzahl Bedeutung.

39
ee) Das von der Antragsgegnerin herangezogene Kriterium der Wettbewerbsverzerrung ist als Begründung für die Schließung der einzelnen Warenbereiche der Antragstellerin nicht geeignet. Die Schließung des Einzelhandels bzw. die Einschränkung des Handels auf die für die tägliche Versorgung unverzichtbaren Waren bzw. Geschäfte dient der Reduzierung der Kontakte durch Einschränkung des Kundenverkehrs. Maßgeblich für die Regelung ist die Absicht, das Kundenaufkommen bzw. die Mobilität der Bevölkerung einzuschränken, um weitere Infektionen zu verhindern, nicht jedoch das Bemühen die einzelnen Gewerbezweige vor anderweitiger Konkurrenz zu schützen. Diese Zielrichtung wäre von der Ermächtigungsgrundlage des § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1, § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG auch nicht gedeckt, da

notwendige Schutzmaßnahmen nur angeordnet werden können, solange und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Der Schutz vor Wettbewerb ist insoweit kein zulässiges Kriterium.

40
Aus Gründen des Infektionsschutzes spricht vielmehr einiges dafür, den Kunden zu ermöglichen, in einem Einkaufsgang alle für den täglichen Bedarf notwendigen Besorgungen, die auch den von der Schließungsaufforderung betroffenen Non-Food-Bereich der Antragstellerin betreffen können, zu erledigen. Welche Waren für die tägliche Versorgung unverzichtbar sind, ist abstrakt-generell nicht regelbar, wie auch die Öffnungsklausel in § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV belegt. Welche Waren unverzichtbar sind, richtet sich auch danach, wie lange die Schließung des Einzelhandels bereits dauert und wie lange sie noch zu erwarten ist - aktuell gilt sie seit dem 16. Dezember 2020, eine Verlängerung bis zum 14. Februar 2021 ist vorgesehen. Je länger der Handel geschlossen ist, desto mehr Warenkategorien werden für die tägliche Versorgung notwendig sein. Es spricht einiges dafür, dass die in einem Lebensmittelgroßmarkt angebotenen, in § 12 Abs. 1 Satz 2 der 11. BayIfSMV nicht ausdrücklich aufgeführten Warenkategorien in der Regel ein gegenüber dem Fachhandel sehr eingeschränktes Angebot darstellen und dazu dienen, den notwendigen Lebensbedarf zu erfüllen. Auch gilt es zu berücksichtigen, dass nicht jeder über die Möglichkeit und Fähigkeit verfügt, notwendige Geschäfte über den online-Handel abzuwickeln. Anhaltspunkte dafür, dass im Einzelhandelsbetrieb der Antragstellerin zusätzlich der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment hinausgehen, erfolgt, bestehen nicht und werden von der Antragsgegnerin auch nicht behauptet.

41
c) Ein Anordnungsgrund im Sinn der Eilbedürftigkeit wurde glaubhaft gemacht. Dieser folgt daraus, dass die Auslegung der einschlägigen Regelungen durch die Antragsgegnerin die Berufsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG eingreift und eine Entscheidung in der Hauptsache voraussichtlich zu spät kommen würde. Der Antragstellerin entsteht durch die partielle Schließung ihres Warenangebotes ein täglich wachsender wirtschaftlicher Schaden. Die mit der einstweiligen Anordnung einhergehende teilweise Vorwegnahme der Hauptsache ist mit Blick auf die dargelegte Grundrechtsbetroffenheit gerechtfertigt.

42
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 und Nr. 54.2.1 analog des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.