

Titel:

**Regelung zu Betriebsbeschränkungen in Einkaufszentrum wegen Corona-Pandemie, hier:
Normenkontrollverfahren**

Normenketten:

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12, Art. 14 Abs. 1

IfSG § 28a

12. BayIfSMV § 12

VwGO § 47 Abs. 6

Leitsätze:

1. Die Regelung in § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV erweist sich bei summarischer Prüfung aller Voraussicht nach nicht als offensichtlich unverhältnismäßig. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Aufnahme von Blumenfachgeschäften, Gartenmärkten, Gärtnereien, Baumschulen und Baumärkten in die Liste der ausnahmsweise nicht geschlossenen Betriebe sowie die ausnahmsweise zulässigen körpernahen Dienstleistungen der Friseure sowie – im hygienisch oder pflegerisch erforderlichen Umfang – der nichtmedizinischen Fuß-, Hand-, Nagel- und Gesichtspflege werfen im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zahlreiche Fragen auf, die zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit von § 12 12. BayIfSMV begründen können. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ob das Verhältnis von repressiven Verboten und Befreiungen derart in Schieflage geraten ist, dass das repressive Verbot an sich in Frage gestellt wird und daher dieses Verbot im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr aufrechterhalten bleiben kann, ist – jedenfalls hier – bei summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren als offen anzusehen und muss einer Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)
4. Bei der Annahme offener Erfolgsaussichten der Hauptsache ergibt die gebotene Folgenabwägung zwischen dem auf Seiten des Betreibers eines Einkaufszentrums betroffenen Schutzgut der freien wirtschaftlichen Betätigung aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Schutzgut Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG insbesondere im Hinblick auf wieder steigende Infektionszahlen, dass die negativen wirtschaftlichen Folgen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten müssen. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Betriebsschließung, Einkaufszentrum, Baumärkte, Friseure, Gleichbehandlungsgrundsatz, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Schutz von Leben und Gesundheit, Folgenabwägung, Normenkontrollantrag

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 10.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1

1. Die Antragstellerin, die in Bayern ein innerstädtisches Einkaufszentrum betreibt, begehrt mit ihrem Eilantrag die vorläufige Außervollzugsetzung des § 12 Abs. 1 der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. März 2020 (12. BayIfSMV; BayMBI. 2021 Nr. 171).

2

2. Der Antragsgegner hat durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege die o.g. Verordnung erlassen, die mit Ablauf des 28. März 2021 außer Kraft tritt (§ 30 12. BayLfSMV) und auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

„§ 12

3

Handels- und Dienstleistungsbetriebe, Märkte

4

(1) ¹In Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 100 überschritten wird, ist die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe untersagt. ²Ausgenommen sind der Lebensmittelhandel inklusive Direktvermarktung, Lieferdienste, Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörgeräteakustiker, Tankstellen, Kfz-Werkstätten, Fahrradwerkstätten, Banken und Sparkassen, Pfandleihhäuser, Filialen des Brief- und Versandhandels, Reinigungen und Waschsaloons, Blumenfachgeschäfte, Gartenmärkte, Gärtnereien, Baumschulen, Baumärkte, der Verkauf von Presseartikeln, Versicherungsbüros, Buchhandlungen, Tierbedarf und Futtermittel und sonstige für die tägliche Versorgung unverzichtbare Ladengeschäfte sowie der Großhandel. ³Der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, ist untersagt. ⁴Für nach Satz 2 zulässigerweise geöffnete Betriebe und den Großhandel gilt:

5

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

6

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;

7

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;

8

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

9

⁵Für Einkaufszentren gilt:

10

1. hinsichtlich der einzelnen Ladengeschäfte gelten die Sätze 1 bis 4;

11

2. hinsichtlich der Einkaufszentren gilt Satz 4 mit der Maßgabe, dass sich die zugelassene Kundenhöchstzahl nach der für Kunden zugänglichen Gesamtfläche des Einkaufszentrums bemisst und das Schutz- und Hygienekonzept die gesamten Kundenströme des Einkaufszentrums berücksichtigen muss.

12

⁶Abweichend von Satz 1 ist die Abholung vorbestellter Waren in Ladengeschäften zulässig; hierfür gilt Satz 4 Nr. 1, 3 und 4 entsprechend mit der Maßgabe, dass im Schutz- und Hygienekonzept insbesondere Maßnahmen vorzusehen sind, die eine Ansammlung von Kunden etwa durch gestaffelte Zeitfenster vermeiden. ⁷In Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen die 7-Tage-Inzidenz zwischen 50 und 100 liegt, ist zusätzlich die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum zulässig; hierfür gilt Satz 4 Nr. 1 bis 4 mit der Maßgabe, dass die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 40 m² der

Verkaufsfläche; der Betreiber hat die Kontaktdaten der Kunden nach Maßgabe von § 2 zu erheben. ⁸In Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen eine 7-Tage-Inzidenz von 50 nicht überschritten wird, ist abweichend von Satz 1 und 3 die Öffnung von Ladengeschäften mit Kundenverkehr unter den Voraussetzungen des Satzes 4 zulässig. ...“

13

3. Zur Begründung ihres am 18. März 2021 eingegangenen Eilantrags legt sie im Wesentlichen dar, es sei unverhältnismäßig und mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar, dass aufgrund der letzten Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung etliche Geschäfte und auch gemischte Angebote öffnen dürften, während in ihrem Einkaufszentrum trotz eines ausgereiften Sicherheits- und Hygienekonzeptes weiterhin überwiegend Betriebsbeschränkungen bestünden. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Betriebsschließungen für die betroffenen Ladengeschäfte und damit auch für den Betreiber des Einkaufszentrums als Vermieter und Center Manager seien erheblich. Ein Rückgang der Kundenfrequenz und Umsatzentwicklung sei zu verzeichnen. Die laufenden Zins- und Tilgungsraten würden zur Existenzgefährdung führen.

14

Mittlerweile fänden die weitreichenden Grundrechtseinschränkungen für Handelsunternehmen und Betreiber von Einkaufszentren keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage mehr. Auf eine aktuelle Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Saarland werde verwiesen. Die mit § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV differenzierten Regelungen könnten nicht auf die pauschal formulierten Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden. Diese stünden mit dem verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt nicht mehr in Einklang. § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV sei unverhältnismäßig und verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Es sei nicht ersichtlich, weshalb in den privilegierten Betrieben nach § 12 Abs. 1 Satz 2 12. BayIfSMV geringere Gefahren für die Gesundheit der Besucher verbunden sein sollten als mit dem Besuch sonstiger Läden. Gleiches gelte hinsichtlich der Begrenzung der Personenzahl nach § 12 Abs. 1 Satz 7 12. BayIfSMV. Die Verordnungsbegründung enthalte hierfür keine weitergehenden Erkenntnisse. Angesichts der immensen Verlagerung von Kaufkraft und Kundenströmen zulasten des Handels und vor allem der Innenstädte sei die Beschränkung weder hinnehmbar noch verhältnismäßig. Der Einzelhandel sei nicht Treiber oder Quelle von Infektionen. Die Antragstellerin ergreife in ganz besonderer Weise weiterreichende und innovative Hygienemaßnahmen.

15

Eine Ungleichbehandlung bestehe zum einen gegenüber privilegierten Betrieben nach § 12 Abs. 1 Satz 2 12. BayIfSMV, in denen vielfach eine hohe Kundendichte und Kundenfrequenz zu verzeichnen sei, zum anderen gegenüber großen SB-Warenhäusern oder Verbrauchermärkten, weil diese in einer Halle eine Fülle verschiedener Waren unterbrächten und daher öffnen dürften. § 12 Abs. 1 Satz 3 12. BayIfSMV fehle es an der notwendigen Bestimmtheit, da unklar sei, welche Angebote über das „übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts“ hinausgingen. Gerade moderne Vertriebsformen des Einzelhandels zeichneten sich oft durch eine Variabilität des Sortiments aus.

16

4. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

17

Der zulässige Antrag hat keinen Erfolg.

18

A. Die Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO, wonach das Normenkontrollgericht eine einstweilige Anordnung erlassen kann, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist, liegen nicht vor. Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags in der Hauptsache gegen § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV sind unter Anwendung des Prüfungsmaßstabs im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO (1.) bei der nur möglichen summarischen Prüfung als offen anzusehen (2.). Eine Folgenabwägung geht zulasten der Antragstellerin aus (3.).

19

1. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen oder noch zu erhebenden Normenkontrollantrags, soweit sich diese im

Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – ZfBR 2015, 381 - juris Rn. 12; zustimmend OVG NW, B.v. 25.4.2019 - 4 B 480/19.NE - NVwZ-RR 2019, 993 - juris Rn. 9). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann.

20

Ergibt die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist (BVerwG, B.v. 25.2.2015 – 4 VR 5.14 u.a. – juris Rn. 12).

21

Lassen sich die Erfolgsaussichten nicht absehen, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber später Erfolg hätte, und die Folgen, die entstünden, wenn die begehrte Außervollzugsetzung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber später erfolglos bliebe. Die für eine einstweilige Außervollzugsetzung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass sie - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, B.v. 25.2.2015 - 4 VR 5.14 u.a. - juris Rn. 12; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 106).

22

2. Nach diesen Maßstäben geht der Senat im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bei der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung davon aus, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache offen sind.

23

a) Der Senat geht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren davon aus, dass die angegriffene Maßnahme nach § 12 Abs. 1 Satz 1 12. BayIfSMV mit § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage hat (vgl. BayVGh, B.v. 8.12.2020 - 20 NE 20.2461 - juris Rn. 22 ff., BayVerfGH, E.v. 30.12.2020 - Vf. 96-VII-20 - juris Rn. 17; E.v. 17.12.2020 - Vf. 110-VII-20 - juris Rn. 23; OVG NW, B.v. 15.12.2020 - 13 B 1731/20.NE - juris Rn. 23). Eine weitergehende Prüfung der verfassungsrechtlichen Einwendungen der Antragstellerin kann im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht erfolgen und ist dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

24

b) Die von der Antragstellerin beanstandete Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 3 12. BayIfSMV genügt voraussichtlich den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen. Danach müssen die Normbetroffenen in zumutbarer Weise selbst feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen; die Gerichte müssen in der Lage sein, die normative Entscheidung zu konkretisieren (BayVerfGH, E.v. 29.4.1983 - Vf. 16-VII-80 - VerfGHE 36, 56/68). Sieht eine Rechtsverordnung - wie hier § 29 Nr. 10 12. BayIfSMV - die Ahndung von Verstößen als Ordnungswidrigkeit vor, muss die Bußgeldvorschrift auch gemäß Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG hinreichend bestimmt sein, wobei der grammatikalischen Auslegung bzw. Wortlautgrenze in einem solchen Fall herausgehobene Bedeutung zukommt (vgl. BVerwG, U.v. 29.2.2012 - 9 C 8.11 - juris Rn. 12; BayVGh, B.v. 17.2.2020 - 8 ZB 19.2200 - juris Rn. 14). Dass die Regelung in Einzelfällen möglicherweise Abgrenzungs- und Auslegungsfragen aufwerfen kann, ändert nichts an der hinreichenden Bestimmtheit. Nach diesen Maßstäben bestehen bei summarischer Prüfung keine Bedenken gegen die Regelung in § 12 Abs. 1 Satz 3 12. BayIfSMV über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts. Diese kann vielmehr mithilfe der

üblichen Auslegungsmethoden gelöst werden. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bei der Formulierung von Rechtsnormen ist allgemein anerkannt und stellt für sich genommen keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot dar (vgl. BVerfG, U.v. 18.12.1953 - 1 BvL 106/53 - juris Rn. 41; B.v. 17.12.2019 - 1 BvL 6/16 - juris Rn. 22 m.w.N.).

25

c) Die von der Antragstellerin angegriffene Regelung in § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV steht mit der Ermächtigungsgrundlage der § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG in Einklang, weil ihre Voraussetzungen vorliegen (aa.), und erweist sich bei summarischer Prüfung nicht als offensichtlich unverhältnismäßig (bb.). Der Senat hegt allerdings Bedenken hinsichtlich des Gleichheitsgebotes, wobei im einstweiligen Rechtsschutzverfahren offenbleibt, ob sich ein möglicher Gleichheitsverstoß auf die Wirksamkeit der angegriffenen Norm auswirkt (cc.).

26

aa) Die Anzahl der Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Inzidenz) betrug am 18. März 2021 bundesweit 90 und in Bayern 96. Wegen der Überschreitung des Schwellenwertes von 50 sind nach § 28a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen. Die 7-Tage-Inzidenz nimmt derzeit wieder deutlich zu, nun insbesondere in den Altersgruppen unter 60 Jahre. Auch der Anteil der besorgniserregenden Virusvarianten (VOC) nimmt zu. Dies betrifft vor allem die in Großbritannien verbreitete Variante B.1.1.7, die nach vorläufigen wissenschaftlichen Untersuchungen wohl leichter übertragbar ist und mutmaßlich zu einer größeren Anzahl schwerer Krankheitsverläufe führen kann (vgl. RKI, Lagebericht vom 17.3.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona-virus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-17-de.pdf?blob=publicationFile; RKI, Risikobewertung vom 15.3.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html; RKI, 4. Bericht zu Virusvarianten von SARS-CoV-2 in Deutschland, insbesondere zur Variant of Concern [VOC] B.1.1.7, Stand 17.3.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/DESH/Bericht_VOC_2021-03-17.pdf?blob=publicationFile).

27

Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist nach dem Willen des Gesetzgebers, der in § 28a Abs. 3 IfSG zum Ausdruck kommt, ein gestuftes Vorgehen geboten, das sich an dem tatsächlichen regionalen Infektionsgeschehen orientieren soll (vgl. BT-Drs. 19/23944 S. 35). Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen (§ 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG). Bei einer landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben (§ 28a Abs. 3 Satz 10 IfSG). Mit einer landesweiten Inzidenz von 92 am 17. März 2021, die im Vergleich zu der 7-Tage-Inzidenz zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Verordnung am 5. März 2021 bereits angestiegen ist (69, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-05-de.pdf?blob=publicationFile), besteht Handlungsbedarf zur effektiven Eindämmung des Infektionsgeschehens.

28

bb) Die Regelung in § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV erweist sich bei summarischer Prüfung aller Voraussicht nach derzeit nicht als offensichtlich unverhältnismäßig.

29

(1) Hierzu verweist der Senat zunächst auf seine bisherige Rechtsprechung zu Betriebsschließungen aufgrund der Corona-Pandemie (BayVGh, B.v. 25.2.2021 - 20 NE 21.460 - BeckRS 2021, 3819, B. v. 23.2.2021 - 20 NE 21.367 - BeckRS 2021, 2697).

30

(2) Dass dem Normgeber mildere, aber gleichermaßen wirksame Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um in den geregelten Bereichen die Infektionsgefahr zu minimieren und damit der weiteren Ausbreitung der Pandemie entgegenzuwirken, ist nicht offensichtlich. Der Senat geht nach wie vor davon aus, dass die Betriebsschließungen mit der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs.

1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag kraft Gesetzes eine grundsätzlich zur Bekämpfung der Coronavirus-Krankheit-2019 geeignete und erforderliche Infektionsschutzmaßnahme ist. Davon ist der Gesetzgeber durch den Erlass des mit Artikel 1 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397) eingefügten § 28a IfSG ausgegangen. Zwar sind die dadurch eingeräumten Befugnisse der Infektionsschutzbehörden und damit vor allem des Ordnungsgebers nach § 32 IfSG, Untersagungs- und Beschränkungsmaßnahmen für ganze Bereiche des gesellschaftlichen Lebens sowie allgemeine Verhaltenspflichten für jedermann zur Bekämpfung von COVID-19 zu erlassen, zum Teil sehr weitgehend und in die Grundrechte der Betroffenen tief eingreifend. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass diese Befugnisse allein auf das Ereignis der Corona-Pandemie zugeschnitten sind und jedenfalls flächendeckend nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag erlassen werden können. Dadurch hat der Bundestag eine Gefährdungseinschätzung durch die Corona-Pandemie, welche sowohl Gefahrenabweherelemente als auch Gefahrenprognoseelemente (vgl. hierzu BVerwG, U.v. 28.6.2004 - 6 C 21.03 - BeckRS 2004, 25030) enthält, zum Ausdruck gebracht, welche grundsätzlich solch einschneidende Maßnahmen voraussichtlich rechtfertigen kann. Dass der Bundestag hier seinen weiten Gestaltungsspielraum bei der Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gegenüber Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit (vgl. hierzu BVerfG, B.v. 12.5.2020 - 1 BvR 1027/20 - NVwZ 2020, 1823 - juris Rn. 6) überschritten hätte, ist nicht ersichtlich. Dafür, dass sich an dieser Risikoeinschätzung durch den Bundesgesetzgeber maßgeblich etwas ändert, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr hat der Deutsche Bundestag in seiner Sitzung vom 4. März 2021 den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD - Entwurf eines Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen (Drucksachen 19/26545 und 19/27291) in zweiter Lesung angenommen; von einer Zustimmung des Bundesrates ist derzeit auszugehen (vgl. BR-Drs. 197/21 und 197/1/21).

31

Die Einwendung der Antragstellerin, die Infektionsgefahr im Einzelhandel sei nachgewiesen unterdurchschnittlich, sodass die Schließung von Einzelhandelsbetrieben nicht erforderlich sei, um das Infektionsgeschehen einzudämmen, greift nicht durch. Zwar können auch Schutz- und Hygienekonzepte zu einer Reduzierung von Ansteckungen mit SARS-CoV-2 beitragen. In der derzeitigen Phase der Pandemie, die weiterhin von einem stark diffusen Ausbruchsgeschehen geprägt ist und in der in vielen Fällen das Infektionsumfeld nicht ermittelt werden kann (vgl. RKI, Lagebericht vom 17.3.2021, a.a.O., S. 2), ist die Prognose des Ordnungsgebers, dass die bestehenden Infektionszahlen zu hoch sind, um die ergriffenen Maßnahmen „umfassend zu lockern“ (vgl. Begründung vom 5.3.2021, BayMBI. 2021 Nr. 172), unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Vorgaben zur Ergreifung umfassender Schutzmaßnahmen bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (§ 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG) rechtlich nicht zu beanstanden.

32

(3) Auch gegen die Angemessenheit der weitreichenden Betriebsschließungen im Einzelhandel bestehen derzeit keine durchgreifenden Bedenken. Dabei verkennt der Senat nicht, dass diese nicht zuletzt wegen ihrer Dauer zu schwerwiegenden wirtschaftlichen Einbußen der Betreiber führen und damit deren Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG schwer beeinträchtigen und ggf. im Einzelfall - mit zunehmender Dauer - auch in die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) eingreifen können. Gleichwohl erscheint das mit der Verordnung zur Änderung der 11. BayIfSMV vom 24. Februar 2021 (BayMBI. Nr. 149) bereits begonnene und mit der 12. BayIfSMV weiter umgesetzte Gesamtkonzept erster, vorsichtiger Öffnungsschritte nur in „spezifischen Settings“ (BayMBI. 2021, Nr. 150 S. 2) bei summarischer Prüfung als nicht von vorneherein unangemessene Reaktion auf das derzeit noch auf hohem Niveau befindliche pandemische Geschehen. Die Maßnahmen stehen im Einklang mit der Risikobewertung des Robert-Koch-Instituts (vgl. oben Rn. 26). Angesichts des weiterhin angespannten und sich zuletzt wieder deutlich verstärkenden Infektionsgeschehens sowie der gravierenden Auswirkungen im Fall einer (konkret drohenden) Überlastung des Gesundheitssystems stehen die mit den Maßnahmen verbundenen Einschränkungen für die Grundrechte der Antragstellerin gegenwärtig nicht offensichtlich außer Verhältnis zu Gewicht und Dringlichkeit der die Maßnahmen rechtfertigenden Gründe.

33

cc) Der Senat hegt allerdings Zweifel, ob die Regelungen des § 12 BayIfSMV als Ganzes gesehen noch mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren sind (vgl. hierzu auch OVG Saarland, B.v. 9.3.2021 - 2 B 58/21 - juris).

34

(1) Zwar handelt es sich bei den Betriebsschließungen nach § 28a Abs. 1 Nr. 14, Abs. 3 Satz 5 und Satz 10 IfSG grundsätzlich um eine kraft Gesetzes geeignete und erforderliche Maßnahme zur Bekämpfung der Corona-Pandemie. Dem liegt die Risikoeinschätzung des Bundesgesetzgebers zu Grunde, dass es in Betrieben, Gewerben und im Einzel- oder Großhandel zu einer Vielzahl von Kontakten kommt, welche das Risiko der massenhaften Übertragung des Sars-CoV-2-Virus mit sich bringt. Dieses Übertragungsrisiko realisiert sich in sämtlichen Betrieben unabhängig davon, ob es sich dabei um sogenannte „systemrelevante“ Betriebe handelt oder um Betriebe, welche nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung von Interesse sind, oder deren Unternehmensgegenstand zumindest vorübergehend als verzichtbar erscheint.

35

(2) Nach § 28 Abs. 6 Satz 3 IfSG können allerdings einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist. Hierzu wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausgeführt (BT-Drs. 19/24334, S. 74):

36

„Hiermit wird dem Erfordernis einer notwendigen Differenzierung in einem Gesamtkonzept von Schutzmaßnahmen Rechnung getragen. Die sachliche Rechtfertigung und Differenzierung einzelner Schutzmaßnahmen ist daher nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.“

37

Ob die vom Gesetzgeber in § 28a Abs. 6 Satz 3 IfSG gemachten Vorgaben im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020: BayVGh, B.v. 29.10.2020 - 20 NE 20.2360 - juris Rn. 28 ff.) ausreichend sind, lässt sich im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht abschließend beurteilen und muss deshalb einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Bei der Beurteilung der besonderen Bedeutung der einzelnen Bereiche für die Allgemeinheit dürfte dem Ordnungsgeber ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommen. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt allerdings die Frage, ob der Ordnungsgeber von sachlichen Erwägungen ausgegangen ist (vgl. zuletzt BayVGh, B.v. 23.2.2021 - 20 NE 21.367 - juris Rn. 22). Hierbei kommt der Begründung der Verordnung nach § 28a Abs. 5 IfSG besondere Bedeutung zu.

38

Die mit Änderungsverordnung vom 24. Februar 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 149) in die 11. BayIfSMV eingefügten Ausnahmen von Blumenfachgeschäften, Gartenmärkten, Gärtnereien, Baumschulen und Baumärkten in die Liste der ausnahmsweise nicht geschlossenen Betriebe (§ 12 Abs. 1 Satz 2 11. BayIfSMV) sowie die ausnahmsweise zulässigen körpernahen Dienstleistungen der Friseure sowie - im hygienisch oder pflegerisch erforderlichen Umfang - der nichtmedizinische Fuß-, Hand-, Nagel- und Gesichtspflege (§ 12 Abs. 2 11. BayIfSMV) werfen im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zahlreiche Fragen auf, die zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit von § 12 12. BayIfSMV, der diese Regelungen fortführt, begründen können.

39

So ist zum einen nur wenig nachvollziehbar, warum körpernahe Dienstleistungen zum Teil inzidenzunabhängig öffnen dürfen, Dienstleistungen, die in Ladengeschäften ohne Körperkontakt erbracht werden, jedoch nicht. Denn körpernahe Dienstleistungen dürften im Hinblick auf die Nichteinhaltung des Mindestabstandes aus infektiologischer Sicht deutlich kritischer einzuschätzen sein als der Betrieb sonstiger Ladengeschäfte mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe. Selbst wenn die

Öffnung der Friseurladengeschäfte aufgrund ihrer allgemeinen Bedeutung für die Bevölkerung noch nachvollziehbar wäre, erkennt der Senat für die Ausnahme für die nichtmedizinische Fuß-, Hand-, Nagel- und Gesichtspflege demgegenüber keinen zwingenden Sachgrund, zumal schon fraglich erscheint, was unter einem „hygienisch oder pflegerisch erforderlichen Umfang“ zu verstehen ist. Denn pflegerische Leistungen in diesem Bereich für Bedürftige (Alte und Kranke) dürften ohnehin schon unter dem Geltungsbereich des § 12 Abs. 3 11. BayIfSMV (jetzt § 12 Abs. 3 12. BayIfSMV) gefallen und damit zulässig gewesen sein. Auch anhand der Begründung der Verordnung zur Änderung der 11. BayIfSMV vom 24. Februar 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 150 S. 3 f.) kann der Senat die Differenzierung des Verordnungsgebers anhand des mit der körpernahen Dienstleistung verfolgten Zwecks der Körperhygiene und -pflege nicht ohne Weiteres nachvollziehen.

40

Zum anderen könnte die weitere ausnahmsweise Zulassung von Betrieben nach § 12 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 12. BayIfSMV ein allgemeines repressives Verbot von Ladengeschäften mit Kundenverkehr für Handels-, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe zunehmend in Frage stellen. Durch die Aufnahme weiterer Betriebsarten und des offenen Auffangtatbestandes des § 12 Abs. 1 Satz 2 12. BayIfSMV hinsichtlich der „sonstigen für die tägliche Versorgung unverzichtbaren Ladengeschäfte“ werden zusätzliche Bezugsfälle geschaffen, welche eine Abgrenzung deutlich erschweren.

41

Im Ergebnis dürfte im hier zu entscheidenden Fall ein entsprechender Verstoß jedoch deshalb nicht zu einem Anspruch der Antragstellerin auf vorläufige Außervollzugsetzung des § 12 Abs. 1 12. BayIfSMV führen, weil die Voraussetzungen für den Erlass der angegriffenen Norm - wie oben dargelegt - derzeit erfüllt sind und aus einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls im Grundsatz kein Anspruch auf Normaufhebung folgt (vgl. BVerfG, B.v. 17.1.2006 - 1 BvR 541/02 u.a. - juris Rn. 44 ff.; BVerwG, U.v. 25.7.2007 - 3 C 10/06 - juris Rn. 30 f.; Wollenschläger in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, § 3 Rn. 316; anders wohl OVG Saarland, B.v. 9.3.2021 - 2 B 58/21 - juris). Bei einer gleichheitswidrigen Rechtsverordnung kommt eine gerichtliche Korrektur durch Aufhebung einer belastenden Maßnahme im Grundsatz nur dann in Betracht, wenn das normative Ermessen des Verordnungsgebers rechtmäßig nur in einem bestimmten Sinn ausgeübt werden könnte oder wenn sich mit Sicherheit annehmen lässt, dass der Verordnungsgeber, wäre ihm das Problem bewusst, den Anforderungen des Gleichbehandlungsgebots gerade in diesem Sinn Rechnung tragen würde (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 31). Das ist hier jedoch nicht der Fall, weil sich die aus der pandemischen Gefahrenlage aufgrund von COVID-19 und der Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Konfliktlage nicht derart auflösen lässt, dass eine vom Verordnungsgeber nicht nachvollziehbar begründete Ausnahme von einer Infektionsschutzmaßnahme durch die Einbeziehung eines vergleichbaren Lebenssachverhaltes erweitert wird. Gerät allerdings das Verhältnis von repressiven Verboten und Befreiungen derart in Schieflage, dass das repressive Verbot an sich in Frage gestellt wird, kann dieses Verbot im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr aufrechterhalten bleiben. Ob dieser Punkt in der vorliegenden Konstellation gerade im Hinblick auf die Schwere der Grundrechtseingriffe und die hier konkurrierenden Grundrechte schon erreicht ist, ist bei summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren als offen anzusehen und muss einer Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

42

3. Bei der Annahme offener Erfolgsaussichten der Hauptsache ergibt die gebotene Folgenabwägung zwischen den betroffenen Schutzgut der freien wirtschaftlichen Betätigung aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Schutzgut Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG insbesondere im Hinblick auf die wieder steigenden Infektionszahlen, dass die von der Antragstellerin dargelegten wirtschaftlichen Folgen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten müssen.

43

Das pandemische Geschehen verstärkt sich aktuell erneut. Nach dem Situationsbericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 17. März 2021 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-17-de.pdf?blob=publicationFile) nimmt die Zahl der Übertragungen von COVID-19 in der Bevölkerung in Deutschland wieder deutlich zu. In den letzten Tagen hat sich der Anstieg der Fallzahlen beschleunigt. COVID-19-bedingte Ausbrüche betreffen momentan insbesondere private Haushalte, zunehmend auch Kitas, Schulen und das berufliche Umfeld. Das RKI schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der

Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Nach der aktuellen Risikobewertung des RKI (Stand 15.3.2021, vgl.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html) ist die Dynamik der Verbreitung einiger neuer Varianten (VOC) von SARS-CoV-2 besorgniserregend. Aufgrund der vorliegenden Daten hinsichtlich einer erhöhten Übertragbarkeit der Varianten und potenziell schwererer Krankheitsverläufe trägt dies zu einer schnellen Zunahme der Fallzahlen und der Verschlechterung der Lage bei. Alle Impfstoffe, die aktuell in Deutschland zur Verfügung stehen, schützen nach derzeitigen Erkenntnissen sehr gut vor einer Erkrankung durch die in Deutschland hauptsächlich zirkulierende VOC B.1.1.7 und auch vor schweren Erkrankungen durch die anderen Varianten. Für die Senkung der Neuinfektionen, den Schutz der Risikogruppen und die Minimierung von schweren Erkrankungen ist die Impfung der Bevölkerung von zentraler Bedeutung. Effektive und sichere Impfstoffe sind seit Ende 2020 zugelassen, stehen aber noch nicht in ausreichenden Mengen zur Verfügung und werden derzeit vorrangig den besonders gefährdeten Gruppen angeboten. Das individuelle Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken, kann anhand der epidemiologischen bzw. statistischen Daten nicht abgeleitet werden. Auch ohne bekannte Vorerkrankungen und bei jungen Menschen kann es zu schweren bis hin zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen können auch nach leichten Verläufen auftreten.

44

In dieser Situation ergibt die Folgenabwägung, dass die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm im Hinblick auf die damit einhergehende mögliche Eröffnung weiterer Infektionsketten schwerer ins Gewicht fallen als die Folgen ihres weiteren Vollzugs für die Interessen der Normadressaten. Gegenüber den bestehenden Gefahren für Leib und Leben durch eine in ihrem Verlauf und ihren Auswirkungen bisher nicht zuverlässig einzuschätzende Pandemie, vor der zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist, müssen die Interessen der Betroffenen derzeit zurücktreten (vgl. auch BVerfG, B.v. 15.7.2020 - 1 BvR 1630/20 - juris Rn. 25).

45

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 28. März 2021 außer Kraft tritt (§ 30 12. BaylSMV), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren nach Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 nicht angebracht ist.

46

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).