

VG 14 L 49/20



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte McDermott Will & Emery
Rechtsanwälte Steuerberater LLP,
Stadttor 1, 40219 Düsseldorf,

g e g e n

das Land Berlin,
vertreten durch die Senatsverwaltung für Gesundheit,
Pflege und Gleichstellung
- I C 23 -,
Oranienstraße 106, 10969 Berlin,

Antragsgegner,

hat die 14. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Glowatzki,
die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Glaab und
den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Ullerich

am 30. April 2020 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache (VG 14 K 50/20) berechtigt ist, das Warenhaus KaDeWe, Tauentzienstraße 21 bis 24 in 10789 Berlin, mit der gesamten Ver-

kaufsfäche für den Publikumsverkehr zu öffnen, sofern sie die Einhaltung aller Vorgaben des § 6a Abs. 4 der Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin - SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung, SARS-CoV-2-EindmaßnV - (vom 22. März 2020, GVBl. S. 220, ber. S. 224, in der Fassung vom 28. April 2020, notverkündet unter <https://www.berlin.de/corona/massnahmen/verordnung/> nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen) sowie der Hygieneregeln nach § 2 Abs. 1, 3 Satz 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV gewährleistet.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Verfahrensgegenstands wird auf 185.000,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Der sinngemäße Antrag,

im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - vorläufig bis zur Entscheidung über die Klage VG 14 K 50/20 festzustellen, dass auf das von der Antragstellerin im Land Berlin betriebene Warenhaus die Flächenbeschränkung nach § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV vorläufig keine Anwendung findet,

ist zulässig und nach Maßgabe des Beschlusstexts auch begründet.

1.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, der zuletzt gemäß Schriftsatz vom 23. April 2020 (vgl. Blatt 66 der Gerichtsakte) ausdrücklich gegen die SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung vom 22. März 2020 in der Fassung vom 21. April 2020 (GVBl. S. 262) gerichtet war, ist nach den §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO sachdienlich dahin auszulegen, dass er sich nunmehr gegen die am gestrigen Tag in Kraft getretene aktuelle Fassung der SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung, namentlich gegen deren § 6a Abs. 1, richtet. Dafür, im Wege der einstweiligen Anordnung gegen eine zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bereits nicht mehr gültige Norm vorzugehen, würde der Antragstellerin nämlich das erforderliche allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

§ 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV a.F. lautete: „Verkaufsstellen im Sinne des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 14. November 2006 (GVBl. S. 1045), das zu-

letzt durch das Gesetz vom 13. Oktober 2010 (GVBl. S. 467) geändert worden ist, dürfen eine Verkaufsfläche von über 800 qm nicht für den Publikumsverkehr öffnen“. In der aktuellen Fassung bestimmt § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV nunmehr: „Verkaufsstellen im Sinne des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 14. November 2006 (GVBl. S. 1045), das zuletzt durch das Gesetz vom 13. Oktober 2010 (GVBl. S. 467) geändert worden ist, dürfen eine Verkaufsfläche von bis zu 800 qm für den Publikumsverkehr unter Einhaltung der Hygieneregeln nach § 2 Absatz 1 öffnen“.

2.

Der im oben wiedergegebenen Sinne ausgelegte Rechtsschutzantrag ist zulässig, insbesondere statthaft.

a) Indem er die nach der alten wie nach der neuen Fassung des § 6a Abs. 1 SARS-Cov-2-EindmaßnV auch für das von der Antragstellerin betriebene Warenhaus geltende Beschränkung der zulässigerweise für den Publikumsverkehr zu öffnenden Verkaufsfläche auf 800 m² angreift, bezieht er sich auf ein gegenwärtiges, feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin als Normadressatin und dem Land Berlin als Normgeber und -anwender (vgl. auch Pietzcker in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL Juli 2019, § 43 Rn. 10 zu ähnlichen Konstellationen). § 43 Abs. 2 VwGO greift insoweit nicht ein, da die genannte Vorschrift, die auch in ihrer aktuellen Fassung ein (implizites) Verbot der Öffnung einer über 800 m² hinausgehenden Verkaufsfläche beinhaltet, bußgeldbewehrt ist (vgl. § 24 SARS-CoV-2-EindmaßnV in Verbindung mit § 73 Abs. 1a Nr. 24 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen - IfSG -). Zudem ist bei summarischer Prüfung nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen, dass Verstöße gegen die abstrakt-generellen Ver- und Gebote aus § 6a SARS-CoV-2-EindmaßnV auch nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG strafbar sein könnten (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 31. März 2020 - 1 BvR 712/20 -, juris Rn. 15). Das Abwarten der Verhängung derartiger Sanktionen, um sodann gegen diese vorgehen zu können, ist der Antragstellerin nicht zuzumuten (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6/15 -, juris Rn. 15).

b) Der Antragstellerin fehlt auch nicht die für die begehrte vorläufige Feststellung in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis. Daran würde es nur dann fehlen, wenn die Antragstellerin offensichtlich und nach keiner denkbaren Betrachtungsweise durch das festzustellende Rechtsverhältnis in ihren subjektiven Rechten verletzt sein könnte (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. November 2003 - 9 C 6.02 -, BVerwGE 119, 245, 249). Davon ist hier jedoch nicht auszu-

gehen. Eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Grundrechten aus Artikel 12 Abs. 1 und Artikel 14 Abs. 1 jeweils in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 1 und Artikel 19 Abs. 3 des Grundgesetzes - GG - erscheint insofern zumindest als möglich.

c) Der Antrag stellt schließlich auch keine unzulässige Umgehung der Sperrwirkung des § 47 VwGO dar.

Mangels einer landesrechtlichen Bestimmung nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kann die Antragstellerin gegen die angegriffene Norm nicht im Wege der prinzipialen Normenkontrolle nach § 47 VwGO vorgehen und insbesondere nicht nach § 47 Abs. 6 VwGO beim Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg um einstweiligen Rechtsschutz nachsuchen (vgl. dazu allgemein: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl., § 123 Rn. 9 m.w.N.). Angesichts dessen ist ihrem Anspruch aus Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes in der Weise Rechnung zu tragen, dass sie in der Hauptsache im Wege der negativen Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit des hier angegriffenen (impliziten) Verbots vorgehen und einen korrespondierenden Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes beim Verwaltungsgericht stellen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.03.2020 - 1 BvR 712/20 -, juris Rn. 15 m.w.N.).

II.

Der Antrag ist nach Maßgabe des Beschlusstextes auch begründet.

1.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die begehrte Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 der Zivilprozessordnung sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, welche die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Dem Wesen und Zweck des Verfahrens nach § 123 Abs. 1 VwGO entsprechend, kann das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem jeweiligen Antragsteller nicht schon das gewähren, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre. Begehrt ein Antragsteller, wie hier, die Vorwegnahme der Hauptsache, kommt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren

mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Rechtsschutzsuchenden andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. z.B. OVG Bln-Bbg, Beschlüsse vom 17.10.2017 - 3 S 84.17 / 3 M 105.17 -, juris Rn. 2 und vom 28.04.2017 - 3 S 23.17 u.a. -, juris Rn. 1; ferner: Kopp/Schenke, a.a.O., Rn. 13 ff. m.w.N.).

2.

Die Antragstellerin hat das Bestehen eines Anordnungsanspruchs glaubhaft gemacht. Nach der im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ist die Beschränkung der zulässigerweise zu öffnenden Verkaufsfläche auf 800 m² im Verhältnis zur Antragstellerin mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtswidrig. Dies deshalb, weil sie höchstwahrscheinlich zumindest einen gleichheitswidrigen und damit ungerechtfertigten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin (Artikel 3 Abs. 1, Artikel 12 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 3 GG) darstellt.

a) Die Kammer teilt allerdings nicht die Auffassung der Antragstellerin, dass die SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung von der Ermächtigungsgrundlage des § 32 IfSG nicht gedeckt und/oder Letztere zu unbestimmt sei, die angegriffene Norm gegen den Vorbehalt des Gesetzes bzw. den Wesentlichkeitsgrundsatz verstoße, § 6a Abs. 2 SARS-CoV-2-EindmaßnV hinsichtlich dessen Anwendbarkeit auf Warenhäuser zu unbestimmt sei und im Hinblick auf die durch § 6a Abs. 2 SARS-CoV-2-EindmaßnV bewirkte Privilegierung bestimmter Einzelhandelsbetriebe einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Artikel 3 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 19 Abs. 3 GG beinhalte. Die Kammer nimmt insoweit zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug auf die Beschlüsse des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. April 2020 (- 11 S 22/20 - und - 11 S 23/20 -, jeweils juris; vgl. ferner Beschluss vom 28. April 2020 - 11 S 28/20 - und Beschlüsse vom 29. April 2020 - 11 S 30.20 - und - 11 S 31.20 - [jeweils im Volltext noch unveröffentlicht]). Diese sind zwar in Verfahren nach § 47 VwGO zu der Brandenburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ergangen, jedoch sieht die Kammer die dortigen Ausführungen zu den vorgenannten Einwendungen (vgl. etwa den Beschluss OVG 11 S 22/20, a.a.O., Rn. 19 ff.) gleichwohl nicht nur als auf die Berliner Rechtslage übertragbar, sondern – nach eigener summarischer Prüfung – auch als in der Sache überzeugend an.

b) Die Kammer vermag sich ferner bei summarischer Prüfung nicht der Ansicht der Antragstellerin anzuschließen, dass die in § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV vorgesehene generelle Begrenzung der zulässigerweise zu öffnenden Verkaufsfläche auf 800 m² willkürlich und unverhältnismäßig sei.

(1) Die SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung einschließlich ihres § 6a Abs. 1 verfolgt einen legitimen Zweck.

Sie bezweckt in der Gesamtheit ihrer Regelungen, Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (im Folgenden nur: Coronavirus) soweit als möglich vorzubeugen und damit gleichzeitig auch die Ausbreitungsgeschwindigkeit der übertragbaren Krankheit COVID-19 innerhalb der Bevölkerung so zu verringern, dass eine Überlastung des öffentlichen Gesundheitssystems vermieden wird. Primärer – und legitimer – Zweck der SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung ist somit der Schutz der Gesundheit und des Lebens des/der Einzelnen wie auch der Schutz der Bevölkerungsgesundheit insgesamt. Gleichzeitig soll aber auch „in kleinen Schritten“ darauf hingewirkt werden, „das öffentliche Leben wieder zu beginnen, den Bürgerinnen und Bürgern wieder mehr Freizügigkeit zu ermöglichen und die gestörten Wertschöpfungsketten wiederherzustellen“ (vgl. Beschluss der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und -chefs der Länder vom 15. April 2020, www.bundeskanzlerin.de).

(2) Die Beschränkung der zulässigerweise für den Publikumsverkehr zu öffnenden Verkaufsfläche auf 800 m² ist zur Erreichung dieser Zwecke auch geeignet.

(a) Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass mit Blick auf das Coronavirus der Schutz der Gesundheit und des Lebens des/der Einzelnen und der Bevölkerungsgesundheit durch die in der Vergangenheit verfügbaren diversen Beschränkungen bereits erreicht wurde und nun in einer Weise gesichert ist, welche die weitere Aufrechterhaltung von Schutzmaßnahmen entbehrlich macht. Nach der Einschätzung des fachkundigen Robert Koch-Instituts, das nach § 4 IfSG wichtige Aufgaben im Zusammenhang mit der Vorbeugung übertragbarer Krankheiten und der Verhinderung ihrer Weiterverbreitung zu erfüllen hat, handelt es sich vielmehr bei der Ausbreitung des Coronavirus weiterhin um eine sehr dynamische Entwicklung und resultiert daraus nach wie vor eine ernst zu nehmende Situation. Die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland wird weiterhin insgesamt als hoch und für Risikogruppen sogar als sehr hoch bewertet ([https:// www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)). Die Gesamtzahlen der Neuinfektionen

und Todesfälle in Deutschland steigen auch gegenwärtig Tag für Tag an. Die Folgen einer Infektion mit dem Virus sind im Einzelfall weiterhin kaum vorhersehbar, denn die Krankheitsverläufe sind unspezifisch, vielfältig und variieren stark. Die Bandbreite reicht von weitgehend symptomlosen Verläufen bis zu schweren Pneumonien mit Lungenversagen und dem Tod der Erkrankten. Generell nimmt die Wahrscheinlichkeit für schwere Krankheitsverläufe mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu, jedoch wurden schwere Verläufe auch bei Personen ohne bekannte Vorerkrankungen und jüngeren Erkrankten beobachtet. Obgleich Kinder häufig eher milde und unspezifische Verläufe aufweisen, sind auch in dieser Gruppe, namentlich bei Säuglingen und Kleinkindern, schon schwere Verläufe registriert worden (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Eine ursächliche Behandlung der Erkrankung oder ein wirksamer Impfstoff gegen das Virus stehen derzeit nicht zur Verfügung und werden voraussichtlich auch mittelfristig nicht verfügbar sein. Einstweilen stellen daher ausreichende intensivmedizinische Kapazitäten für schwere Krankheitsverläufe nach Einschätzung des Robert Koch-Instituts ein Schlüsselement in der Bewältigung des COVID-19 Ausbruchs dar (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Intensivregister.html). Hinzu kommt, dass nach Berichten (vgl. etwa „Sterberate bei Beatmungspatienten gibt Rätsel auf“ unter <https://www.welt.de/vermishtes/article207221877/Corona-Pandemie-Sterberate-bei-Beatmungspatienten-gibt-Raetsel-auf.html>) ein ungewöhnlich hoher Anteil der intensivmedizinisch behandelten, beatmungspflichtigen COVID-19-Erkrankten trotz der Behandlung versterben. Überdies gibt es ernstzunehmende Hinweise auf mögliche gravierende Spätfolgen (dauerhafte Schädigungen der Lunge, des Herz-Kreislaufsystems sowie Störungen im neurologischen Bereich) einer überstandenen schweren COVID-19-Erkrankung (vgl. etwa „Wie gefährlich ist das Coronavirus?“ unter <https://www.quarks.de/gesundheit/medizin/langzeitschaeden-von-covid-19-was-wir-wissen-und-was-nicht/>). Auch wenn es sich bei alledem ersichtlich um wissenschaftlich noch nicht hinreichend gesicherte und untersuchte Sachverhalte handelt, deutet es doch darauf hin, dass unabhängig von dem Vorhandensein einer ausreichenden Anzahl von Beatmungsplätzen gerade der Infektions- und damit Krankheitsvermeidung für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Bevölkerung entscheidende Bedeutung zukommt.

(b) Die von dem Ordnungsgeber, dem insoweit in der unsicheren epidemischen Lage ein vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungs- und Prognosespielraum zukommt (vgl. OVG LSA, Beschluss vom 27.04.2020 - 3 R 52/20 – [im Volltext noch unveröffentlicht]), gewählte Maßnahme einer Beschränkung der zuläs-

sigen Verkaufsfläche auf 800 m² (§ 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV) ist bei summarischer Prüfung nicht ungeeignet, Neuinfektionen mit dem Coronavirus vorzubeugen und die Ausbreitung von COVID-19 damit unter Kontrolle zu halten.

Zwar liegen nach wie vor noch keine umfassenden, wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse zu den Übertragungswegen vor, jedoch scheint nach Angaben des Robert Koch-Instituts die Tröpfcheninfektion Hauptübertragungsweg zu sein. Daneben können auch eine Kontaktübertragung durch kontaminierte Oberflächen und eine Verbreitung des Coronavirus im normalen gesellschaftlichen Umgang über Aerosole nicht ausgeschlossen werden (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Ferner ist von einer Übertragbarkeit durch asymptomatische bzw. präsymptomatische Infizierte auszugehen, d.h. durch Personen, die von ihrer eigenen Infektion (noch) nichts wissen (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html).

Der auch mit § 6a SARS-CoV-2-EindmaßnV erkennbar verfolgte Ansatz des Verordnungsgebers, physische soziale Kontakte zwischen nicht zum selben Haushalt gehörenden Menschen möglichst zu reduzieren, Menschenansammlungen vorzubeugen, weil diese allgemein ein erhöhtes Risiko für die Verbreitung von Infektionskrankheiten bei gleichzeitig kaum möglicher Nachverfolgung von Infektionsketten bergen (vgl. OVG Nds, Beschluss vom 27.04.2020 - 13 MN 98/20 -, juris Rn. 54), und Anreize, die eigene Wohnung zu verlassen, weiterhin generell möglichst gering zu halten, ist daher zur Zweckerreichung geeignet.

Die Festlegung einer maximal zulässigen Verkaufsfläche von 800 m² ist dabei entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht willkürlich oder zur Zweckerreichung ersichtlich ungeeignet. Die Kammer hält nach eigener summarischer Prüfung die nachfolgenden Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Bremen (Beschluss vom 23. April 2020 - 1 B 107/20 -, EA S. 7, abrufbar unter <https://www.oberverwaltungsgericht.bremen.de/entscheidungen/> [zu einer vergleichbaren Regelung in der Bremer Coronaverordnung]; mit gleicher Argumentation auch: OVG Nds, a.a.O., Rn. 57 f.; vgl. in diesem Sinne ferner: OVG Saarland, Beschluss vom 24. April 2020 - 2 B 122/20 -; OVG LSA, Beschluss vom 27. April 2020 - 3 R 52/20 -; Hess VGH, Beschluss vom 28. April 2020 - 8 B 1039/20.N - und OVG Sachsen [zu Einkaufszentren mit mehr als 800 m² Gesamtfläche], Beschluss vom 29. April 2020 - 3 B 144/20 - [alle im Volltext noch unveröffentlicht]) für überzeugend und schließt sich ihnen an:

„Zum anderen wird mit der Begrenzung der Verkaufsfläche der Attraktivität von Einzelhandelsgeschäften mit großer Verkaufsfläche Rechnung getragen und damit der Bildung von Menschenansammlungen und einer Nutzung des ÖPNV für Fahrten zum Einkaufen entgegengewirkt. Dies reduziert die Gefahr der Verbreitung des Coronavirus.

Auf der Annahme, dass aus einer großen Verkaufsfläche auf die Attraktivität eines Geschäfts und dessen Anziehungskraft für Kundinnen und Kunden geschlossen werden kann, beruht nicht nur die vorliegende infektionsrechtliche Beschränkung, sondern auch baurechtliche Beschränkungen. Nach § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO sind großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können, nur in Kerngebieten oder in für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig. Als großflächig gelten Einzelhandelsbetriebe, wenn sie eine Verkaufsfläche von 800 qm überschreiten (BVerwG, Urt. v. 24.11.2005 - 4 C 10/04 -, juris Leitsatz). Die beschränkte baurechtliche Zulässigkeit solcher Einzelhandelsbetriebe liegt darin begründet, dass sie aufgrund ihrer Größe regelmäßig ein breites Warensortiment anbieten und ansprechend präsentieren können und daher für viele Kundinnen und Kunden attraktiv sind. Sie können daher erhebliche negative Wirkungen auf wohnortnahe kleinere Einzelhandelsgeschäfte haben (vgl. Kröninger/Aschke/Jeromin, Baugesetzbuch, 4. Aufl. 2018, § 11 BauNVO Rn. 10). Die Verkaufsfläche ist aufgrund dessen baurechtlich als ein Maß anerkannt, um die Attraktivität eines Betriebes typisierend zu erfassen (vgl. BVerwG, Urt. v. 09.11.2016 - 4 C 1/16 -, juris Rn. 12). Dass der Ordnungsgeber bei dem Erlass der Coronaverordnung diese Annahme übernommen hat, um durch eine Beschränkung der Verkaufsfläche mittelbar Kundenströme zu steuern, ist daher nicht zu beanstanden (a.A. VG Hamburg, Beschl. v. 21.04.2020 - 3 E 1675/20 -). Zwar resultiert die Attraktivität eines Einzelhandelsbetriebs nicht unmittelbar aus der Verkaufsfläche, sondern aus den dort angebotenen Produkten und ihrer Präsentation. Deshalb verfügt nicht jedes Geschäft mit einer großen Verkaufsfläche über eine besondere Attraktivität. Typischerweise haben Geschäfte mit einer großen Verkaufsfläche aber entweder ein Sortiment aus vielen verschiedenen Warengruppen (insbesondere Kaufhäuser) oder ein breites Sortiment einer bestimmten Warengruppe (beispielsweise Technik-

großläden oder Modegeschäfte), woraus eine Attraktivität für eine besonders hohe Zahl an Kundinnen und Kunden resultiert.“

(3) Die Flächenbegrenzung ist bei summarischer Prüfung auch erforderlich. Ein gleich geeignetes, in die Rechte der Betreiber von Warenhäusern weniger stark eingreifendes Mittel ist nicht ersichtlich. Insbesondere können Hygienemaßnahmen als solche sowie der Umstand, dass großflächige Einzelhandelsbetriebe u.U. größere Abstände zwischen gleichzeitig Einkaufenden gewährleisten können als kleinere, Infektionen nicht im gleichen Maße verhindern wie Maßnahmen, welche von vornherein eine Reduzierung der Anzahl von Personen bewirken, die gleichzeitig einkaufen wollen, sich zu diesem Zweck in derselben Verkaufsstelle oder deren Umfeld sowie bei der An- oder Abfahrt in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs aufhalten, sowie die generelle Bereitschaft der Bevölkerung fördern, auf nicht unbedingt erforderliche „Einkaufsbummel“ vorerst weiterhin zu verzichten.

c) § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV greift jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit jedenfalls insoweit unverhältnismäßig in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin aus Artikel 12 Abs. 1 GG ein, als er Einkaufszentren (Malls) gegenüber anderen großflächigen Verkaufsstellen, hier insbesondere Waren-/Kaufhäuser, in gleichheitswidriger Weise privilegiert.

Von diesem nach Artikel 19 Abs. 3 GG auch der Antragstellerin als inländischer juristischer Person zustehenden Grundrecht ist das Recht umfasst, unternehmerisch freitätig zu sein und über die Führung des eigenen Gewerbebetriebs einschließlich aller damit zusammenhängenden Modalitäten selbst zu bestimmen (vgl. Sodan: in Sodan, Grundgesetz, Art. 12 Rn 14 m.w.N.). Die Berufsausübung kann nach Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Berufsausübungsbeschränkungen werden durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohl legitimiert, jedoch muss die Regelung u.a. verhältnismäßig sein. Daran fehlt es u.a. dann, wenn die Regelung gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Artikel 3 Abs. 1 GG verstößt, wovon vorliegend bei summarischer Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit auszugehen ist.

(1) Artikel 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen sowie nach Maßgabe des Artikels 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das daraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für Belastungen und Begünstigungen gleichermaßen. Dem Normgeber ist damit nicht jede Differenzierung verwehrt, jedoch bedarf

diese stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei 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. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Normgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. zu allem Vorstehenden: Bay VGH, Beschluss vom 27. April 2020 - 20 NE 20.793 -, EA S. 13, m.w.N., abrufbar unter: <http://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/20a00793b.pdf>).

(2) Nach diesen Maßstäben geht die Kammer davon aus, dass § 6a SARS-CoV-2-EindmaßnV insofern gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstößt, als eine hinreichende sachliche Rechtfertigung für die dort geregelte Ungleichbehandlung von großflächigen Einzelhandelsbetrieben (einschließlich Warenhäusern) einerseits und Einkaufszentren (Malls) andererseits nicht erkennbar ist.

Während Ersteres, wie erörtert, nach § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV eine Verkaufsfläche von mehr als 800 m² für den Publikumsverkehr ausnahmslos nicht öffnen dürfen, ist es Letzteren, wie aus § 6a Abs. 4 SARS-CoV-2-EindmaßnV geschlossen werden muss, nicht verwehrt, einer Gesamtverkaufsfläche, die ohne weiteres ein Vielfaches von 800 m² umfassen kann, für das Publikum zu öffnen, sofern nur jedes einzelne im Einkaufszentrum befindliche Geschäft für sich genommen die Grenze von 800 m² nicht überschreitet. Ausgehend von der oben dargestellten seuchenrechtlichen Rechtfertigung der Begrenzung der zulässigen Verkaufsfläche auf 800 m² – welche, wie erörtert, in Bezug auf Warenhäuser in der Annahme liegt, dass diese ein sehr breites Sortiment aus vielen verschiedenen Warengruppen auf ihren großen Verkaufsflächen ansprechend präsentieren können und damit potentiell eine besonders hohe Zahl an Kundinnen und Kunden anlocken – vermag die Kammer nicht zu erkennen, dass und warum im Vergleich dazu Einkaufszentren von geringerer Attraktivität für das Publikum sein und weniger Menschen anlocken sollten. Schließlich bieten auch die in Einkaufszentren angesiedelten Geschäfte in ihrer Gesamtheit typischerweise ein sehr vielfältiges Warensortiment in für die potentielle Kundschaft an-

sprechender Präsentation an und ermöglichen es genauso wie Warenhäuser, innerhalb ein und desselben Gebäudes die unterschiedlichsten Bedarfe problemlos „trockenen Fußes und auf kurzen Wegen“ zu decken. Die somit nach Auffassung der Kammer zu unterstellende mindestens gleich große Attraktivität von Einkaufszentren und Warenhäusern wird durch § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 BauNVO insofern bestätigt, als auch dort Einkaufszentren und großflächige Einzelhandelsbetriebe gleich behandelt, mithin als Betriebe von bei typisierender Betrachtung gleich hoher Anziehungskraft eingeschätzt werden.

Auch sonstige Gründe für eine Ungleichbehandlung von Warenhäusern und Einkaufszentren – zu denen sich die am 22. und 27. April 2020 beim Gericht eingegangenen Schriftsätze des Antragsgegners nicht verhalten – vermag die Kammer nicht zu erkennen. Insbesondere ist es im Land Berlin nicht so, dass Warenhäuser typischerweise in der Innenstadt und Einkaufszentren in der Peripherie angesiedelt sind und daher ein unterschiedliches Ausmaß sowohl des Zustroms von Menschen als auch der Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs durch diese vermutet werden könnte. Auch ist nicht erkennbar, warum anzunehmen sein sollte, dass es den Betreibern von Einkaufszentren typischerweise besser gelingen wird, die Einhaltung der speziellen Vorgaben des § 6a Abs. 4 sowie der Hygieneregeln nach § 2 Abs. 1, 3 Satz 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV zuverlässig zu gewährleisten, als den Betreibern von Waren-/Kaufhäusern (vgl. hierzu auch die Ausführungen der Antragstellerin auf Seite 7 der Antragsbegründung vom 23. April 2020, Blatt 72 der Gerichtsakte, denen der Antragsgegner nicht entgegengetreten ist).

3.

Die Antragstellerin hat auch das Bestehen eines Anordnungsgrundes glaubhaft gemacht.

Auch wenn die Antragstellerin, wie der Antragsgegner im Grundsatz zu recht bemängelt, nichts Konkretes dazu vorgetragen und glaubhaft gemacht hat, welche Umsatzeinbußen ihr dadurch entstehen, dass der Verkauf im KaDeWe derzeit nur auf 800 m² statt der in diesem Warenhaus regulär zur Verfügung stehenden Verkaufsfläche von ca. 60.000 m² (vgl. Wikipedia, Stichwort „Kaufhaus des Westens“) stattfinden darf, kann es aus Sicht der Kammer dennoch nicht ernstlich zweifelhaft sein, dass die Beschränkung der Verkaufsfläche für die Antragstellerin mit ganz erheblichen Umsatz- und damit auch Gewinneinbußen verbunden ist. Diese stellen für die Antragstellerin ohne weiteres einen schweren und unzumutbaren – ja wohl potentiell sogar existenzbedrohenden – Nachteil dar, der im Falle eines Obsiegens in der

Hauptsache auch nachträglich nicht mehr beseitigt werden könnte, weil das spätere „Nachholen“ von Umsatz, wenn überhaupt, nur in sehr begrenztem Umfang möglich sein dürfte.

4.

Der im Ergebnis festzustellenden rechtswidrigen Ungleichbehandlung von einerseits Waren-/Kaufhäusern mit großen Verkaufsflächen, wozu auch das von der Antragstellerin im Land Berlin betriebene Warenhaus zählt, und andererseits Einkaufszentren (Malls) ist nach Auffassung der Kammer im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes in der aus dem Tenor ersichtlichen Weise zu begegnen. Eine gerichtliche Aufhebung der vom Ordnungsgeber in eigener Zuständigkeit und in Ausübung des ihm als Teil der Exekutive zustehenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums in § 6a Abs. 4 SARS-CoV-2-EindmaßnV vorgesehenen Privilegierung von Einkaufszentren (Malls) kommt ebenso wie eine gerichtliche Feststellung der vorläufigen individuellen Unverbindlichkeit der sich aus § 6a SARS-CoV-2-EindmaßnV ergebenden Gesamtregelung angesichts der Natur des vorläufig festzustellenden Rechtsverstoßes hingegen nicht in Betracht.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO; die Festsetzung des Werts des Streitgegenstands aus § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Satz 1 GKG. Die Kammer geht dabei davon aus, dass die Antragstellerin in der Sache die Öffnung einer Verkaufsfläche begehrt, welche die nach § 6a Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV zulässige Verkaufsfläche von 800 m² um das etwa 74-fache übersteigt (60.000 m² – 800 m² = 59.200 m²; 59.200 m² ./ 800 = 74). Dabei erscheint der Kammer in Ermangelung hinreichend aussagekräftiger Informationen zur Bedeutung der Sache in wirtschaftlicher Hinsicht das Ansetzen des halben Auffangstreitwerts (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ-Beilage 2013, 57, Punkt 1.5 Satz 1) in Höhe von 2.500,- € je 800 m² zusätzlicher Verkaufsfläche gerechtfertigt (74 x 2.500,- € = 185.000,- €). Trotz der Vorwegnahme der Hauptsache sieht die Kammer mit Blick auf die in zeitlicher Hinsicht durch das Außerkrafttreten der SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung mit Ablauf des 10. Mai 2020 (vgl. § 25 Abs. 1, 2. Halbsatz SARS-CoV-2-EindmaßnV) begrenzte Wirkung von einer Anhebung auf den vollen Auffangstreitwert ab.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form gemäß § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200,- € übersteigt. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich oder in elektronischer Form oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat. Der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten bedarf es nicht.

Glowatzki

Dr. Glaab

Dr. Ullerich