



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 1 B 95/20**

VG: 5 V 553/20

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der Firma

– Antragstellerin und Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigter:

**g e g e n**

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch den Senator für Inneres,  
Contrescarpe 22 - 24, 28203 Bremen

– Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Prof. Sperlich, Richterin Dr. Koch und Richter Dr. Sieweke am 14. April 2020 beschlossen:

**Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 5. Kammer – vom 26. März 2020 wird zurückgewiesen.**

**Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.**

**Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 Euro festgesetzt.**

## Gründe

I. Die Antragstellerin will erreichen, dass sie ihre Einzelhandelsgeschäfte öffnen darf, weil diese ihrer Ansicht nach nicht von den im Zuge der aktuellen Corona-Pandemie erlassenen Schließungsvorgaben erfasst seien.

Die Antragstellerin betreibt in Bremen drei Einzelhandelsgeschäfte, die neben Lebensmitteln ein breites Warenangebot anbieten. Vom Umsatz entfallen 25 Prozent auf die Warengruppe Lebensmittel; zusammengenommen stellen die Warengruppen Lebensmittel sowie Drogerie-, Garten-, Pflanzen- und Baumarktartikel einen Umsatzanteil von 47 Prozent dar.

Am 20.03.2020 erließ das Ordnungsamt der Antragsgegnerin die „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“. Die Allgemeinverfügung verbot die Öffnung von Verkaufsstellen des Einzelhandels, soweit deren Öffnung nicht ausdrücklich erlaubt war.

Das Ordnungsamt der Antragsgegnerin erklärte am 23.03.2020 mündlich gegenüber der Antragstellerin, die Einzelhandelsgeschäfte für den Publikumsverkehr zu schließen. Dagegen legte diese Widerspruch ein. Des Weiteren legte die Antragstellerin Widerspruch gegen die „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“ vom 23.03.2020 ein; diese Allgemeinverfügung ersetzte die Allgemeinverfügung vom 20.03.2020.

Die Antragstellerin hat am 23.03.2020 um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Discounter und Supermärkte, die nach der Allgemeinverfügung als Einzelhandel für Lebensmittel öffnen dürften, würden wie die Antragstellerin neben Lebensmitteln auch andere Waren verkaufen. Von daher sei die erfolgte Schließungsvorgabe unverhältnismäßig.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 26.03.2020 den Eilantrag abgelehnt. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen die mündliche „Schließungsanordnung“ sei unzulässig. Gleiches gelte für den Hilfsantrag auf Gestattung der Öffnung. Der weitere Hilfsantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Allgemeinverfügung vom 23.03.2020 sei zulässig, aber unbegründet.

Am 04.04.2020 sind § 9 Abs. 2 und 3 der „Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2“ der Senatorin für Gesundheit, Frauen und Verbraucherschutz vom 03.04.2020 (Brem.GBl. 2020, S. 168; im Folgenden: Corona-Verordnung) in Kraft getreten. Diese lauten:

*„(2) Alle weiteren, nicht an anderer Stelle in dieser Verordnung genannten Verkaufsstellen des Einzelhandels, insbesondere Einkaufszentren (mit Ausnahme der in Absatz 3 genannten Einrichtungen) dürfen nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden.*

*(3) Abweichend von Absatz 1 und 2 werden folgende Einrichtungen nicht für den Publikumsverkehr geschlossen:*

- 1. Lebensmittelgeschäfte,*
- 2. Wochenmärkte nach § 67 Gewerbeordnung,*
- 3. Abhol- und Lieferdienste,*
- 4. Getränkemärkte,*
- 5. Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien,*
- 6. Tankstellen, Kioske, Zeitungsverkaufsstellen,*
- 7. Banken und Sparkassen,*
- 8. Poststellen,*
- 9. Reinigungen, Waschsalons,*
- 10. Bau- und Gartenbaumärkte,*
- 11. Tierbedarfshandel,*
- 12. der Großhandel.“*

Die Allgemeinverfügung vom 23.03.2020 hat das Ordnungsamt mit Wirkung vom 05.04.2020 durch eine weitere Allgemeinverfügung aufgehoben.

Die Antragstellerin hat am 06.04.2020 Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts erhoben, mit der sie die erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt.

**II.** Die Beschwerde der Antragstellerin, bei deren Überprüfung das Oberverwaltungsgericht auf die dargelegten Gründe beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), hat keinen Erfolg. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

**1.** Der Hauptantrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die mündliche „Schließungsanordnung“ anzuordnen, ist unzulässig. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der mündlichen Äußerung des Mitarbeiters der Antragsgegnerin nicht um einen Verwaltungsakt gehandelt hat.

Ein Verwaltungsakt setzt nach § 35 Abs. 1 Satz 1 BremVwVfG eine Regelung voraus. Dazu muss die Erklärung darauf gerichtet sein, eine Rechtsfolge zu bewirken. Maßgeblich dafür ist, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der für ihn erkennbaren Umstände verstehen musste (BVerwG, Urt. v. 15.06.2016 - 8 C 5/15, juris Rn. 20).

Davon ausgehend kommt der mündlichen „Schließungsanordnung“ keine Regelungswirkung zu. Das Verbot der Öffnung von Einzelhandelsgeschäften ist zum damaligen Zeitpunkt durch Allgemeinverfügung geregelt gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass durch die mündliche Erklärung gegenüber der Antragstellerin, „die Einzelhandelsgeschäfte für den Publikumsverkehr zu schließen“, eine über die Allgemeinverfügung hinausgehende eigenständige Regelung getroffen werden sollte, ergeben sich auch aus dem Vorbringen der Antragstellerin nicht. Sie macht selbst geltend, dass sich die mündliche Erklärung offenbar auf die damalige Allgemeinverfügung bezogen habe. Damit stellt sie nur eine Wiederholung der bestehenden Verfügungslage dar.

**2.** Der Hilfsantrag auf Gestattung der Öffnung bedarf der Auslegung. Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass sie von keinem Verbot erfasst sei, welches ihr die Öffnung ihrer Einzelhandelsgeschäfte untersagt. Wäre diese Ansicht zutreffend, dürfte sie ohne weitere Handlung der Antragsgegnerin ihre Geschäfte öffnen; insbesondere hätte es zu keinem Zeitpunkt der Beseitigung einer Allgemeinverfügung bedurft. Allerdings vertritt die Antragsgegnerin die entgegengesetzte Ansicht, die Antragstellerin sei von dem Verbot der Allgemeinverfügungen bzw. nunmehr der Rechtsverordnung erfasst. Daher möchte die Antragstellerin die Klarstellung erreichen, dass sie derzeit zur Öffnung der Geschäfte befugt ist. Dieses Ziel verfolgt der Hilfsantrag.

Der so verstandene Hilfsantrag hat keinen Erfolg. Er ist zulässig (a), aber unbegründet (b).

**a)** Der Hilfsantrag ist nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft. Dem steht § 123 Abs. 5 VwGO nicht entgegen. Der Hilfsantrag ist auf die vorläufige Feststellung gerichtet, dass die berufliche Tätigkeit der Antragstellerin zulässig ist. Mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO kann dieses Ziel nicht erreicht werden.

Dass eine berufliche Tätigkeit nicht von Beschränkungen erfasst ist, stellt auch ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.09.2012 - 8 C 26/11, juris Rn. 18). Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes kann eine solche Feststellung vorläufig im Eilverfahren erfolgen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.04.2003 - 1 BvR 2129/02, juris Rn. 14 f.). An der begehrten Feststellung hat die Antragstellerin zudem ein berechtigtes Interesse, weil die Antragsgegnerin die Zulässigkeit der Ladenöffnung bestreitet.

Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin das Verbot der Ladenöffnung anders als im erstinstanzlichen Verfahren nunmehr aus der Corona-Verordnung herleitet. Dies macht keine Änderung des Antrags der Antragstellerin

erforderlich. Auch kann eine solche Änderung der dem Eilverfahren zugrundeliegenden Rechtslage nicht nur im Wege eines erneuten Eilantrags beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden. Vielmehr ist aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes bei der Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Beschwerde die geänderte Rechtslage zugrunde zu legen; das gilt selbst dann, wenn – anders als vorliegend – die Rechtsänderung erst nach Ablauf der Beschwerdefrist eintritt (vgl. VGH Hessen, Beschl. v. 16.11.2017 - 5 B 1990/17, juris Rn. 3 m.w.N.).

**b)** Der Antrag ist jedoch unbegründet, weil die Antragstellerin keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat.

§ 9 Abs. 2 Corona-Verordnung normiert ein umfassendes Verbot der Öffnung von Einzelhandelsgeschäften; von diesem ist auch die Antragstellerin erfasst. Entgegen ihrer Ansicht ist sie weder unmittelbar nach § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung (aa) noch in analoger Anwendung von § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung (bb) von diesem Verbot ausgenommen.

**aa)** Die Geschäfte der Antragstellerin fallen unter keine der in § 9 Abs. 3 Nr. 1 bis 12 Corona-Verordnung im Einzelnen genannten Einrichtungen. Insbesondere handelt es sich bei den Geschäften nicht um Lebensmittelgeschäfte, Drogerien oder Bau- und Gartenbaumärkte.

Lebensmittelgeschäfte im Sinne von § 9 Abs. 3 Nr. 1 Corona-Verordnung sind solche Einrichtungen, deren Umsatz überwiegend (= zu mehr als 50 Prozent) aus dem Verkauf von Lebensmitteln stammt. Diese Auslegung entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Danach werden unter dem Sammelbegriff Lebensmitteleinzelhandel (LEH) Handelsunternehmen mit einem Sortiment bezeichnet, das überwiegend aus Lebensmitteln besteht (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Lebensmitteleinzelhandel>).

Diese Auslegung stimmt auch mit Gesetzeszweck und -systematik überein. Die Regelung des § 9 Abs. 3 Nr. 1 bis 12 Corona-Verordnung soll Einzelhandelsgeschäften die Öffnung ermöglichen, damit die Bevölkerung weiterhin vom Verordnungsgeber als notwendig angesehene Waren und Dienstleistungen erwerben kann. Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Verordnungsgeber nicht bestimmte Waren und Dienstleistungen, die weiterhin verkauft werden dürfen, benannt. Stattdessen hat er die Ausnahmen betriebsbezogen ausgestaltet. Demnach sind nicht alle Einrichtungen von der Ausnahmegesetzgebung des § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung erfasst, die als notwendig angesehene Waren und Dienstleistungen anbieten. Um die vom Verordnungsgeber verfolgte Zielsetzung, die Versorgung der Bevölkerung zu

sichern, aber gleichzeitig möglichst viele Einzelhandelsgeschäfte im Sinne der Kontaktvermeidung zu schließen, zu erreichen, müssen stattdessen die betriebsbezogenen Anforderungen erfüllt sein. Dazu sind in der Corona-Verordnung typisierend bestimmte Arten von Einzelhandelseinrichtungen benannt worden, die aus Sicht des Verordnungsgebers erforderlich, aber auch ausreichend sind, um das notwendige Waren- und Dienstleistungsangebot bereitzustellen. Diese Einzelhandelseinrichtungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie jeweils eine einzelne als notwendig angesehene Ware oder Dienstleistungen jedenfalls überwiegend anbieten. Bezogen auf Lebensmittelgeschäfte im Sinne von § 9 Abs. 3 Nr. 1 Corona-Verordnung sind dies Lebensmittel, d. h. Nahrungsmittel und Getränke (vgl. § 2 Abs. 2 LFGB i.V.m. Art. 2 der Verordnung 178/2002/EG). Entsprechendes gilt für Drogerien (§ 9 Abs. 3 Nr. 5 Corona-Verordnung) sowie Bau- und Gartenmärkte (§ 9 Abs. 3 Nr. 10 Corona-Verordnung). Diese müssen überwiegend Drogerie- bzw. Bau- und Gartenartikel anbieten.

Diese Voraussetzung erfüllen die Geschäfte der Antragstellerin – anders als die von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung angeführte Supermarktkette – nicht. Keine der Warengruppen Lebensmittel, Drogerie- oder Bau- und Gartenartikel weist bei der Antragstellerin einzeln auch nur annähernd einen Umsatzanteil von 50 Prozent auf.

**bb)** Der Antragstellerin ist es auch in analoger Anwendung von § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung nicht erlaubt, ihre Geschäfte zu öffnen.

Eine Analogie ist zulässig, wenn die maßgebliche Norm eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Normgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Normgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Vorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BVerwG, Urt. v. 14.12.2017 - 4 C 6/16, juris Rn. 15).

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Zwar enthält die Corona-Verordnung keine Regelung für Einzelhandelsgeschäfte, die ein gemischtes Warensortiment bestehend aus mehreren Waren oder Dienstleistungen, welche von den in § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung benannten Einrichtungen angeboten werden, aufweisen. Insoweit handelt es sich aber nicht um eine planwidrige Regelungslücke. Dem Verordnungsgeber ist bei Erlass der Corona-Verordnung beispielsweise die Verordnung des Landes Nordrhein-Westfalen bekannt gewesen, die Regelungen für Anbieter gemischter Warensortimente vorsieht (vgl. § 5 Abs. 5 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-

CoV-2 vom 22.03.2020). Dass der Ordnungsgeber keine Regelung für Anbieter gemischter Warensortimente vorgesehen hat, kann in Anbetracht dessen nicht als Versehen angesehen werden, sondern ist eine bewusste Entscheidung, dass solche Anbieter nicht vom Verbot nach § 9 Abs. 2 Corona-VO ausgenommen werden sollen.

Angesichts dieses klaren gesetzgeberischen Willens scheidet zudem eine (ergänzende) verfassungskonforme Auslegung von § 9 Abs. 3 Corona-Verordnung, die die Antragstellerin sinngemäß geltend macht, aus. Denn eine verfassungskonforme Auslegung darf Wortlaut und gesetzgeberischem Willen nicht widersprechen (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 06.04.2017 - 5 B 14.16, juris Rn. 47 m.w.N.).

**cc)** Vorliegend nicht zu prüfen ist, ob das gegenüber der Antragstellerin geltende Verbot, ihre Geschäfte zu öffnen, rechtmäßig ist (vgl. dazu OVG Bremen, Beschl. v. 14.04.2020 - 1 B 89/20). Die Antragstellerin hat in ihrer Beschwerdebegründung die Rechtmäßigkeit der Corona-Verordnung nicht in Frage gestellt. Gegenstand des Antrags ist deshalb allein, ob die Antragstellerin von dem Verbot erfasst ist.

**3.** Der zweite Hilfsantrag, mit dem die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 24.03.2020 gegen die Allgemeinverfügung vom 23.03.2020 erreichen will, ist bereits unzulässig. Nachdem die Allgemeinverfügung inzwischen aufgehoben worden ist, fehlt die erforderliche Antragsbefugnis.

**4.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 GKG. Eine Herabsetzung des für das Hauptsacheverfahren geltenden Streitwerts ist nicht vorzunehmen, weil die erstrebte vorläufige Regelung die Hauptsache aller Voraussicht nach vorwegnehmen würde.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 1, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez. Prof. Sperlich

gez. Dr. Koch

gez. Dr. Sieweke