
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 3. Senat -

3 EN 747/20

Beschluss

In dem Normenkontrollverfahren

des Herrn _____ S _____,
S _____, _____ G _____

Antragsteller

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Uhle und Hanz,
Arndtstraße 1, 07545 Gera

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch die Thüringer Ministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und
Familie,
Werner-Seelenbinder-Straße 6, 99096 Erfurt

Antragsgegner

wegen

Gesundheits-, Hygiene-, Lebens- und Arzneimittelrechts,
hier: einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO

hat der 3. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Peters und den an das Gericht abgeordneten Richter am Verwaltungsgericht Kirschbaum

am 12. November 2020 **beschlossen** :

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auf 7.500,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller begehrt im Wege einer einstweiligen Anordnung die Außervollzugsetzung der Thüringer SARS-CoV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung, soweit sie die Schließung von Gaststätten anordnet.

Der Antragsteller betreibt in G_____ mit mehreren Mitarbeitern einen Gasthof, der etwa 210 Sitzplätze im Innen- und Außenbereich anbietet.

Die Thüringer Ministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie sowie mit deren Einverständnis der Thüringer Minister für Bildung, Jugend und Sport erließen am 31. Oktober 2020 in Ergänzung der bis zum 30. November 2020 geltenden 2. Thüringer SARS-COV-2-Infektionsschutz-Grundverordnung vom 7. Juli 2020 (GVBl. S. 349), zuletzt geändert durch Verordnung vom 20. Oktober 2020 (GVBl. S. 544), die Thüringer Verordnung über außerordentliche Sondermaßnahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Ausbreitung des Coronavirus SARS-COV-2 (Thüringer SARS-COV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung - ThürSARS-COV-2-SondereindmaßnVO), die im Wege einer Notveröffentlichung nach § 9 Thüringer Verkündungsgesetz noch am selben Tag auf der Internetseite des Ministeriums und am 4. November 2020 im Thüringer Gesetz- und Verordnungsblatt (Nr. 26, S. 547) veröffentlicht wurde.

Die Rechtsverordnung, soweit im vorliegenden Streit erheblich, hat folgenden Wortlaut:

Aufgrund des § 32 Satz 1 in Verbindung mit den §§ 28, 29, 30 Abs. 1 Satz 2 und § 31 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385) und § 7 Abs. 1 der Thüringer Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten und zur Übertragung von Ermächtigungen nach dem Infektionsschutzgesetz (ThürIfSGZustVO) vom 2. März 2016 (GVBl. S. 155), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 21. September 2020 (GVBl. S. 501), verordnet das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie und aufgrund des § 32 Satz 1 IfSG und § 7 Abs. 2 ThürIfSGZustVO verordnet das Ministerium für Bildung, Jugend und Sport im Einvernehmen mit dem Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie:

§ 1 Anwendungsvorrang

(1) Ergänzend zu den Bestimmungen der Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Grundverordnung (2. ThürSARS-CoV-2-IfS-GrundVO) vom 7. Juli 2020 (GVBl. S. 349), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2020 (GVBl. S. 544), und den Bestimmungen der Thüringer Verordnung über die Infektionsschutzregeln zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in Kindertageseinrichtungen, der weiteren Jugendhilfe, Schulen und für den Sportbetrieb (ThürSARS-CoV-2-KiJuSSp-VO) vom 19. August 2020 (GVBl. S. 430) gelten die Bestimmungen dieser Verordnung.

(2) Bei Abweichungen haben die Bestimmungen dieser Verordnung Vorrang; insoweit treten die Bestimmungen der Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Grundverordnung sowie der Thüringer Verordnung über die Infektionsschutzregeln zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in Kindertageseinrichtungen, der weiteren Jugendhilfe, Schulen und für den Sportbetrieb zurück.

(3) Weitergehende Anordnungen und Maßnahmen nach § 13 2. ThürSARS-CoV-2-IfSGrundVO bleiben unberührt.

§ 2 Kontaktbeschränkung

Jede Person ist angehalten, die physisch-sozialen Kontakte zu anderen Personen außer zu den Angehörigen des eigenen Haushalts und Personen, für die ein Sorge- oder Umgangsrecht besteht, auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren.

...

§ 7 Gaststätten

(1) Gaststätten im Sinne des Thüringer Gaststättengesetzes vom 9. Oktober 2008 (GVBl. S. 367) in der jeweils geltenden Fassung sind für den Publikumsverkehr zu schließen.

(2) Von der Schließung nach Absatz 1 sind ausgenommen:

1. die Lieferung und die Abholung mitnahmefähiger Speisen und Getränke,
2. der nicht öffentliche Betrieb von Kantinen und Mensen.

§ 8 Groß- und Einzelhandel

Geschäfte und Betriebe des Groß- und Einzelhandels haben neben den infektionsschutzrechtlichen Maßgaben sicherzustellen, dass sich in den Geschäfts- und Betriebsräumen nicht mehr als ein Kunde pro 10 m² Verkaufsfläche aufhält.

...

§ 10 Ordnungswidrigkeiten

(1) Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten richtet sich nach § 73 IfSG und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602) in der jeweils geltenden Fassung.

(2) Ordnungswidrigkeiten werden nach § 73 Abs. 2 IfSG mit einer Geldbuße von bis zu 25.000 Euro geahndet.

(3) Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 in Verbindung mit den §§ 32 und 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

...

11. entgegen § 7 Abs. 1 als verantwortliche Person Gaststätten nicht schließt, betreibt oder wiedereröffnet, soweit keine Ausnahme nach Abs. 2 vorliegt,

...

(4) Die verantwortliche Person nach Absatz 3 bestimmt sich nach § 5 Abs. 2 2. ThürIfSGGrundVO.

§ 11 Parlamentsvorbehalt

Die für Infektionsschutz zuständigen Ministerien haben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit diese Verordnung ganz oder teilweise zu ändern oder aufzuheben, sofern der Landtag durch Beschluss dazu auffordert.

§ 12 Einschränkung von Grundrechten

Durch diese Verordnung werden die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes, Artikel 3 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung des Freistaats Thüringen), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes, Artikel 10 der Verfassung des Freistaats Thüringen) und der Freizügigkeit (Artikel 11 des Grundgesetzes, Artikel 5 Abs. 1 der Verfassung des Freistaats Thüringen) eingeschränkt.

...

§ 14 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 2. November 2020 in Kraft und mit Ablauf des 30. November 2020 außer Kraft.

Mit der Thüringer Verordnung zur Fortschreibung der erforderlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 7. November 2020, veröffentlicht noch an demselben Tag nach § 9 Thüringer Verkündungsgesetz auf der Homepage der Landesregierung und nachfolgend unter dem 11. November 2020 im

Thüringer Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl. 2020 S. 551), ist in Art. 2 die Thüringer SARS-COV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung wie folgt geändert, soweit im vorliegenden Streit erheblich:

Aufgrund des § 32 Satz 1 und den §§ 28, 29, 30 Abs. 1 Satz 2 und § 31 und des § 17 Abs. 4 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385), und des § 7 Abs. 1 Nr. 1 der Thüringer Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten und zur Übertragung von Ermächtigungen nach dem Infektionsschutzgesetz vom 2. März 2016 (GVBl. S. 155), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 21. September 2020 (GVBl. S. 501), verordnet das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie und

aufgrund des § 32 Satz 1 IfSG und § 7 Abs. 2 ThürIfSGZustVO verordnet das Ministerium für Bildung, Jugend und Sport im Einvernehmen mit dem Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie:

...

Artikel 2 Änderung der Thüringer SARS-CoV-2-Sondermaßnahmenverordnung

Die Thüringer SARS-CoV-2-Sondermaßnahmenverordnung vom 31. Oktober 2020 (GVBl. S. 547) wird wie folgt geändert:

1. In § 1 Abs. 1 werden die Verweisung „Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Grundverordnung (2. ThürSARS-CoV-2-IfS-GrundVO) vom 7. Juli 2020 (GVBl. S. 349), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2020 (GVBl. S. 544),“ durch die Verweisung „Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Grundverordnung (2. ThürSARS-CoV-2-IfS-GrundVO) vom 7. Juli 2020 (GVBl. S. 349) in der jeweils geltenden Fassung“ und die Verweisung „Thüringer Verordnung über die Infektionsschutzregeln zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in Kindertageseinrichtungen, der weiteren Jugendhilfe, Schulen und für den Sportbetrieb (ThürSARS-CoV-2-KiJuSSp-VO) vom 19. August 2020 (GVBl. S. 430)“ durch die Verweisung „Thüringer Verordnung über die Infektionsschutzregeln zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in Kindertageseinrichtungen, der weiteren Jugendhilfe, Schulen und für den Sportbetrieb (ThürSARS-CoV-2-KiJuSSp-VO) vom 19. August 2020 (GVBl. S. 430) in der jeweils geltenden Fassung“ ersetzt.

...

Artikel 5

Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 8. November 2020 in Kraft. Gleichzeitig mit dem Inkrafttreten nach Satz 1 tritt die Vierte Thüringer Quarantäneverordnung vom 7. Juli 2020 (GVBl. S. 349), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 20. Oktober 2020 (GVBl. S. 544), außer Kraft.

Der Antragsteller hat am 6. November 2020 beim Thüringer Oberverwaltungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtet auf die Außervollzugsetzung der ThürSARS-CoV-2-SondEindMaßnVO, soweit sie die Schließung von Gaststätten anordnet, beantragt.

Der Antragsteller weist zunächst darauf hin, dass er die Gefahr durch die Pandemie sehr ernst nehme. Zur Begründung seines Antrags führt er im Wesentlichen aus, dass die ergriffenen Maßnahmen jedoch nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprächen. Er habe in den vergangenen Monaten ein strenges Hygienekonzept erarbeitet, welches er auch penibel einhalte. Auch wären die Gäste in Listen erfasst worden, um damit die Nachverfolgbarkeit von potenziellen Infektionen sicherzustellen. Nach den Angaben des Robert-Koch-Instituts ergäbe sich, dass auf den Bereich von gastronomischen Betrieben allenfalls 0,53 % aller Ausbrüche zurückzuführen seien. Vor dem Hintergrund der mangelnden Berücksichtigung dieser Untersuchungen ergäbe sich schon, dass der Antragsgegner von einer ungenügenden Erkenntnislage bei Ausübung des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums ausgegangen sei. Das Positionspapier der kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 4. November 2020 führe überdies aus, dass es gesellschaftlich und infektionsepidemiologisch besser sei, wenn Menschen sich in öffentlichen Räumen mit Hygienekonzepten unter optimalen Bedingungen treffen, als dass sich soziale Begegnungen in vergleichsweise weniger sichere private Innenräume verlagern. Die Schließung von Gaststätten sei nicht geeignet, das angestrebte Ziel einer signifikanten Reduzierung der sprunghaften Verbreitung des Virus zu erreichen. Der Antragsgegner könne sich trotz des ihm einzuräumenden Entscheidungsspielraums nicht über jede Empirie hinwegsetzen. Die Maßnahme sei auch nicht geeignet, die Nachverfolgbarkeit der Infektionswege zu verbessern; im Gegenteil würde durch die Verdrängung potenzieller Gaststättenbesucher in deren privaten Bereich eine Kontakterfassung verhindert. Die Maßnahme sei auch nicht geeignet, da kaum anzunehmen sei, dass Risikogruppen dadurch stärker geschützt würden. Eine Entlastung der intensivmedizinischen Abteilungen der Krankenhäuser betrage allenfalls 0,00702 %. Die Maßnahme sei zudem angesichts der festgestellten niedrigen Ansteckungszahlen im gastronomischen Bereich nicht erforderlich und im Hinblick auf den Abdrängungseffekt in den privaten Bereich auch nicht nützlich. Es stünden andere mildere Maßnahmen zur Verfügung, worauf auch das Positionspapier der kassenärztlichen Bundesvereinigung hinweise. Die Gaststättenschließung sei ferner unverhältnismäßig im engeren Sinne. Die Maßnahmen stünden in keinem Verhältnis dazu, dass den Gastronomen die Berufsausübung für mindestens einen Monat unmöglich gemacht werde. Sie verlören jede Dispositionsmöglichkeit über den in ihrem Eigentum stehenden Gewerbebetrieb. Eine Entschädigungsregelung finde sich in der Corona-Sonderverordnung nicht. Sie sei lediglich in Aussicht gestellt, wobei völlig unklar sei,

ob das vorgesehene Budget von 10 Milliarden € überhaupt ausreichend sei. Darüber hinaus seien weitere Modalitäten völlig unklar. Es sei überdies nicht damit zu rechnen, dass die Maßnahme auf den Monat November beschränkt bleibe. Jedenfalls sei die Schließung des Gaststättenbetriebs im Außenbereich völlig unverhältnismäßig. Während in anderen Bereichen selbst ein Betrieb innerhalb geschlossener Räume bei Durchlüftung möglich sei, werde der Gaststättenbetrieb selbst bei ständiger Belüftung im Außenbereich untersagt. Die Gaststättenschließung verletze auf jeden Fall Art. 3 GG. Es sei nicht einzusehen, warum den Gastronomen durch die Corona-Sonderverordnung ein Sonderopfer auferlegt werde. Insbesondere könnten andere selbstständige Unternehmen bei vergleichbarer Situation, nämlich in der Menschen aus mehreren Haushalten zusammenkämen, wie im Einzelhandel, den Betrieb aufrechterhalten, während den Gastronomen, die besser in der Lage seien, Hygienestandards zu beachten, ihre Geschäftstätigkeit untersagt sei. Auch im Eilverfahren müsste die Interessenabwägung zugunsten der betroffenen Gaststättenbetriebe ausfallen, zumal die Entschädigungsregelungen zu unbestimmt und unzureichend seien. Schon gar nicht sei geklärt, ob und wie eine Entschädigung erfolgt, sofern die Maßnahmen verlängert werden.

Der Antragsteller beantragt,

durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO § 7 der Thüringer Verordnung über außerordentliche Sondermaßnahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 31.10.2020 bis zur Entscheidung über einen Normenkontrollantrag in der Hauptsache außer Vollzug zu setzen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er bezweifelt zunächst die Antragsbefugnis des Antragstellers, dem es offenstehe durch Abhol- und Lieferservice sein Geschäft aufrechtzuerhalten. Der Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf verschärfte Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Maßnahmen des Infektionsschutzes bei zunehmender Zeitdauer gehe fehl, da mit dem Beginn der 2. Welle der Pandemie eine neue

Situation eingetreten sei. Der Erlass der Rechtsverordnung beruhe auch auf einer eigenständigen Abwägung des Thüringer Ordnungsgebers, die auf dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis fuße. Auch habe Thüringen partiell abweichende Regelungen gegenüber der Rechtslage in anderen Ländern getroffen. Die Schließung von Gaststätten sei auch verhältnismäßig. Die streitgegenständliche Regelung sei sehr wohl geeignet, erforderlich und angemessen, um den mit ihr verfolgten legitimen Zweck zu erreichen. Es sei zunächst zu beachten, dass die Verordnung nur für den Monat November, also für einen überschaubar kurzen Zeitraum gelte. Die Maßnahmen seien im Hinblick auf den Schutz höherrangiger Belange des Lebens- und Gesundheitsschutzes sowie des Ziels, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrechtzuerhalten, gerechtfertigt. Diesem Ziel diene es, die Kontakte der Bürgerinnen und Bürger auf ein absolut nötiges Minimum zu verringern. Im Gastronomiebetrieb könnten aber epidemiologisch riskante Begegnungen mit Multiplikatoreffekten nicht ausgeschlossen werden, wie dies auch jüngst eine Studie aus den USA belege. Gaststätten seien potentielle Superverbreitungsorte. Das vom Antragsteller zitierte Positionspapier der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 4. November 2020 sei höchst umstritten. Demgegenüber stünden die epidemiologischen Einschätzungen des Arztes an der Universitätsklinik Jena, Prof. Dr. Bauer, zum aktuellen Risiko der Verbreitung des Coronavirus und dessen Folgen für das Gesundheitssystem. Auch die Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten sei trotz der auch von dem Antragsteller eingesetzten Methode im Hinblick auf das dynamische Geschehen nicht mehr zu gewährleisten. Mittlerweile sei auch nach den Maßstäben des Robert-Koch-Instituts ganz Thüringen Risikogebiet. Die Schließung der Gastronomiebetriebe schließe ein Restrisiko aus und mache eine Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten in diesem Bereich schlichtweg entbehrlich. Die Schließung sei erforderlich, um Kontakte auf das nötige minimale Maß zu verringern und die Unterbrechung von Infektionsketten und damit einhergehend die Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus zu erreichen. Insgesamt verkenne der Antragsteller die besorgniserregende dynamische Entwicklung des Infektionsgeschehens. Bei der Interessenabwägung sei auch zu berücksichtigen, dass ihr Betrieb nicht vollständig untersagt sei; der Antragsteller könne vielmehr durch Abgabe von mitnahmefähigen Speisen und Getränken Einnahmen generieren.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig.

Der Senat bezieht in das Verfahren die Änderungen der Thüringer SARS-COV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung durch die im Wege der Notveröffentlichung erlassene Verordnung vom 7. November 2020 im Sinne eines effektiven und zügigen Rechtsschutzes in die Antragstellung mit ein.

Die Statthaftigkeit des Antrags insgesamt ergibt sich aus § 47 Abs. 6 VwGO in Verbindung mit § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO und § 4 ThürAGVwGO. Danach entscheidet das Oberverwaltungsgericht auch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO über die Gültigkeit von - wie hier - im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften.

Der Antragsteller ist als Eigentümer und Betreiber einer Gaststätte im Sinne des Thüringer Gaststättengesetzes aufgrund deren Schließung ersichtlich gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Er ist in seinen Grundrechten aus Art. 14 GG und jedenfalls auch aus Art. 12 GG betroffen.

Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass der Antragsteller bislang in der Hauptsache noch keinen Normenkontrollantrag anhängig gemacht hat, da er in Anlehnung an die für den vorläufigen Rechtsschutz geltenden Vorschriften nach §§ 80, 123 VwGO auch bereits zuvor gestellt werden kann (Beschluss des Senats vom 20. April 2016 - 3 EN 222/16 - juris).

2. Der Antrag ist aber unbegründet.

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Ob dies der Fall ist, beurteilt sich in Anlehnung an die Regelung in § 32 BVerfGG (vgl. auch § 26 ThürVerfGHG). An die vorläufige Aussetzung einer bereits in Kraft gesetzten Norm, an deren Vollzug ein erhebliches Allgemeininteresse besteht, ist deshalb ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Insoweit sind die Folgen, die einträten, wenn

die einstweilige Anordnung nicht erginge, ein Normenkontrollantrag (§ 47 VwGO) aber später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die aufträten, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber erfolglos bliebe. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind bei der Entscheidung über den Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nur dann als Bestandteil der Folgenabwägung in die Bewertung einzubeziehen, wenn sich schon bei summarischer Prüfung im Anordnungsverfahren mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ein Normenkontrollantrag unzulässig, offensichtlich unbegründet oder offensichtlich begründet ist (st. Rspr. des Senats: vgl. nur Beschluss vom 23. August 2011 - 3 EN 77/11 - LKV 2011, 472 m. w. N.).

Die begehrte einstweilige Anordnung ist - bei Offenheit der Normenkontrolle in der Hauptsache - jedenfalls nicht auf Grund der nach den genannten Maßgaben erforderlichen Folgenabwägung geboten.

a. Ein Erfolg eines Normenkontrollantrags ist offen.

Wie der Senat wiederholt betont hat, wirft der aktuelle Erlass infektionsschutzrechtlicher Regelungen angesichts der dynamischen Entwicklung der Corona-Pandemie und damit einhergehender Gefährdungen existentieller Rechtsgüter wie Leib und Leben sowie der vom Antragsgegner intendierten Abwendung erheblicher Risiken für den Einzelnen und die Gesellschaft einerseits und den damit verbundenen gravierenden Beschränkungen grundrechtlich geschützter Freiheitsräume bis hin zu deren vorübergehender Außerkraftsetzung andererseits schwierigste Rechts- und Tatsachenfragen auf, die in der fachjuristischen Erörterung kontrovers diskutiert werden. Diese Rechtsfragen - insbesondere hier zur Verhältnismäßigkeit der hier streitigen Maßnahmen und zur Beachtung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 GG - sind einer abschließenden Klärung in einem Eilverfahren nicht zugänglich. Dies muss dem Hauptsacheverfahren und gegebenenfalls abschließender verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung nach notwendiger umfassender tatsächlicher und rechtlicher Erörterung vorbehalten sein.

Im Einzelnen gilt insoweit:

aa. Rechtsgrundlage für die streitige Verordnungsbestimmung ist § 32 Satz 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt

geändert durch Gesetz vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1385). Nach § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können gemäß § 32 Satz 2 IfSG die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Satz 1 der Vorschrift durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Nach § 7 der Thüringer Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten und zur Übertragung von Ermächtigungen nach dem Infektionsschutzgesetz vom 2. März 2016 (GVBl. S. 155), zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. Juni 2020 (GVBl. S. 269) wurde diese Verordnungsermächtigung differenziert nach Regelungsbereichen auf das für das Gesundheitswesen bzw. das für Bildung zuständige Ministerium übertragen.

bb. Durchgreifende, evidente Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bestehen - derzeit noch - nicht. Insoweit - vor allem zum Parlamentsvorbehalt - nimmt der Senat zunächst Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung (Beschlüsse des Senats vom 8. November 2020 - 3 EN 725/20 - zur Veröffentlichung vorgesehen, vom 10. April 2020 - 3 EN 248/20 - juris Rn. 34 ff., vom 9. April 2020 - 3 EN 238/20 - juris Rn. 43 ff. und vom 8. April 2020 - 3 EN 245/20 - juris Rn. 36 ff.).

cc. Es bestehen gegen den Erlass der Rechtsverordnungen auch keine durchgreifenden formellen Bedenken. Die streitigen Rechtsverordnungen wurden zunächst im Wege der Notveröffentlichung nach § 9 des Thüringer Verkündungsgesetzes (Thür-VerkG) publiziert und mittlerweile im Thüringer Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt gemacht (GVBl. 2020 S. 547 bzw. S. 551).

dd. Auch bestehen nach einer angesichts des tatsächlichen Umfangs und der rechtlichen Schwierigkeiten der Angelegenheit nur möglichen vorläufigen Einschätzung jedenfalls keine solchen Bedenken gegen die erlassene Verordnung, die eine materielle Rechtswidrigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit nahelegen.

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in §§ 29 bis 31 IfSG genannten, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider

war, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen.

(1) Der Anwendungsbereich des § 28 IfSG ist grundsätzlich eröffnet. Eine übertragbare Krankheit mit einer erheblichen Anzahl von Erkrankungen mit teilweise letalem Ausgang ist festgestellt. Es ist nicht ernstlich streitig, dass weiterhin - bzw. wieder verstärkt - eine nach dem Infektionsschutzgesetz zu bekämpfende übertragbare Krankheit zu konstatieren ist. Dass es sich bei der Coronavirus-Krankheit COVID-19 um eine übertragbare Krankheit im Sinne des § 2 Nr. 3 IfSG handelt, unterliegt keinem Zweifel. Sie ist nach der Einschätzung des vom Gesetzgeber durch § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 IfSG hierzu vorrangig berufenen Robert-Koch-Instituts (vgl. zu dessen Bedeutung: Beschlüsse des Senats vom 26. August 2020 - 3 EN 531/20 - juris Rn. 37-43 und vom 3. Juli 2020 - 3 EN 391/20 - juris) im ganzen Bundesgebiet - einschließlich Thüringen - verbreitet, nachdem die Weltgesundheitsorganisation bereits seit dem 11. März 2020 von einer weltweiten Pandemie ausgeht. Die pandemische Lage erlebt nach einer über den Sommer hinweg eingetretenen Abflachung seit Oktober 2020 eine erhebliche Steigerung nicht nur der Zahl der Neuinfektionen, sondern auch - mit zeitlicher Verzögerung - der intensivmedizinisch notwendigen Behandlungen und Todesfälle (vgl. zuletzt Risikobewertung zum 27. Oktober 2020: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung; zu den aktuellen Fallzahlen am 11. November 2020: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html; für Thüringen: <https://www.tmasgff.de/covid-19/fallzahlen-?fbclid=IwAR1pz2b-tYg5ZHI9c-UazOs3fEqFaytMKK9CekQ76JjDSyZujSPiTH5t9BA>).

(2) Diese Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten können sich auch gegen Dritte richten; die Feststellung von Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheidern eröffnet zwar den Anwendungsbereich der Norm, begrenzt damit jedoch nicht den Kreis möglicher Adressaten infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen (Beschlüsse des Senats vom 10. April

2020 - 3 EN 248/20 - juris, vom 9. April 2020 - 3 EN 238/20 - juris und vom 8. April 2020 - 3 EN 245/20 - juris; BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 - 3 C 16.11 - juris Rn. 26, unter Hinweis auf BT-Drs. 8/2468, S. 27; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE - juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. März 2020 - OVG 11 S 12/20 - juris Rn. 8). Dies hat der Gesetzgeber durch die Novellierung des § 28 Abs. 1 IfSG durch Gesetz vom 27. März 2020 auch klargestellt, indem er ausdrücklich die zuständige Behörde ermächtigt, notwendige Schutzmaßnahmen auch gegenüber „Personen“ (also nicht nur Personen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG) zu treffen, um sie beispielsweise zu verpflichten, bestimmte Orte nicht zu betreten.

(3) Die Feststellung einer übertragbaren Krankheit bedingt, dass die zuständige Stelle - sei es die zuständige Behörde im Wege des Erlasses von Verwaltungsakten oder die Landesregierung bzw. die von ihr ermächtigte Stelle im Wege des Erlasses einer Rechtsverordnung - zum Handeln verpflichtet ist. Die Stelle hat lediglich ein Ermessen hinsichtlich der Auswahl der anzuwendenden Schutzmaßnahmen.

Die Bandbreite der Schutzmaßnahmen, die bei Auftreten einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, lässt sich nicht im Vorfeld bestimmen. Der Gesetzgeber hat § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG daher als Generalklausel ausgestaltet. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige“ Schutzmaßnahmen handeln muss, nämlich Maßnahmen, „soweit“ sie zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit „erforderlich“ sind. Weiterhin betont das Gesetz den zeitlichen Aspekt: Maßnahmen dürfen nur getroffen werden, „solange“ sie erforderlich sind. Insgesamt sind dem Ermessen damit durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 - 3 C 16.11 - juris Rn. 24 unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien: BT-Drs. 8/2468, S. 27).

Im Hinblick auf das gewählte Mittel ist dabei, solange eine epidemische Lage wie vorliegend durch erhebliche Ungewissheiten und sich ständig weiterentwickelnde fachliche Erkenntnisse geprägt ist, der zuständigen Stelle - hier dem Verordnungsgeber - ein entsprechender Einschätzungsspielraum einzuräumen, soweit sich nicht andere Maßnahmen eindeutig als gleich geeignet und weniger belastend darstellen (vgl. im infektionsschutzrechtlichen Zusammenhang: BVerfG, Beschlüsse vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 - juris und vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 - juris; OVG Nord-

rhein-Westfalen, Beschluss vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE - juris; BayVGH, Beschlüsse vom 30. März 2020 - 20 NE 20.632 - juris Rn. 60 und - 20 CS 20.611 - juris Rn. 22; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. März 2020 - OVG 11 S 12/20 - juris Rn. 10). Den tatsächlichen Ungewissheiten und den darauf aufbauenden Gefahrprognosen wohnen notwendigerweise Pauschalierungen, Verallgemeinerungen und Generalisierungen inne.

Wie der Senat wiederholt betont hat, kommt dem Ordnungsgeber im Rahmen solcher dynamischen Entwicklungen eine fortwährende Beobachtungs- und Überprüfungspflicht zu, ob und inwieweit er an den Einschränkungen festhält. Er hat für die Dauer der Gültigkeit der Verordnung fortlaufend zu überprüfen, ob die Aufrechterhaltung der Verbote noch erforderlich und angemessen ist, wobei die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit umso strenger werden, je länger die Beschränkungen gelten (OVG Saarland, Beschluss vom 28. April 2020 - 2 B 151/20 - juris Rn. 20). Sollten einzelne Maßnahmen schon zu einem früheren Zeitpunkt nicht mehr erforderlich sein oder sich als weitgehend nutzlos erweisen, müssen diese daher unverzüglich aufgehoben oder modifiziert werden (Beschlüsse des Senats vom 10. April 2020 - 3 EN 248/20 - juris, vom 9. April 2020 - 3 EN 238/20 - juris und vom 8. April 2020 - 3 EN 245/20 - juris; vgl. so auch: OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE - juris). Eine gefahrerhöhende Entwicklung kann demgegenüber auch zu einer Fortschreibung oder Rückkehr einschränkender Maßnahmen führen.

Ausgehend davon erkennt der Senat nicht zwingend die Unverhältnismäßigkeit der angegriffenen Maßnahmen.

(a) Soweit dem Vortrag des Antragstellers die Rüge zu entnehmen ist, der Antragsgegner habe grundsätzlich nicht hinreichend evaluiert bzw. abgewogen, kann dem der Senat nach einer allerdings nur vorläufigen Einschätzung nicht folgen. Der Senat geht davon aus, dass der Entscheidung des Antragsgegners - wie von ihm vorgetragen - eine der pandemischen Lage angemessene und hinreichend aktuelle Einschätzung zu Grunde liegt. Bereits die Amtliche Begründung der streitigen Rechtsverordnung lässt erkennen, dass dem Erlass eine umfangreiche Berücksichtigung und Auswertung der wissenschaftlichen und politischen Erörterungen auf Bundes- und Landesebene vorausgegangen ist. So ist Rahmen der Verordnung der Beschluss der Vi-

deokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 28. Oktober 2020, TOP Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie, (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1804936>), der auf der Expertise von Wissenschaftlern nicht nur aus dem Bereich der Medizin, sondern auch anderer Fachbereiche beruht, und dem zudem eine - kontroverse - politische Diskussion vorausging. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Begleitung des Handelns der Landesregierung im Bereich der Bekämpfung des Coronavirus durch einen Wissenschaftlichen Beirat (<https://www.landesregierung-thueringen.de/regierung/wissenschaftlicher-beirat>).

Soweit der Antragsteller rügen sollte, dass das Positionspapier der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 4. November 2020 nicht berücksichtigt worden sei, war dies - ungeachtet der Frage der rechtlichen Relevanz und der inhaltlichen Aussagen des Papiers für die aktuelle Pandemielage - angesichts des Erlassdatums der Verordnung kaum möglich.

(b) Die angegriffene Verordnung zielt generell und mit ihren einzelnen Maßnahmen, wie die hier angegriffene Regelung der Schließung der Gastronomie, insgesamt auf eine Kontaktreduzierung. Sie hat damit eine andere Zielrichtung als die weiterhin geltende Zweite Thüringer SARS-CoV2-Infektionsschutz-Grundverordnung, die auf eine Reduzierung der Gefahr von Infektionsübertragungen durch Hygienemaßnahmen und Sicherung der Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten gerichtet ist. Allgemein formuliert dies § 2 ThürSARS-COV-2-SondereindmaßnVO so, dass jede Person angehalten ist, die physisch-sozialen Kontakte zu anderen Personen (außer zu den Angehörigen des eigenen Haushalts und Personen, für die ein Sorge- oder Umgangsrecht besteht) auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. Dies dient dem legitimen Zweck der Bekämpfung der Infektion und damit einhergehend dem Schutz des gesamten Gesundheitssystems vor einer Überlastung. Angesichts des dynamischen Geschehens mit sprunghaft ansteigenden Infektionszahlen, damit - verzögert - einhergehender Zunahme der intensivmedizinischen Behandlungszahlen und Todesfällen thüringen-, deutschland-, europa- und weltweit zielen die Maßnahmen - in einer Situation, in der die Ursprünge der Ansteckungen überwiegend nicht mehr nachweisbar sind - darauf, massiv diesem Wachstum entgegenzutreten, um jedenfalls wieder eine Kontrollierbarkeit des Infektionsgeschehens zu erreichen (sog. „Wellenbrecher“; siehe

zu allem auch: Beschluss der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 18. Oktober 2020, TOP Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie, a. a. O.).

In seiner, für das jetzige Verfahren maßgeblichen Risikobewertung vom 26. Oktober 2020 führt das Robert-Koch-Institut aus:

Allgemein

Es handelt sich weltweit und in Deutschland um eine sehr dynamische und ernst zu nehmende Situation. Weltweit und in angrenzenden Ländern Europas nimmt die Anzahl der Fälle rasant zu. Seit Ende August (KW 35) werden wieder vermehrt Übertragungen in Deutschland beobachtet.

Der Anstieg wird durch Ausbrüche, insbesondere im Zusammenhang mit privaten Treffen und Feiern sowie bei Gruppenveranstaltungen, verursacht. Bei einem zunehmenden Anteil der Fälle ist die Infektionsquelle unbekannt. Es werden wieder vermehrt COVID-19-bedingte Ausbrüche in Alten- und Pflegeheimen gemeldet und die Zahl der Patienten, die auf einer Intensivstation behandelt werden müssen, hat sich in den letzten zwei Wochen mehr als verdoppelt.

Nach wie vor gibt es keine zugelassenen Impfstoffe und die Therapie schwerer Krankheitsverläufe ist komplex und langwierig. Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als hoch ein, für Risikogruppen als sehr hoch. Diese Einschätzung kann sich kurzfristig durch neue Erkenntnisse ändern.

....

Krankheitsschwere

Bei der überwiegenden Zahl der Fälle verläuft die Erkrankung mild. Die Wahrscheinlichkeit für schwere und auch tödliche Krankheitsverläufe nimmt mit zunehmendem Alter und bestehenden Vorerkrankungen zu. Das individuelle Risiko kann anhand der epidemiologischen/statistischen Daten nicht abgeleitet werden. So kann es auch ohne bekannte Vorerkrankungen und bei jungen Menschen zu schweren bis hin zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen, auch nach leichten Verläufen, sind derzeit noch nicht abschätzbar.

Ressourcenbelastung des Gesundheitssystems

Die Belastung des Gesundheitssystems hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den hauptsächlich betroffenen Bevölkerungsgruppen, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen (z.B. Isolierung, Quarantäne, physische Distanzierung) ab. Sie ist aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering, nimmt aber örtlich sehr schnell zu und kann dann das öffentliche Gesundheitswesen, aber auch die Einrichtungen für die ambulante und stationäre medizinische Versorgung stark belasten.

Infektionsschutzmaßnahmen und Strategie

Die drei Säulen der Strategie bestehen in der Eindämmung (Containment, dazu gehört auch die Kontaktenachverfolgung), Protection (Schutz vulnerabler Gruppen) und Mitigation (Milderung der Folgen). Bei der Bewältigung der Pandemie müssen die verschiedenen Maßnahmen der Strategie zusammenwirken und sich gegenseitig verstärken, um die Folgen der COVID-19-Pandemie für Deutschland zu minimieren.

Die massiven Anstrengungen auf allen Ebenen des Öffentlichen Gesundheitsdienstes (ÖGD) stellen die Grundlage dar, die Infektionen in Deutschland so früh wie möglich zu erkennen und Ausbrüche und Infektionsketten einzudämmen. Um Infektionen im privaten, beruflichen und öffentlichen Bereich so weit wie möglich zu vermeiden, ist eine Intensivierung der gesamtgesellschaftlichen Anstrengungen nötig. Hier können junge Erwachsene und Jugendliche und Personen mit vielen sozialen Kontakten durch Einhaltung der empfohlenen Maßnahmen (AHA + Lüften Regeln) in ganz besonderer Weise dazu beitragen, Übertragungen zu verhindern. Dazu zählen Hygienemaßnahmen, das Abstandhalten, das Einhalten von Husten- und Niesregeln, das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckung/Alltagsmaske in bestimmten Situationen (AHA-Regeln). Dies gilt auch bei Menschenansammlungen im Freien, wenn der Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten wird. Beim Aufenthalt in geschlossenen Räumen ist zusätzlich eine gute Belüftung wichtig, um eine mögliche Anreicherung von infektiösen Aerosolen zu reduzieren. Alle Personen, die unter möglichen Symptomen von COVID-19 leiden, sollten weitere Kontakte vermeiden, einen Arzt/Ärztin kontaktieren und zeitnah auf SARS-CoV-2 getestet werden. Derzeit warnt das Auswärtige Amt vor nicht notwendigen touristischen Reisen in eine Vielzahl von Ländern.

Es ist von entscheidender Bedeutung, die Zahl der Erkrankten so gering wie möglich zu halten und Ausbrüche zu verhindern. Hierdurch soll die Zeit für die Entwicklung von antiviralen Medikamenten und von Impfstoffen gewonnen werden. Auch sollen Belastungsspitzen im Gesundheitswesen vermieden werden.

Diese Bewertung findet ihre weitere Bestätigung in den indiziellen Fallzahlen der vergangenen Tage (Deutschland: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html; Thüringen: <https://www.tmasgff.de/covid-19/fallzahlen?fbclid=IwAR1pz2b-tYg5ZHI9c-UazOs3fEqFaytMKK9CekQ-76JjDSyZujSPiTH5t9BA>; Europa und Welt: <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates>). Die Zahl der Infektionen steigt gegenwärtig trotz der zahlreichen bisher getroffenen Maßnahmen in deutlicher Dynamik an. Bundesweit wurden die Risikowerte in vielen Landkreisen und kreisfreien Städten in den letzten Wochen z. T. deutlich überschritten; Thüringen bildet insoweit keine Ausnahme. Im Ergebnis besteht in den Gesundheitsämtern die zunehmende Schwierigkeit, eine vollständige Kontaktnachverfolgung durchzuführen, was wiederum zu einer beschleunigten Ausbreitung des Virus beiträgt. Nach den Statistiken des Robert Koch-Institutes sind die Ansteckungsumstände im Bundesdurchschnitt in mehr als 75 v. H. der Fälle unklar (so aus der Amtlichen Begründung, A. Allgemeines).

Insgesamt ist demnach zu resümieren, dass die „zweite Welle“ der Pandemie zu Beginn der kalten Jahreszeit, wie von wissenschaftlicher Seite vorhergesagt, eingetroffen ist. Auch dem vom Antragsteller wiederholt zitierten Positionspapier der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 4. November 2020 sind keine entgegenstehenden Angaben dazu zu entnehmen. Das Papier berücksichtigt die aktuelle Entwicklung nicht bzw. äußert sich hierzu nicht.

(c) Von diesen Feststellungen ausgehend erweist sich das grundsätzliche Ziel der Kontaktreduzierung und der hier angegriffenen Maßnahmen als geeignetes Mittel zur Eindämmung der Pandemie.

Nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis, ist Hauptübertragungsweg für SARS-CoV-2 die respiratorische Aufnahme virushaltiger Flüssigkeitspartikel, die beim Atmen, Sprechen und Singen sowie Husten und Niesen entstehen. Je nach Partikelgröße unterscheidet man Tröpfchen (größer als 5 µm) von kleineren Partikeln (Tröpfchenkerne oder infektiöse Aerosole, kleiner als 5 µm). Der Übergang ist fließend, durch Austrocknung in der Luft können aus Partikeln, die in Tröpfchengröße ausgeschieden werden, Tröpfchenkerne entstehen. Beim Atmen und Sprechen, aber noch weitaus stärker beim Schreien und Singen werden vorwiegend kleine Partikel (Aerosole) ausgeschieden, beim Husten und Niesen entstehen zusätzlich deutlich mehr Tröpfchen. Neben der steigenden Lautstärke können auch individuelle Unterschiede zur verstärkten Freisetzung beitragen. Grundsätzlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Exposition gegenüber Tröpfchen und Aerosolen im Umkreis von 1-2 m um eine infizierte Person herum erhöht (zu allem mit Hinweis auf die Studienlage: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc-13776792bodyText1).

Dementsprechend führt das Robert-Koch-Institut in seiner Risikobewertung zur Übertragbarkeit aus, dass SARS-CoV-2 grundsätzlich leicht von Mensch zu Mensch übertragbar ist. Das Infektionsrisiko ist stark vom individuellen Verhalten (AHA-Regel: Abstand halten, Hygiene beachten, Alltagsmasken tragen), der regionalen Verbreitung und von den Lebensbedingungen (Verhältnissen) abhängig. Hierbei spielen Kontakte in Risikosituationen (wie z. B. langer face-to-face Kontakt) eine besondere Rolle. Dies gilt auch in Situationen im privaten Umfeld mit Familienangehörigen und Freunden außerhalb des eigenen Haushalts und im beruflichen Umfeld. Die Aerosolausscheidung steigt bei lautem Sprechen, Singen oder Lachen stark an. In Innenräumen steigt hierdurch das Risiko einer Übertragung deutlich, auch über einen größeren Abstand als 1,5 m. Wenn der Mindestabstand von 1,5 m ohne Mund-Nasen-Bedeckung unterschritten wird, z. B. wenn Gruppen von Personen an einem Tisch sitzen oder bei größeren Menschenansammlungen, besteht auch im Freien ein erhöhtes Übertragungsrisiko.

Davon ausgehend ist die - in der Amtlichen Begründung der Verordnung zum Ausdruck gebrachte - Annahme des Antragsgegners nicht zu beanstanden, dass eine Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung geeignet ist, das Infektionsgeschehen aufzuhalten und die Zahl der Neuinfektionen wieder in die nachverfolgbare Größenordnung von unter 50 Neuinfektionen pro 100 000 Einwohner in einer Woche zu senken.

Soweit der Antragsteller vorträgt, dass angesichts geringer nachweisbarer Fallzahlen von Infektionen im gastronomischen Bereich die Maßnahmen ungeeignet seien, verkennt er - ungeachtet der aktuellen Aussagekraft seiner Angaben bei erheblich ansteigenden Infektionszahlen und einer erheblichen Dunkelziffer bei der Nachverfolgbarkeit von Infektionsherden - dieses grundsätzliche Ziel der Maßnahmen, nämlich der Kontaktvermeidung. Diesem Ziel kann die Schließung von Gaststätten als Begegnungsort vieler Menschen - sowohl im Innen- als auch im Außenbereich - ersichtlich dienen. Insoweit verweist der Antragsgegner auch auf internationale Studien, die die besondere Gefährlichkeit von Gaststätten als „Superverbreitungsorte“ begründen könnten.

Eine Ungeeignetheit folgt auch nicht zwingend aus dem Vortrag des Antragstellers, dass lediglich die Gaststättenbesucher in den privaten Bereich abgedrängt würden, was eine Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten verhindere. Zum einen beruht dies auf einer reinen Vermutung und berücksichtigt nicht, dass im privaten Bereich gerade kein Kontaktverkehr wie in einer Gaststätte stattfindet. Zum anderen gilt die grundsätzliche Regelung der Kontaktbeschränkung des § 2 ThürSARS-COV-2-SondereindmaßnVO auch im privaten, nichtöffentlichen Bereich; für private Begegnungen im öffentlichen Bereich enthält § 3 ThürSARS-COV-2-SondereindmaßnVO Beschränkungen.

(d) Dem Senat drängt sich weiterhin nicht die mangelnde Erforderlichkeit der angegriffenen Maßnahmen auf.

Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können, wobei dem Gesetzgeber auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 9. März 1994 - 2 BvL 43/92 u. a. - und vom 20. Juni 1984 - 1 BvR 1494/78 - jeweils juris).

Der Vorhalt des Antragstellers, als milderes Mittel gegenüber der Schließung der Gaststätten käme die weitere Öffnung dieser Einrichtungen unter Beachtung strenger Hygienepläne in Betracht, verkennt - wie angeführt - die grundsätzliche Zielrichtung der Maßnahmen. Die Verordnung ist darauf gerichtet grundsätzlich Kontakte zwischen Personen zu vermeiden - ungeachtet der Möglichkeit zur Durchsetzung von Hygieneplänen. Im Hinblick auf dieses grundsätzliche Anliegen der Verordnung ist das Offenhalten kein gleich geeignetes und damit milderes Mittel.

Das Ziel der Kontaktreduzierung hat auch nicht grundsätzlich hinter anderen, weniger grundrechtlich einschränkenden Maßnahmen zurückzustehen. Dies muss jedenfalls in der vom Antragsgegner unterstellten Situation gelten, in der angesichts der erheblichen dynamischen Entwicklung der Ansteckungsfälle eine Nachverfolgbarkeit der Infektionsketten nicht mehr besteht und damit eine Unbeherrschbarkeit des Infektionsgeschehens eintreten kann. Diese Situationsbeurteilung des Antragsgegners wird von den tatsächlichen Feststellungen getragen und ist jedenfalls im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht anfechtbar.

Dieser Feststellung steht auch nicht entgegen, dass - wie vom Antragsteller vorgetragen - ein wesentliches Infektionsgeschehen in den Bereichen der Gastronomie nicht nachweisbar sei. Wie bereits das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen ausgeführt hat (Beschluss vom 26. Oktober 2020 - 13 B 1581/20.NE - juris Rn. 55-65), beziehen sich die in diesem Zusammenhang angeführten statistischen Daten des Robert Koch-Instituts auf bereits länger zurückliegende Zeiträume (vgl. etwa Epidemiologisches Bulletin 38/2020 vom 17. September 2020, S. 6 ff., wo ein Datenstand von Mitte August 2020 ausgewiesen ist; abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/38_20.pdf?__blob=publicationFile), in denen die Lage noch deutlich weniger dynamisch war, und dürften insoweit zumindest zum Teil zeitlich überholt sein. Hinzu tritt die zwischenzeitlich nochmals erhöhte Diffusität des Infektionsgeschehens; der Ordnungsgeber geht von der von Seiten des Senats nicht weiter anzuzweifelnden Feststellung aus; dass mittlerweile in 75 % der Infektionen der Ausgangspunkt nicht mehr nachweisbar ist.

Auch die Auffassung des Antragstellers, es sei eine mildere Alternative, allein Maßnahmen gegenüber den Risikogruppen zu ergreifen, zeigt nicht die Wirkungsgleichheit der Maßnahmen auf. Zum einen verfehlt dies die Intention der Verordnung eines sach-

lich begründeten allgemeinen effektiven Ansatzes zur Infektionsvermeidung in der Gesamtbevölkerung. Die Einschränkungen für den Einzelnen sollen gerade auch den Schutz Dritter bezwecken. Zum anderen bleibt ersichtlich der Begriff der Risikogruppe viel zu unbestimmt, um hierauf zielgerichtete Maßnahmen ergreifen zu können. Zwar entspricht es dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis, dass ältere Personengruppen zu den Risikogruppen gehören - wobei exakte Altersangaben kaum möglich sind. Eine generelle Festlegung zur Einstufung in eine Risikogruppe ist darüber hinaus jedoch nicht möglich. Vielmehr erfordert dies eine individuelle Risikofaktoren-Bewertung im Sinne einer medizinischen Begutachtung ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus / Risikogruppen.html;jsessionid=053A24154DACFEE5FB943E93E6610690.internet121](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html;jsessionid=053A24154DACFEE5FB943E93E6610690.internet121)). Ungeachtet dessen würden solche Maßnahmen gerade die Infektionsübertragung in der übrigen Bevölkerung mit der Gefahr der Infizierung gefährdeter Gruppen kaum verhindern. Zu deren Schutz vor Infektionen ist der Staat aber wegen seiner durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG begründeten Schutzpflicht grundsätzlich berechtigt.

Auch das Positionspapier der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 4. November 2020 zeigt in seiner Allgemeinheit insoweit nicht zwingend andere mildere Maßnahmen in der derzeitigen Situation auf, die durch einen erheblichen Anstieg nicht nur der Infektionszahlen, sondern auch weiterer Parameter der Infektionslage - gerade auch derjenigen die in dem Papier benannt werden - geprägt ist (vgl. im Übrigen zur Kritik an dem Papier nur: <https://www.sueddeutsche.de/wissen/coronavirus-kbv-shutdown-stellungnahme-streeck-1.5101047>)

Insgesamt drängen sich auch annähernd vergleichbare effektive Handlungsalternativen zu der Reduzierung von Kontakten jedenfalls nicht in einer Weise auf, dass allein diese in Frage kommen.

(e) Nach der summarischen Prüfung ist auch nicht zwingend anzunehmen, dass die Regelung unter Abwägung der gegenläufigen verfassungsrechtlichen Positionen unangemessen ist. Der beabsichtigte Verordnungszweck steht offensichtlich nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs. Die Maßnahme führt zwar unverkennbar zu Grundrechtseinschränkungen von erheblicher Intensität, vorrangig in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Dieses Recht - wie auch andere Grundrechtspositionen - wird jedoch nicht unbeschränkt gewährt, sondern unterliegt

einem Gesetzesvorbehalt. Das diesen im Ergebnis ein unbedingter Vorrang gegenüber dem mit der Verordnung bezweckten Schutz von Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) gebührt, ist nicht festzustellen. Die existenzsichernde Erzielung von Einnahmen zur Bestreitung des Lebensbedarfs in einem Bereich von gefahrerhöhender Tätigkeit kann vorübergehend gegenüber der Durchsetzung überragend gewichtiger Gemeinwohlbelange zurückzustehen haben. Hierbei ist neben der zeitlichen Befristung der Maßnahme auch zu berücksichtigen, dass der Bund und der Antragsgegner zahlreiche Hilfsmaßnahmen beschlossen haben, die die Existenz von Unternehmen in der Corona-Krise sichern sollen (siehe hierzu Pkt. b. / Interessenabwägung).

(4) Auch die Erwägungen zu einer grundrechtswidrigen Ungleichbehandlung führen nicht notwendig auf eine Annahme der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Maßnahmen.

Hierbei ist schon zweifelhaft, ob und inwieweit der Vorwurf gleichheitswidriger Behandlung zu den Bereichen des öffentlichen Lebens, in denen weiterhin wirtschaftliche Betätigung möglich ist, überhaupt im Eilverfahren auf eine Außervollzugsetzung der angegriffenen Bestimmungen führen muss (Bayerischer VGH, Beschluss vom 27. April 2020 - 20 NE 20.793 - juris). Allein ein solcher Rechtsverstoß unterstellt, eröffnet dem Verordnungsgeber - soweit nicht andere rechtserhebliche Gesichtspunkte Anderes (wie die Erweiterung der bestehenden Regelung) gebieten (vgl. z. B. Beschluss des Senats vom 22. Mai 2020 - 3 EN 341/20 - juris) - erneut einen Entscheidungsspielraum, diesen Gleichheitsverstoß zu beseitigen. Dies schließt vorliegend nicht aus, im Interesse des Infektionsschutzes und der Vermeidung weiterer Infektionen Kontaktbeschränkungen gegebenenfalls auch für weitere, bislang geöffnete Bereiche des Wirtschaftslebens einzuführen.

Ungeachtet dessen muss ersichtlich die Klärung der Frage der grundsätzlichen Legitimität der Ungleichbehandlung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

Bei Differenzierungen ist der Verordnungsgeber zwar an den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich jedoch je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Hoheitsträger, wobei das Niveau der Rechtfertigungsanforderungen sich nach den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs

bestimmt (sog. bereichsspezifische Anwendung, vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 8. Februar 1994 - 1 BvR 1237/85 - BVerfGE 89, 365 = juris Rn. 37 f. m. w. N., vom 18. April 2008 - 1 BvR 759/05 - juris Rn. 53 = DVBl 2008, 780, und vom 19. November 2019 - 2 BvL 22/14 u. a. - juris Rn. 96 m. w. N. = NJW 2020, 451). Für Rechtsbereiche der Gefahrenabwehr, wie das Infektionsschutzrecht, ist zu berücksichtigen, dass die Verwaltung ihre Entscheidungen hier oftmals - wie in der vorliegenden Krisensituation - unter Zeitdruck und unter Bedingungen einer sich ständig verändernden Lage zu treffen hat. Dass sie trotz dieses Handlungsrahmens bei ihren Entscheidungen im Hinblick auf den Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG einem Gebot innerer Folgerichtigkeit unterläge - wie dies in anderen Rechtsbereichen, etwa dem Steuerrecht, für das Handeln des Gesetzgebers anerkannt ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 27. Juni 1991 - 2 BvR 1493/89 - BVerfGE 84, 239 = juris Rn. 108; Beschluss vom 19. November 2019, juris Rn. 100 m. w. N.) - wird, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur zu Recht nicht vertreten (Beschluss des Senats vom 9. April 2020 - 3 EN 238/20 - juris Rn. 67 f.; OVG Hamburg, Beschluss vom 26. März 2020 - 5 Bs 48/20 - juris).

Davon ausgehend bedarf die Beantwortung der grundsätzlichen Frage, ob und inwieweit es zulässig ist, hinsichtlich des Umfangs der gewollten Kontaktbeschränkungen zwischen dem Bildungs- und allgemeinen Wirtschaftsbereich sowie grundrechtlich besonders sensiblen Räumen - wie der Versammlungs- und Religionsfreiheit - auf der einen Seite und dem Bereich freizeittlicher Betätigung auf der anderen Seite in Zeiten drängenden infektionsschutzrechtlichen Handlungsbedarfs und der nachvollziehbaren Zielstellung, nicht das gesamte öffentliche Leben zum Erlahmen zu bringen (sog. „Shutdown bzw. Lockdown“), zu differenzieren, diffiziler tatsächlicher und rechtlicher Bewertungen (vgl. zu dieser Differenzierung: Amtliche Begründung; Beschluss der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 18. Oktober 2020, TOP Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie, a. a. O.). Jedenfalls legen die publizierten Abwägungsvorgänge nahe, dass hier keine Willkürentscheidung im Raume steht (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. November 2020 - OVG 11 S 97/20 - juris).

b. Verbleibt es mithin bei offenen Prozessaussichten, gebietet eine Folgenabwägung es nicht, die einstweilige Anordnung zu erlassen. Dies legt weder der Vortrag des An-

tragstellers nahe, noch ist dies ansonsten erkennbar (vgl. hierzu im Übrigen: ThürVerfGH, Beschluss vom 24. Juni 2020 - VerfGH 17/20 -; BVerfG, Beschlüsse vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 - und vom 28. April 2020 - 1 BvR 899/20 - jeweils juris; zur aktuellen Rechtsprechung bei vergleichbarer Rechtslage: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. November 2020 - OVG 11 S 97/20 – juris; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 9. November 2020 - 13 MN 472/20 - juris). Bei der Folgenabwägung sind angesichts der Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung die Auswirkungen auf alle von der angegriffenen Regelung Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur die Folgen für den Antragsteller.

Würde der Aussetzungsantrag im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt, erweise sich im Ergebnis des Hauptsacheverfahrens die Verordnung aber als rechtswidrig, wären zwar die betroffenen Gewerbetreibenden im Gaststättenbereich in ihren (Grund-)Rechten erheblich beeinträchtigt. Dies wirkt umso schwerwiegender, als infolge der Dauer der Pandemie und deren wellenmäßigem Verlauf die betroffenen Unternehmen bereits mehrfach in ihrer wirtschaftlichen Betätigung beschränkt waren und daraus teilweise gravierende existenzielle Nachteile resultieren können. Jedoch werden diese Nachteile in erheblichen Maße durch die zahlreichen staatlichen Hilfsprogramme zur Überbrückung in der Krisenphase kompensiert. Insbesondere ist auf Bundesebene im Zusammenhang mit den aktuellen Maßnahmen beabsichtigt, für die von den temporären Schließungen erfassten Unternehmen, Betriebe, Selbständige, Vereine und Einrichtungen eine außerordentliche Wirtschaftshilfe zu gewähren, um sie für finanzielle Ausfälle zu entschädigen. Der Erstattungsbetrag beträgt 75 % des entsprechenden Umsatzes des Vorjahresmonats für Unternehmen bis 50 Mitarbeiter, womit die Fixkosten des Unternehmens pauschaliert werden. Die Prozentsätze für größere Unternehmen werden nach Maßgabe der Obergrenzen der einschlägigen beihilferechtlichen Vorgaben ermittelt. Auch wenn Details dieses Programms - worauf der Antragsteller zu Recht hinweist - noch offen sind, so weist bereits der Grundsatzbeschluss den verbindlichen Willen des Bundes nach, entsprechende effektive Hilfen zu gewähren, insbesondere auch - wie für den vorliegenden Fall von Bedeutung - für Kleinunternehmen. Überdies treten daneben die Programme des Bundes und der Länder zur wirtschaftlichen Bewältigung der Pandemiefolgen, wie die erweiterten Möglichkeiten der Gewährung von Kurzarbeitergeld, der Aussetzung von Insolvenzverfahren und branchenspezifische Hilfsprogramme (vgl. hierzu nur die Übersichten: Bund: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/info-unternehmen->

selbstaendige-1735010; Land: <https://wirtschaft.thueringen.de/corona/>). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass - worauf der Antragsgegner hinweist - dem Gaststättenbetreiber jedenfalls partiell ermöglicht wird, seinen Restaurantbetrieb durch Abhol- und Lieferservice in gewissen Umfang aufrechtzuerhalten.

Würde hingegen dem Aussetzungsantrag stattgegeben, erweise sich die Verordnung im Hauptsacheverfahren aber als rechtmäßig, träte damit eine konkrete - wie auch durch die Fallzahlenentwicklung in Deutschland und der Welt belegte - nicht unwahrscheinliche Steigerung der Risiko- und Gefährdungslage ein. Auch nur eine vorläufige Außervollzugsetzung kann eine Gefahr für Gesundheit, Leib und Leben einer unüberschaubaren Vielzahl von Menschen begründen.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. Der Senat bemisst das Interesse des Antragstellers in Anlehnung an gewerberechtliche Untersagungsverfahren in Höhe von 15.000,00 € (vgl. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit i. d. F. der am 31.05.2005/01.06.2012 und am 18.07.2013 beschlossenen Änderungen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 25. Auflage, Anhang § 164 Rn. 14), der hier im Hinblick auf die vorübergehende Dauer der Maßnahme zu halbieren ist. Eine weitere Halbierung ist wegen der faktischen Vorwegnahme der Hauptsache hingegen nicht angezeigt.

Hinweis:

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Bathe

Peters

Kirschbaum