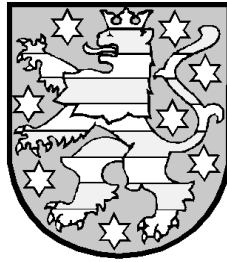

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 3. Senat -

3 EN 812/20

Beschluss

In dem Normenkontrollverfahren

der Frau _____ B_____ e.K.,
K_____, _____ S_____

Antragstellerin

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Gleiss Lutz,
Lautenschlagerstraße 21, 70173 Stuttgart

gegen

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

Antragsgegner

wegen

Gesundheit, Hygiene, Lebens- und Arzneimittel (ohne Krankenhausrecht),
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 Groschek am 21. Dezember 2020 **beschlossen** :

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auf 22.500,00 EUR festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin begehrt zuletzt im Wege einer einstweiligen Anordnung die Außer-vollzugsetzung der Dritten Thüringer SARS-COV-2-Sondereindämmungsmaßnah-menverordnung, soweit diese in Geschäften ab 800 qm für den Kundenzugang eine differenzierte Verkaufsflächenberechnung verlangt.

Die Antragstellerin betreibt in Thüringen drei Lebensmittelmärkte mit Verkaufsflächen von 1.200 qm, 1.300 qm und 1.900 qm, wobei letzterer in einem Einkaufszentrum ge-legen ist.

Die Thüringer Ministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit, Frauen und Familie sowie mit deren Einverständnis der Thüringer Minister für Bildung, Jugend und Sport erließen am 14. Dezember 2020 die Thüringer Verordnung zur Fortschreibung und Verschär-fung außerordentlicher Sondermaßnahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Aus-breitung des Coronavirus SARS-COV-2, die im Wege einer Notveröffentlichung nach § 9 Thüringer Verkündungsgesetz noch am selben Tag auf der Internetseite des Mi-nisteriums veröffentlicht wurde. Art. 1 dieser Mantelverordnung enthält in Ablösung der Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO vom 29. November 2020 (GVBl. S. 583) die Dritte Thüringer Verordnung über außerordentliche Sondermaß-nahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Ausbreitung des Coronavirus SARS-

CoV-2 (Dritte Thüringer SARS-CoV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung - 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO). Die Rechtsverordnung, soweit im vorliegenden Streit erheblich, hat folgenden Wortlaut:

§ 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) in der jeweils geltenden Fassung 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) in der jeweils geltenden Fassung gelten jeweils 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-IfS-GrundVO bleiben unberührt.

§ 2 Grundsatz

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.

...

§ 8 Geschäfte und Dienstleistungen

(1) Körpernahe Dienstleistungen wie solche in Friseur-, Nagel-, Kosmetik-, Tätowier-, Piercing- und Massagelstudios mit Ausnahme medizinisch notwendiger Dienstleistungen sind mit Ablauf des 15. Dezember 2020 untersagt.

(2) Mit Ablauf des 15. Dezember 2020 sind die Geschäfte des Einzelhandels einschließlich Fabrikläden und Hersteller-Direktverkaufsstellen für den Publikumsverkehr mit Ausnahme Telefon- und Onlineangebote ausschließlich zum Versand oder zur Lieferung zu schließen und geschlossen zu halten. Von der Schließung nach Satz 1 sind ausgenommen:

1. der Lebensmittelhandel einschließlich Bäckereien und Fleischereien, Getränke-, Wochen- und Supermärkte sowie Hofläden,
2. Reformhäuser,
3. Verkaufsstellen für Weihnachtsbäume,
4. Drogerien,
5. Sanitätshäuser,
6. Optiker und Hörgeräteakustiker,
7. Banken und Sparkassen,

-
8. Apotheken,
 9. Filialen der Deutschen Post AG und Paketstellen von Logistikunternehmen,
 10. Wäschereien und Reinigungen,
 11. Tankstellen, Kfz-Handel, Kfz-Teile- und Fahrradverkaufsläden,
 12. Tabak- und Zeitungsverkaufsstellen,
 13. Tierbedarf,
 14. Babyfachmärkte,
 15. Buchhandelsgeschäfte mit der Einschränkung auf kontaktlose Weitergabe elektronisch oder telefonisch bestellter Ware außerhalb der Geschäftsräume sowie
 16. der Fernabsatzhandel und der Großhandel.

(3) Geschäfte nach Absatz 2 Satz 1 mit gemischtem Sortiment dürfen für den Publikumsverkehr geöffnet bleiben, wenn und soweit

1. die angebotenen Waren dem regelmäßigen Sortiment entsprechen und
2. die Waren den Schwerpunkt des Sortiments bilden.

Geschäfte im Sinne des Satzes 1 sind solche, die neben den in Satz 1 genannten auch Waren aus nach Absatz 2 Satz 1 untersagten Geschäftsbereichen, für die keine Ausnahme nach Absatz 2 Satz 2 vorliegt, enthalten. Den Geschäften bleibt unbenommen, durch abgegrenzte Teilschließungen den Schwerpunkt in nach Absatz 2 Satz 2 zulässigen Sortimenten nach Satz 1 Nr. 2 zu gewährleisten.

(4) Soweit Dienstleistungsbetriebe und Geschäfte nicht nach den Absätzen 1 und 2 zu schließen oder geschlossen zu halten sind, hat die jeweils verantwortliche Person nach § 5 Abs. 2 2. ThürSARS-CoV-2-IfS-GrundVO neben den Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 bis 3 sowie den §§ 4 und 5 Abs. 1 bis 4 2. ThürSARS-CoV-2-IfS-GrundVO sicherzustellen, dass sich in den Geschäfts- und Betriebsräumen nicht mehr als ein Kunde pro 10 m² Verkaufsfläche aufhält.

(5) Abweichend von Absatz 4 gilt für die Verkaufsfläche ab 801 m² eine Obergrenze von einem Kunden pro 20 m². Die Werte nach Absatz 4 und Satz 1 sind entsprechend zu verrechnen. Für Einkaufszentren ist zur Berechnung der nach Absatz 4 und Satz 1 maßgeblichen Verkaufsfläche die Summe aller Verkaufsflächen in der Einrichtung zugrunde zu legen.

...

§ 17 Außerkrafttreten

Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 10. Januar 2021 außer Kraft.

Nach Art. 4 der Thüringer Verordnung zur Fortschreibung und Verschärfung außerordentlicher Sondermaßnahmen zur Eindämmung einer sprunghaften Ausbreitung des Coronavirus SARS-COV-2 trat die Verordnung am 15. Dezember 2020 in Kraft.

Die Antragstellerin hat bereits am 7. Dezember 2020 beim Thüringer Oberverwaltungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung zunächst gerichtet auf die Außervollzugsetzung der Zweiten Thüringer SARS-CoV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung, dann mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2020 gegen die Dritte Thüringer SARS-CoV-2-Sondereindämmungsmaßnahmenverordnung beantragt, soweit diese in Geschäften mit einer Verkaufsfläche von über 800 qm ab dieser Größe mehr als 10 qm Verkaufsfläche pro Kunde verlangt.

Zur Begründung trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die nach § 47 Abs. 6 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung zur Stattgabe ihres Antrags führen müsse, da § 8 Abs. 2 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO rechtswidrig sei. Sie sei hinsichtlich der Berechnung der maßgeblichen Verkaufsflächenberechnung in Einkaufszentren zu unbestimmt. Nicht nur sei der Begriff des Einkaufszentrums in Rechtsprechung und Literatur nicht hinreichend klar umrissen, auch sei unklar, wer verantwortliche Person im Sinne des Infektionsschutzrechts sei, überdies böten sich drei, im Ergebnis abweichende Auslegungen der Vorschrift für die maßgebliche Verkaufsflächenberechnung an. Jedenfalls verstoße die Bestimmung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Geschäfte mit über 800 qm würden gegenüber Geschäften unter dieser Verkaufsflächengröße, gegenüber Geschäften außerhalb von Einkaufszentren und gegenüber Geschäften in Handelsbetriebsagglomerationen unsachlich benachteiligt. Die in der Rechtsprechung Geschäften von über 800 qm zugeschriebene bauplanungsrechtlich relevante Attraktivitätssteigerung könne infektionsschutzrechtliche Zutrittsbeschränkungen nicht rechtfertigen. Weiterhin würden unvermindert Kunden angezogen, die dann im Außenbereich der Geschäfte ungeschützt vor Infektionen in größerer Ansammlung warten müssten. Im Übrigen seien jedenfalls Lebensmittelmärkte wie in anderen Bundesländern aufgrund ihres besonderen Versorgungsauftrages von der einschränkenden Verkaufsflächenberechnung auszunehmen. Größere Geschäfte könnten ebenso wie kleinere Betriebe die Überwachung der Hygieneauflagen sicherstellen. Gegenüber Geschäften außerhalb der Einkaufszentren seien die Märkte innerhalb solcher Einrichtungen aufgrund einer doppelten Einlasskontrolle stärker belastet. Die Verordnungsbestimmung sei ferner unverhältnismäßig. Die Zugangsbeschränkung sei schon nicht geeignet, den legitimen Gesundheitsschutz zu erreichen. Durch die Bildung von Warteschlangen vor den Märkten, die weiterhin aufgrund ihres unbeschränkten Sortiments eine hohe Attraktivität besitzen würden, würde vielmehr das Infektionsrisiko steigen. In ihren Geschäften würde ferner die Qualität der

Raumluft ständig überprüft, was einen besseren Infektionsschutz der Kunden gewährleisten würde. Entscheidender als die Verkaufsflächenbetrachtung der Verordnung sei, die Raumluftmasse zu berücksichtigen. Auch hätten Erhebungen ihrer Handelskette ergeben, dass ihre Märkte kein Hotspot der Übertragungen des Coronavirus seien. Die Regelung übersehe hinsichtlich der Einkaufszentren auch, dass sich dort die Kunden in unterschiedlicher Konzentration auf die Vielzahl unterschiedlicher Geschäfte verteilen. Die Zugangsbeschränkung sei auch nicht erforderlich. Die bestehenden Hygienebestimmungen seien ausreichend zum Infektionsschutz. Eine weitere Zugangsbeschränkung für großflächige Märkte nütze nicht, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Letztlich fehle auch die Angemessenheit der Bestimmung. Der allenfalls geringfügig erzielbare Gesundheitsschutz stünde in keinem Verhältnis zu den Einschränkungen der Bevölkerung in ihrer Grundversorgung mit Lebensmitteln. Die Außervollzugsetzung sei aufgrund ihrer berechtigten Interessen und der Interessen Dritter, wie den Kunden, und der Allgemeinheit unaufschiebbar. Der mangelnde Zugewinn für den Infektionsschutz einerseits und diese beachtlichen Interessen andererseits rechtfertigten auch im Sinne einer nur allgemeinen Folgenabschätzung den Antrag.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

§ 8 Abs. 5 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO vom 14. Dezember 2020 für den Lebensmitteleinzelhandel vorläufig außer Vollzug zu setzen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung verweist er auf die amtliche Begründung der Verordnung, aus der sich die hinreichende Bestimmtheit der Norm ergebe. Auch sei der Begriff des Einkaufszentrums in der Rechtsprechung hinreichend geklärt. Die Regelung sei auch im Hinblick auf die gewollte Minderung der Sogwirkung von großflächigen Geschäften und von Kontakten sachlich gerechtfertigt. Die Differenzierung diene auch dem wirtschaftlichen Schutz kleinerer Geschäfte.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig.

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 Obergerverwaltungsgericht auch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO über die Gültigkeit von - wie hier - im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften.

Es ist jedenfalls möglich, dass die Antragstellerin als Betreiberin von drei Lebensmittelmärkten in Thüringen, die eine Verkaufsfläche von über 800 qm besitzen, antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist. Durch die weitergehende Begrenzung der Anzahl der Kunden in ihren Geschäften ist insoweit eine Betroffenheit in ihren Grundrechten aus Art. 14 GG und jedenfalls auch aus Art. 12 GG nicht ausgeschlossen.

Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin 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 - selbst bei unterstellter Offenheit der Normenkontrolle in der Hauptsache - jedenfalls nicht auf Grund der nach den genannten Maßgaben erforderlichen Folgenabwägung geboten.

a. Anders als die Antragstellerin meint, sprechen durchaus gewichtige Gesichtspunkte gegen den Erfolg eines Normenkontrollantrags.

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 Diskussion kontrovers diskutiert werden. Diese Rechtsfragen 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 hier:

aa. Rechtsgrundlage für die streitige Ordnungsbestimmung ist § 32 Satz 1 und 2 i. V. m. §§ 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. November 2020 (BGBl. I S. 2397). 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 werden weder von der Antragstellerin geltend gemacht, noch drängen sich solche auf. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung (Beschlüsse des Senats zuletzt vom 25. November 2020 - 3 EN 746/20 -, juris Rn. 40, 17. November 2020 - 3 EN 764/20 - juris, vom 13. November 2020 - 3 EN 729/20 - juris Rn. 95 ff., vom 12. November 2020 - 3 EN 747/20 - Rn. 67, vom 8. November 2020 - 3 EN 725/20 - juris Rn. 93 ff., zuvor bereits 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 Rechtsverordnung - vorbehaltlich einer Prüfung im Hauptsacheverfahren - keine durchgreifenden formellen Bedenken. Die streitige Rechtsverordnung wurde im Wege der Notveröffentlichung nach § 9 des Thüringer Verkündungsgesetzes (ThürVerkG) publiziert, da eine rechtzeitige Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt nicht möglich war. Sie wurde durch Veröffentlichung auf der amtlichen Homepage des Ministeriums bzw. der Landesregierung ersetzt (<https://www.tmasgff.de/covid-19/rechtsgrundlage>; <https://corona.thueringen.de/behorden/ausgewaehlte-verordnungen#c15825>). Einer solchen Veröffentlichung steht § 9 ThürVerkG nicht entgegen, da hiernach „jede Art der Veröffentlichung“ genügt. Der Senat geht überdies davon aus, dass der Antragsgegner entsprechend seiner Übung die unverzügliche nachträgliche Verkündung im Thüringer Gesetz- und Verordnungsblatt veranlassen wird.

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.

Weder der Vortrag der Antragstellerin noch sonstige Erwägungen lassen Zweifel daran zu, dass der Anwendungsbereich der genannten Rechtsgrundlage eröffnet ist und deren besonderen Tatbestandvoraussetzungen vorliegen. Es wird von der Antragstellerin nicht in Frage gestellt, dass infolge der Corona-Pandemie, der vom Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite und des derzeit erheblichen Infektionsgeschehens grundsätzlich der Antragsgegner verpflichtet ist, infektionsschutzrechtliche Maßnahmen - auch durch Beschränkung der Anzahl von Kunden in Geschäften - zu ergreifen.

Die darüber hinaus von der Antragstellerin vorgetragenen rechtlichen Bedenken führen nicht zwingend auf eine Rechtswidrigkeit der Verordnung.

(1) Der Senat sieht zunächst keine durchgreifenden Bedenken gegen die Bestimmtheit der Regelung.

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Gebot der Bestimmtheit von Normen verlangt, dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Dieses Gebot zwingt den Normgeber zwar nicht, jeden Tatbestand mit genau erfassbaren Maßstäben bis ins Einzelne zu umschreiben. Generalklauseln und unbestimmte, der Ausfüllung bedürftige Begriffe sind schon deshalb grundsätzlich zulässig, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen lässt. Der Normgeber ist aber gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Vorschrift dabei noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit; es kann nicht erwartet werden, dass jeder Zweifel ausgeschlossen wird. Es ist Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären und die Entscheidung des Normgebers - gegebenenfalls mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden - zu konkretisieren. Verfahren und gerichtliche Kontrolle sind geeignet, mögliche Nachteile der Unbestimmtheit der Rechtsvorschrift bis zu einem gewissen Grade auszugleichen. In jedem Fall müssen sich aber aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung objektive Kriterien gewinnen lassen, die eine willkürliche Handhabung der Norm durch die für die Vollziehung zuständigen Behörden ausschließen. Der Grad der von Verfassungswegen geforderten Bestimmtheit einer Norm hängt dabei sowohl von der Eigenart des geregelten Sachverhalts und den jeweiligen

(Grundrechts-)Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen als auch von der Art und Intensität des zugelassenen behördlichen Eingriffs ab. Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind und je intensiver der Grundrechtseingriff ist, desto genauer müssen die Vorgaben des Normgebers sein (vgl. zu allen mit Hinweisen auf die verfassungs- und höchstrichterliche Rechtsprechung: Beschlüsse des Senats vom 3. Juli 2020 - 3 EN 391/20 - juris Rn. 49 und vom 23. März 2018 - 3 EO 640/17 - juris Rn. 28; ThürOVG, Beschluss vom 27.05.2003 - 2 KO 503/02 - juris Rn. 50; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. Juni 2020 - 1 S 1623/20 -, juris Rn. 37 f.).

Worauf die Antragstellerin zunächst selbst zutreffend hinweist, ist der Begriff des Einkaufszentrums, der ersichtlich auf die Bestimmung des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO Bezug nimmt, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinreichend geklärt (vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 12. Juli 2007 - 4 B 29.07 - juris und Urteil vom 1. August 2002 - 4 C 5.01 - juris Rn. 24 m. w. N.) und lässt ungeachtet von Zweifelsfällen im Einzelfall einen hinreichend bestimmten Normgehalt erkennen. Allein der Umstand, dass der Begriff in der Literatur kritisch bewertet wird, nimmt ihm nicht die Bestimmtheit.

Der Senat vermag auch nicht den geäußerten Bedenken wegen der Bestimmtheit der angegriffenen Bestimmung im Hinblick auf die maßgebliche Verkaufsflächenberechnung in Einkaufszentren zu folgen. Jedenfalls bringt die Thüringer Bestimmung - möglicherweise abweichend von vergleichbaren Regelungen anderer Bundesländer (vgl. hierzu OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16. Dezember 2020 - 13 MN 552/20 - juris Rn. 13 ff.; OVG Saarland, Beschluss vom 11. Dezember 2020 - 2 B 362/20 - juris Rn. 16 ff.) - hinreichend die Berechnungsgrundlage zum Ausdruck, indem § 8 Abs. 5 Satz 3 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO bestimmt, dass für Einkaufszentren die Summe aller Verkaufsflächen in der Einrichtung zugrunde zu legen sind. Dieser insoweit klare Wortlaut lässt keinen Spielraum dafür, anzunehmen, dass eine weitere Aufspaltung auf die einzelnen Geschäfte erfolgen soll. Die Verkaufsflächenberechnung bezieht sich auf das Einkaufszentrum und gibt mithin die Maßgabe für die Zugangsbeschränkung zu der gesamten Einrichtung. Daraus folgen ohne weiteres auch die Maßgaben für die Zugangskontrolle und die Bestimmung der verantwortlichen Person. Im Übrigen betreffen diese Gesichtspunkte nicht die Bestimmtheit der angegriffenen Regelung in Bezug auf die Berechnung der höchstzulässigen Kundenanzahl.

(2) Die Ausführungen der Antragstellerin begründen auch nicht zwingend die Annahme der Unverhältnismäßigkeit der weiteren Begrenzung der Kundenanzahl für Geschäfte ab einer Verkaufsfläche von über 800 qm.

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 und nunmehr in § 28a Abs. 1 IfSG für die aktuelle pandemische Lage konkretisiert. 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: Bundestag-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 Nordrhein-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 liegen notwendigerweise Pauschalierungen, Verallgemeinerungen und Generalisierungen inne; die Regelungen bedürfen jedoch der Präzisierung mit fortschreitendem Erkenntnisgewinn.

Wie der Senat wiederholt betont hat, kommt dem Verordnungsgeber 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. Die Antragstellerin verkennt, dass weitergehender als die Bestimmung nach § 8 Abs. 4 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO, die pro Kunde eine Verkaufsfläche von 10 qm vorschreibt und damit der Sicherstellung der Einhaltung des infektionsmedizinisch gebotenen Mindestabstands dient, die angegriffene Vorschrift das in § 2 3. ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO formulierte grundsätzliche Ziel einer Kontaktreduzierung verfolgt. Es soll über die Bereitstellung genügenden Raumes zur Einhaltung des Mindestabstandes hinaus die Zahl möglicher potentieller infektionsgefährlicher Kontakte vermindert werden (vgl. zur grundsätzlichen Eignung von Kontaktreduzierungen zur Infektionsvermeidung zuletzt: Beschluss des Senats vom 13. November 2020 - 3 EN 729/20 - juris Rn. 126 ff.). Gemessen an diesem Ziel drängen sich keine Zweifel an der Eignung, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit der Maßnahme auf. Durch die Reduzierung der Kundenzahl ergeben sich zwangsläufig weniger Kontakte. Auch durch andere Maßnahmen - wie eine bessere Raumlufthkontrolle - wird dieses Ziel nicht erreicht, so dass sie auch als milderes Mittel nicht in Betracht kommen. Dem Ziel der Kontaktreduzierung als mögliches und naheliegendes Mittel der Infektionsbekämpfung kommt angesichts der dramatischen Entwicklung der Indizwerte der pandemischen Lage gerade auch in Thüringen (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-UazOs3fEqFaytMkk9CekQ76JjDSyZu-jSPiTH5t9BA>; Europa und Welt: <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates>) für den Gesundheitsschutz rechtliche Bedeutung zu, die auch nicht erkennbar

gegenüber den von der Antragstellerin geltend gemachten Interessen zurücktreten muss.

Die Maßnahme wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Antragstellerin keinen Rückgang der Kunden erwartet und damit einhergehend eine Verdrängung der unerwünschten Kontakte in den Außenbereich der Märkte, wie z. B. in Warteschlangen, befürchtet. Dies bleibt eine Vermutung der Antragstellerin, die eine weiterhin uneingeschränkte Sogwirkung voraussetzt, die allerdings angesichts der pandemischen Lage und der von der Verordnung auch intendierten Abschreckung in Frage zu stellen ist. Im Übrigen ist in Warteschlangen bei Einhaltung der Hygienevorschriften die Möglichkeit von Kontakten gegenüber den unkontrollierten Bewegungsabläufen in Märkten wesentlich reduziert.

(3) 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 unter weniger strengen Maßgaben 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 Ordnungsgeber - 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 liegt eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung nicht nahe.

Bei Differenzierungen ist der Ordnungsgeber 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. - NJW 2020, 451, juris Rn. 96 m. w. N.). 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).

Ausgehend von der besonderen Infektionslage und dem dadurch bedingten Handlungsdruck des Ordnungsgebers spricht einiges dafür, dass die der angegriffenen Regelung innewohnenden Differenzierungen sachlich zu rechtfertigen sind. Eine sachliche Begründung der unterschiedlichen Behandlung von Großmärkten innerhalb und außerhalb von Einkaufszentren findet sich in der beschriebenen Zielrichtung der Verordnung, Kontakte im geschäftlichen Bereich zu reduzieren. Es ist nicht anzufechten, dass der Ordnungsgeber hierbei nicht an die Anzahl der Kunden innerhalb eines Marktes, sondern an die innerhalb der räumlich geschlossenen Einkaufszone, in der in seiner Gesamtheit die Kundenkontakte stattfinden, abstellt. Es entspricht der Erfahrung, dass sich der Kundenverkehr nicht nur innerhalb eines Marktes im Einkaufszentrum konzentriert, sondern dieser in allen - vor allen den gemeinschaftlichen - Bereichen der Anlage stattfindet. Diese besondere bauliche Situation rechtfertigt erkennbar auch die unterschiedliche Behandlung zu den von der Antragstellerin erwähnten Handelsbetriebsagglomerationen, die nicht in dem geschlossenen baulichen Zusammenhang stehen.

Der Senat vermag auch durchaus Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass der Verordnungsgeber berechtigt zwischen Geschäften bis zu 800 qm und solchen über 800 qm differenziert. Hierbei ist zunächst zu beachten, dass die Geschäfte bis zu dieser Verkaufsfläche einheitlich behandelt werden. Eine Kappung der Kundenzahl für größere Flächen lehnt sich erkennbar an die aufgezeigte Rechtsprechung an, die Märkten ab dieser Größenordnung generalisierend eine größere Attraktivitätswirkung zuschreibt; dieser entgegenzutreten kann infektionsschutzrechtlich legitim sein. Zudem wäre bei größeren Kundenzahlen mit erhöhten Menschenansammlungen in Kernzonen des Marktes - wie dem Kassenbereich - zu rechnen, da eine gleichmäßige Verteilung aller Kunden im Geschäft nicht zu erwarten ist. Diese Erwägungen nicht auf kleinere Geschäfte zu übertragen, mag - wie auch von der Antragstellerin erwähnt - seine Rechtfertigung in der Sicherstellung der Grundversorgung der Bevölkerung mit Lebensmittel finden.

Soweit die Antragstellerin auf die Rechtslage in anderen Bundesländern verweist, legt sie damit keine Fehlerhaftigkeit der Verordnung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, dar. Der Umstand, dass andere Bundesländer anders verfahren, zeigt für sich betrachtet keine Gleichheitswidrigkeit der durch den Antragsgegner getroffenen Anordnung auf (zur Bindung eines Trägers öffentlicher Gewalt an Art. 3 Abs. 1 GG innerhalb seines Kompetenzbereichs vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.10.2008 - 1 BvF 4/05 - juris, BVerfGE 122, 1, Rdn. 95 m. w. N.).

b. Verbleibt es mithin bei eher geringen Erfolgsaussichten, gebietet eine Folgenabwägung es nicht, die einstweilige Anordnung zu erlassen. Dies legt weder der Vortrag der Antragstellerin 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 Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 11. Dezember 2020 - 3 R 261/20 - 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 die Antragstellerin.

Würde der Aussetzungsantrag im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt, erwiese sich im Ergebnis des Hauptsacheverfahrens die Verordnung aber als

rechtswidrig, wären zwar die betroffenen Gewerbetreibenden in ihren (Grund-)Rechten betroffen. Hierbei ist jedoch vorliegend evident zu berücksichtigen, dass den Marktbetreibern nicht ihre Tätigkeit untersagt wird oder sie auch nur einen Teil ihre Verkaufsräume zu schließen haben; sie können weiterhin vollumfänglich ihre Märkte betreiben, allerdings mit einer reduzierten Kundenzahl. Weder wird von der Antragstellerin geltend gemacht, noch ist dies anderweitig erkennbar, dass ein wirtschaftliches Betreiben der Märkte nicht mehr möglich ist.

Würde hingegen dem Aussetzungsantrag stattgegeben, erwiese sich die Verordnung im Hauptsacheverfahren aber als rechtmäßig, träte damit eine konkrete - wie auch durch die Fallzahlenentwicklung in Thüringen, Deutschland und der Welt belegte - 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 Festsetzung des Streitwertes beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG). Dabei bemisst der Senat die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit für die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr geltend gemachten finanziellen Einbußen infolge der streitgegenständlichen Beschränkung in Höhe von 7.500,00 Euro je der drei von ihr betriebenen Lebensmittelmärkte. Eine weitere Halbierung ist wegen der faktischen Vorwegnahme der Hauptsache 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

Groschek