

Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

Normenkontrolleilantrag gegen Zugangsbeschränkungen für Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels in CoronaVInfSchMaßnV ND 7 § 9a Abs 1 und Abs 2 S 1 bis 3 – sog. 2-G-Regelung –

OVG Lüneburg 13. Senat, Beschluss vom 16.12.2021, 13 MN 477/21, ECLI:DE:OVGNI:2021:1216.13MN477.21.00

§ 28 Abs 1 IfSG, § 28a IfSG, § 47 Abs 6 VwGO, § 9a Abs 1 CoronaVInfSchMaßnV ND 7 vom 13.12.2021, § 9a Abs 2 S 1 CoronaVInfSchMaßnV ND 7 vom 13.12.2021, § 9a Abs 2 S 2 CoronaVInfSchMaßnV ND 7 vom 13.12.2021, § 9a Abs 2 S 3 CoronaVInfSchMaßnV ND 7 vom 13.12.2021, § 2 Nr 3 SchAusnahmV, § 2 Nr 5 SchAusnahmV, Art 3 Abs 1 GG

TENOR

§ 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten (Niedersächsische Corona-Verordnung) vom 23. November 2021 (Nds. GVBl. S. 770), zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 13. Dezember 2021 (Nds. GVBl. S. 865), wird vorläufig außer Vollzug gesetzt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert des Verfahrens wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

GRÜNDE

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich mit einem Normenkontrolleilantrag gegen Zugangsbeschränkungen für Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels in der Niedersächsischen Corona-Verordnung (sog. 2-G-Regelung).
- 2 Das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung, handelnd durch die Ministerin, erließ am 23. November 2021 die (11.) Niedersächsische Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten (Niedersächsische Corona-Verordnung, Nds. GVBl. S. 770), die nach Änderungen durch die Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 11. Dezember 2021 Nds. GVBl. S. 838) mit Wirkung vom 12. Dezember 2021 unter anderem folgende Vorschrift enthielt:

3

§ 9 a

Einzelhandel

(1) ¹Gilt mindestens die Warnstufe 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt, so müssen die Kundinnen, Kunden und dienstleistenden Personen in einem Betrieb oder einer Einrichtung des Einzelhandels eine medizinische Maske tragen. ²Der Zutritt zu einem Betrieb oder einer Einrichtung des Einzelhandels ist nach Absatz 2 beschränkt. ³Ausgenommen von Satz 1 sind Wochenmärkte und Weihnachtsbaumverkauf unter freiem Himmel sowie Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels mit folgenden Gütern des täglichen Bedarfs oder zur Grundversorgung der Bevölkerung:

1. Lebensmitteln einschließlich des Getränkehandels,
2. medizinischen Produkten und Arzneimitteln einschließlich der Produkte von Optiker- und Hörgeräteakustikerbetrieben sowie des Orthopädieschuhmacher-Handwerks und des Handwerks der Orthopädietechnik,
3. Drogerie-, Sanitätshaus- und Reformhausgütern,
4. Babybedarfsgütern,
5. Gartenmarktgütern,
6. Gütern des Brennstoff- und Heizstoffhandels einschließlich der Tankstellen,
7. Gütern des Tierbedarfs- und Futtermittelhandels, des Blumenhandels einschließlich der Güter des gärtnerischen Facheinzelhandels,
8. Zeitungen, Zeitschriften und Büchern,
9. Gütern des Brief- und Versandhandels,
10. Fahrkarten für den Personenverkehr,

11. Gütern zur Reparatur und Instandhaltung von Kraftfahrzeugen, Fahrrädern und Elektronikgeräten.

⁴Satz 3 gilt auch in Bezug auf Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels mit gemischtem Sortiment, das regelmäßig Waren und Güter umfasst, die dem Sortiment einer der in Satz 3 genannten Betriebe und Einrichtungen entsprechen, wenn die Waren und Güter den Schwerpunkt des Sortiments bilden.

(2) ¹Der Zutritt zu einem Betrieb oder einer Einrichtung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist auf Kundinnen und Kunden beschränkt, die entweder einen Impfnachweis gemäß § 2 Nr. 3 SchAusnahmV oder einen Genesenennachweis gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV vorlegen. ²Die Zutrittsberechtigung der Kundinnen und Kunden nach Satz 1 ist zu kontrollieren. ³Die zuständige Stelle kann festlegen, dass die Kontrolle der Zutrittsberechtigung auch dadurch sichergestellt werden kann, dass die Kundinnen und Kunden nach einer Kontrolle durch eine dafür bestimmte Stelle eine unverwechselbare und nicht übertragbare Kennzeichnung erhalten, die zum Zutritt zu durch die zuständige Stelle festzulegenden Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels im Sinne des Absatz 1 Satz 1 berechtigen. ⁴Die Kundinnen und Kunden müssen abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 1 eine Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus tragen; im Übrigen bleiben die Regelungen nach § 4 anwendbar.

(3) Absatz 2 gilt nicht für die Auslieferung jeglicher Waren und Güter auf Bestellung sowie deren Verkauf im Fernabsatz zur Abholung bei kontaktloser Übergabe außerhalb der Geschäftsräume unter Wahrung des Abstandsgebots nach § 1 Abs. 2 Satz 1.

(4) Für das im Einzelhandel tätige Personal gilt § 28 b IfSG."

- 4 Nach weiteren Änderungen durch die Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 13. Dezember 2021 (Nds. GVBl. S 865) mit Wirkung vom 14. Dezember 2021 lautet diese Vorschrift:

5

"§ 9 a

Einzelhandel

(1) ¹Der Zutritt zu einem Betrieb oder einer Einrichtung des Einzelhandels ist nach Absatz 2 beschränkt. ²Ausgenommen von Satz 1 sind Wochenmärkte und Weihnachtsbaumverkauf unter freiem Himmel sowie Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels mit folgenden Gütern des täglichen Bedarfs oder zur Grundversorgung der Bevölkerung:

1. Lebensmitteln einschließlich des Getränkehandels,
2. medizinischen Produkten und Arzneimitteln einschließlich der Produkte von Optiker- und Hörgeräteakustikerbetrieben sowie des Orthopädieschuhmacher-Handwerks und des Handwerks der Orthopädietechnik,
3. Drogerie-, Sanitätshaus- und Reformhausgütern,
4. Babybedarfsgütern,
5. Gartenmarktgütern,
6. Gütern des Brennstoff- und Heizstoffhandels einschließlich der Tankstellen,
7. Gütern des Tierbedarfs- und Futtermittelhandels, des Blumenhandels einschließlich der Güter des gärtnerischen Facheinzelhandels,
8. Zeitungen, Zeitschriften und Büchern,
9. Gütern des Brief- und Versandhandels,
10. Fahrkarten für den Personenverkehr,
11. Gütern zur Reparatur und Instandhaltung von Kraftfahrzeugen, Fahrrädern und Elektronikgeräten.

³Satz 2 gilt auch in Bezug auf Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels mit gemischtem Sortiment, das regelmäßig Waren und Güter umfasst, die dem Sortiment einer der in Satz 2 genannten Betriebe und Einrichtungen entsprechen, wenn die Waren und Güter den Schwerpunkt des Sortiments bilden.

(2) ¹Gilt mindestens die Warnstufe 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt, so ist der Zutritt zu einem Betrieb oder einer Einrichtung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 auf Kundinnen und Kunden beschränkt, die entweder einen Impfnachweis gemäß § 2 Nr. 3 SchAusnahmV oder einen Genesenennachweis gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV vorlegen. ²Die Zutrittsberechtigung der Kundinnen und Kunden nach Satz 1 ist zu kontrollieren. ³Die zuständige Stelle kann festlegen, dass die Kontrolle der Zutrittsberechtigung auch dadurch sichergestellt werden kann, dass die Kundinnen und Kunden nach einer Kontrolle durch eine dafür bestimmte Stelle eine unverwechselbare und nicht übertragbare Kennzeichnung erhalten, die zum Zutritt zu durch die zuständige Stelle festzulegenden Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels im Sinne des Absatz 1 Satz 1 berechtigen. ⁴Die Kundinnen und Kunden müssen gemäß § 4 eine medizinische Maske tragen.

(3) Absatz 2 gilt nicht für die Auslieferung jeglicher Waren und Güter auf Bestellung sowie deren Verkauf im Fernabsatz zur Abholung bei kontaktloser Übergabe außerhalb der Geschäftsräume unter Wahrung des Abstandsgebots nach § 1 Abs. 2 Satz 1.

(4) Für das im Einzelhandel tätige Personal gilt § 28 b IfSG."

- 6 Die Antragstellerin betreibt auch in Niedersachsen Einzelhandel im Filialbetrieb mit einem Mischsortiment. Am 13. Dezember 2021 hat sie bei dem Niedersächsischen Obergericht einen Normenkontrollantrag gestellt. Sie beanstandet, die handwerklich unzulängliche Regelung ordne keine notwendige Infektionsschutzmaßnahme an, sei mit dem allgemeinen Gleichheitssatz unvereinbar und verletze sie in ihren Grundrechten der Berufsausübungsfreiheit und der Eigentumsfreiheit. Das Infektionsrisiko sei auch nach den Erkenntnissen des Robert Koch-Instituts von vorneherein niedrig. Es könne durch andere mildere Infektionsschutzmaßnahmen und seit langem erfolgreich angewendete Hygienekonzepte auf den Bereich der Irrelevanz reduziert werden. Zutrittsverbote für nennenswerte Teile der Bevölkerung seien hingegen nicht notwendig. Die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Zutrittsverbot für Ungeimpfte seien nicht von Sachgründen getragen.
- 7 Die Antragstellerin beantragt,
- 8 § 9a der Niedersächsischen Corona-Verordnung im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO vorläufig außer Vollzug zu setzen.
- 9 Der Antragsgegner beantragt,
- 10 den Antrag abzulehnen.
- 11 Er verteidigt die in der angefochtenen Ordnungsregelung getroffene Infektionsschutzmaßnahme. Das Infektionsgeschehen im Land Niedersachsen habe sich zwar in den vergangenen Tagen stabilisiert, befinde sich aber unverändert auf einem hohen Niveau, und das Risiko einer Infektion mit SARS-CoV-2 oder einer Erkrankung an COVID-19 sei gerade für ungeimpfte Personen sehr hoch. Die neu aufgetretene Virusvariante Omikron stelle nach ersten Prognosen ein besonderes Risiko dar, etwa hinsichtlich einer leichteren Übertragbarkeit, einer Verstärkung der Krankheitsschwere und einer Abschwächung der Impfwirkung. Der von der neuen Bundesregierung eingesetzte Corona-Expertenrat werde bis Weihnachten eine Stellungnahme zu den Risiken der neu aufgetretenen Virusvariante Omikron abgeben. Schon jetzt sei aber die konsequente Umsetzung kontaktreduzierender und anderer Schutzmaßnahmen erforderlich, da das öffentliche Gesundheitssystem durch das Infektionsgeschehen in den letzten Wochen stark belastet sei und teilweise bereits Intensivpatienten hätten verlegt werden müssen. Das in § 9a der Niedersächsischen Corona-Verordnung angeordnete Verbot des Zutritts zu bestimmten Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Personen sei notwendig. Der Beitrag des Infektionsgeschehens im Einzelhandel sei aufgrund der Anonymität der Kundenkontakte im Geschäft und auf dem Weg zu den Geschäften nicht genau quantifizierbar. Während der 2. Welle habe die Schließung essentieller Geschäfte aber die Reproduktionszahl um mehr als 10% senken können. Die Beschränkung des Zutrittsverbots auf ungeimpfte Personen sei angemessen, da diese gegenüber geimpften und genesenen Personen ein deutlich höheres Risiko einer Infektion und eines schweren Krankheitsverlaufs aufwiesen. Die Belastung für die Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels könne durch eine praktische Handhabung der Zugangskontrolle (sog. "Bändchenlösung") reduziert werden. Die Ausnahmen für Güter des täglichen Bedarfs und die Grundversorgung der Bevölkerung beruhen auf sachlichen Gründen, auch wenn sie angesichts ihrer Komplexität diskussionswürdig seien.
- 12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte verwiesen.
- II.
- 13 Der zulässige (1.) Antrag ist begründet (2.) und führt zur vorläufigen Außervollzugsetzung des § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten (Niedersächsische Corona-Verordnung) vom 23. November 2021 (Nds. GVBl. S. 770), zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 13. Dezember 2021 (Nds. GVBl. S. 865), mit allgemeinverbindlicher Wirkung (3.).
- 14 Diese Entscheidung, die nicht den prozessrechtlichen Vorgaben des § 47 Abs. 5 VwGO unterliegt (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 607; Hoppe, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 110 ff.), trifft der Senat ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss (vgl. Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 12.6.2009 - 1 MN 172/08 -, juris Rn. 4 m.w.N.) und gemäß § 76 Abs. 2 Satz 1 NJG ohne Mitwirkung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter.
- 15 1. Der Antrag ist zulässig.
- 16 a. Der Normenkontrollantrag ist nach § 47 Abs. 6 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 2 VwGO und § 75 NJG statthaft. Die Niedersächsische Corona-Verordnung ist eine im Range unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Verbindung mit § 75 NJG (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen: Senatsbeschl. v. 31.1.2019 - 13 KN 510/18 -, NdsRpfl. 2019, 130 f. - juris Rn. 16 ff.).
- 17 b. Der Senat legt den Antrag - unter Berücksichtigung des anhand der hierfür gegebenen Begründung ohne Weiteres erkennbaren tatsächlichen Begehrens der Antragstellerin - dahin aus, dass sie nur eine vorläufige Außervollzugsetzung der sie belastenden Regelungen in § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung begehrt, sich aber nicht gegen die Regelungen in § 9a Abs. 2 Satz

- 4, Abs. 3 und Abs. 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung wendet. Letztgenannte Regelungen enthalten nur klarstellende Wiederholungen (§ 9a Abs. 2 Satz 4 und Abs. 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung), deren Außervollzugsetzung der Antragstellerin keinen Vorteil vermittelt, oder Ausnahmeregelungen (§ 9a Abs. 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung), welche die Antragstellerin nicht belasten.
- 18 Für den so verstandenen Antrag verfügt die Antragstellerin über eine Antragsbefugnis im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO, da sie geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Das in § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung angeordnete Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für Kunden, die weder über einen Impfnachweis gemäß § 2 Nr. 3 SchAusnahmV noch über einen Genesenennachweis gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV verfügen, lässt es möglich erscheinen, dass die Antragstellerin als Inhaberin von Einzelhandelsbetrieben in ihrem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in ihrem dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG korrespondierenden Grundrecht verletzt ist.
- 19 Eine darüberhinausgehende Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als einer nach Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition liegt hingegen nicht vor (vgl. Senatsbeschl. v. 17.4.2020 - 13 MN 84/20 -, juris Rn. 23). Denn dieser Schutz erfasst nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern; die hier durch die befristeten Betriebsschließungen und -beschränkungen fraglos betroffenen bloßen Umsatz- und Gewinnchancen werden hingegen auch unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht von der Eigentumsgarantie erfasst (vgl. BVerfG, Ur. v. 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11 -, BVerfGE 143, 246, 331 f. - juris Rn. 240; Beschl. v. 26.6.2002 - 1 BvR 558/91 -, BVerfGE 105, 252, 278 - juris Rn. 79 m.w.N.).
- 20 c. Der Antrag ist zutreffend gegen das Land Niedersachsen als normerlassende Körperschaft im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO gerichtet. Das Land Niedersachsen wird durch das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung vertreten (vgl. Nr. II. des Gemeinsamen Runderlasses der Staatskanzlei und sämtlicher Ministerien, Vertretung des Landes Niedersachsen, v. 12.7.2012 (Nds. MBl. S. 578), zuletzt geändert am 3.6.2021 (Nds. MBl. S. 1020), in Verbindung mit Nr. 4.22 des Beschlusses der Landesregierung, Geschäftsverteilung der Niedersächsischen Landesregierung, v. 17.7.2012 (Nds. MBl. S. 610), zuletzt geändert am 23.2.2021 (Nds. MBl. S. 516)).
- 21 2. Der Antrag ist auch begründet.
- 22 Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht in Normenkontrollverfahren auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind zunächst die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrages im Hauptsacheverfahren, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag voraussichtlich Erfolg haben wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange der Antragstellerin, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden. Gegenüberzustellen sind im Rahmen der sog. "Doppelhypothese" die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Normenkontrollantrag aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe müssen die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.4.2019 - BVerwG 4 VR 3.19 -, juris Rn. 4 (zur Normenkontrolle eines Bebauungsplans); OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.10.2019 - 6 B 11533/19 -, juris Rn. 5 (zur Normenkontrolle einer Rechtsverordnung über die Freigabe eines verkaufsoffenen Sonntags); Sächsisches OVG, Beschl. v. 10.7.2019 - 4 B 170/19 -, juris Rn. 20 (zur Normenkontrolle einer Rechtsverordnung zur Bildung und Arbeit des Integrationsbeirats); Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 11.5.2018 - 12 MN 40/18 -, juris Rn. 24 ff. (zur Normenkontrolle gegen die Ausschlusswirkung im Flächennutzungsplan) jeweils m.w.N.).
- 23 Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung des § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung Erfolg. Ein in der Hauptsache noch zu stellender Normenkontrollantrag der Antragstellerin wäre voraussichtlich begründet (a.). Zudem überwiegen die gewichtigen Belange der Antragstellerin, betroffener Dritter und der Allgemeinheit die für den weiteren Vollzug der Ordnungsregelung bis zu einer Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren sprechenden Gründe (b.).
- 24 a. Ein von der Antragstellerin in der Hauptsache noch zulässigerweise zu stellender Normenkontrollantrag hat voraussichtlich Erfolg. Nach der derzeit nur gebotenen summarischen Prüfung spricht Überwiegendes dafür, dass § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung rechtswidrig ist und für unwirksam zu erklären sein wird.
- 25 Dabei geht der Senat unter Zugrundelegung seiner bisherigen Rechtsprechung davon aus, dass die streitgegenständliche Infektionsschutzmaßnahme auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht (vgl. zuletzt Senatsurt. v. 25.11.2021 - 13 KN 62/20 -, juris Rn. 66 ff.), durch Rechtsverordnung angeordnet werden durfte (vgl. zu Inhalt und Grenzen der Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG: Senatsbeschl. v.

- 24.3.2021 - 13 MN 145/21 -, juris Rn. 33), formell rechtmäßig ist (vgl. hierzu im Einzelnen: Senatsbeschl. v. 11.3.2021 - 13 MN 70/21 -, juris Rn. 18 ff.; v. 11.11.2020 - 13 MN 485/20 -, juris Rn. 19 ff. m.w.N.) und in materieller Hinsicht mit Blick auf den Adressatenkreis nicht zu beanstanden ist. Das streitgegenständliche Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für Kunden, die weder über einen Impfnachweis gemäß § 2 Nr. 3 SchAusnahmV noch über einen Genesenennachweis gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV verfügen, dürfte auch seiner Art nach auf §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 Nr. 14, Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 oder Abs. 8 Nr. 6 des Infektionsschutzgesetzes - IfSG - in der zuletzt durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geänderten Fassung gestützt werden können (vgl. die Feststellung nach § 28a Abs. 8 IfSG für das Land Niedersachsen durch Beschluss des Niedersächsischen Landtags v. 7.12.2021, LT-Drs. 18/10377).
- 26 (1) Das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für Kunden, die weder über einen Impfnachweis gemäß § 2 Nr. 3 SchAusnahmV noch über einen Genesenennachweis gemäß § 2 Nr. 5 SchAusnahmV verfügen, in der konkreten Ausgestaltung nach § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung ist derzeit aber keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 IfSG.
- 27 Der weite Kreis möglicher Schutzmaßnahmen wird durch § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dahin begrenzt, dass die Schutzmaßnahme im konkreten Einzelfall "notwendig" sein muss. Der Staat darf mithin nicht alle Maßnahmen und auch nicht solche Maßnahmen anordnen, die von Einzelnen in Wahrnehmung ihrer Verantwortung gegenüber sich selbst und Dritten bloß als nützlich angesehen werden. Vielmehr dürfen staatliche Behörden nur solche Maßnahmen verbindlich anordnen, die zur Erreichung infektionsschutzrechtlich legitimer Ziele objektiv notwendig sind (vgl. Senatsbeschl. v. 26.5.2020
- 28 - 13 MN 182/20 -, juris Rn. 38). Diese Notwendigkeit ist während der Dauer einer angeordneten Maßnahme von der zuständigen Behörde fortlaufend zu überprüfen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020 - 1 BvQ 31/20 -, juris Rn. 16).
- 29 (a) Zweifelsohne verfolgt der Ordnungsgeber auch mit der mittlerweile 11. Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 23. November 2021 weiterhin die legitimen Ziele (vgl. zu früheren Niedersächsischen Corona-Verordnungen: Senatsbeschl. v. 6.11.2020 - 13 MN 411/20 -, juris Rn. 43), im Interesse des Schutzes von Leben und Gesundheit eines und einer jeden die Bevölkerung vor der Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus zu schützen, die Verbreitung der Krankheit COVID-19 zu verhindern und eine Überlastung des Gesundheitssystems infolge eines ungebremsten Anstiegs der Zahl von Ansteckungen, Krankheits- und Todesfällen zu vermeiden.
- 30 Diese Zielrichtungen wahren die besonderen Anforderungen des § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG (vgl. hierzu Senatsbeschl. v. 23.12.2020 - 13 MN 506/20 -, juris Rn. 61). Dabei hat der Senat an anderer Stelle (Senatsbeschl. v. 15.9.2021 - 13 MN 396/21 -, juris Rn. 17) bereits darauf hingewiesen, dass, nachdem ganz erheblichen Teilen der Bevölkerung mit einer Impfung und ergänzenden Basisschutzmaßnahmen effektive Möglichkeiten des Eigenschutzes auch tatsächlich zur Verfügung stehen, primäres Ziel staatlichen Handelns nicht mehr die schlichte Verhinderung jeder einzelnen Infektion, sondern die Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems infolge eines ungebremsten Anstiegs der Zahl von Ansteckungen, Krankheits- und Todesfällen sein muss, auch wenn dieses Ziel denkllogisch sekundär auch Maßnahmen erfordert, die einzelne Infektionen verhindern.
- 31 (b) Im Hinblick auf die verfolgten legitimen Ziele ist die Eignung der streitgegenständlichen Verordnungsregelung gegeben.
- 32 Angesichts der hohen Infektiosität und der Übertragungswege steht für den Senat außer Zweifel, dass Beschränkungen im Zusammenhang von Zusammenkünften und Ansammlungen mehrerer Personen - vor allem in geschlossenen Räumen - geeignet sind, die Verbreitung von SARS-CoV-2 zu verhindern (so bspw. Senatsbeschl. v. 11.3.2021 - 13 MN 70/21 -, juris Rn. 46; v. 18.11.2020 - 13 MN 448/20 -, juris Rn. 81; v. 11.6.2020 - 13 MN 192/20 -, juris Rn. 52; vgl. dahingehend auch Robert Koch-Institut (RKI), Risikobewertung zu COVID-19, veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html, Stand: 8.12.2021, und Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Nr. 2 Übertragungswege, veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?sessionid=75E02A61EA32A48D3D2AE1AAA4nn=13490888, Stand: 26.11.2021). Der Ausschluss Ungeimpfter bewirkt, dass diese sich jedenfalls in den Betrieben und Einrichtungen, zu denen nur noch Geimpfte und Genesene Zugang erhalten, nicht infizieren können (vgl. Senatsbeschl. v. 8.12.2021 - 13 MN 463/21 -, juris Rn. 37).
- 33 Die Antragstellerin weist aber nachvollziehbar darauf hin, dass die Eignung der Infektionsschutzmaßnahme durch die zahlreichen Ausnahmen des § 9a Abs. 1 Satz 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, in denen Ungeimpften der Zutritt zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels nicht verboten wird, von vorneherein deutlich reduziert wird. Dies betrifft zuvörderst den - fraglos zu Recht - unbeschränkten Zutritt zu Betrieben und Einrichtungen des Lebensmitteleinzelhandels, in dem der weit überwiegende Anteil täglicher Kundenkontakte im Einzelhandel stattfindet (vgl. Exner, Hygienisch-medizinische Stellungnahme zum Beitrag des Einzelhandels zur Prävention und Kontrolle der COVID-19-Pandemie, veröffentlicht unter https://einzelhandel.de/images/coronavirus/20210205_Exner_Gutachten_Einzelhandel.pdf, Stand: 14.12.2021, S. 2: "*Im deutschen Einzelhandel finden 50 Millionen Kundenkontakte täglich statt – davon 40 Millionen im Lebensmitteleinzelhandel, ...*").
- 34 (c) Bei summarischer Prüfung ist indes zweifelhaft, ob das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden zur Zielerreichung erforderlich ist.

- 35 Der Senat hat bereits mehrfach beanstandet, dass verlässliche und nachvollziehbare Feststellungen zur tatsächlichen Infektionsrelevanz des Geschehens in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels fehlen. Der beispielsweise im Senatsbeschluss vom 15. März 2021 (- 13 MN 103/21 -, juris Rn. 40 ff.) beschriebene Sachstand erscheint insoweit unverändert. Jedenfalls sind dem Senat in diesem Verfahren vom Antragsgegner insoweit keine (neuen) Erkenntnisse präsentiert worden (vgl. Schriftsatz des Antragstellers v. 15.12.2021, S. 9 ff. = Blatt 33 f. der Gerichtsakte). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Erforschung von Infektionsumfeldern durch den Antragsgegner intensiviert worden wäre, um die Zielgenauigkeit seiner Schutzmaßnahmen zu erhöhen. Der vom RKI jeweils donnerstags veröffentlichten Tabelle mit gemeldeten COVID-19-Fällen, die von den Gesundheitsbehörden einem Ausbruch zugeordnet werden konnten, geordnet nach Infektionsumfeld (Setting) und Meldewoche (veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Ausbruchs-daten.html; vgl. auch die Interpretation des RKI, Infektionsumfeld von COVID-19-Ausbrüchen in Deutschland, Epidemiologisches Bulletin v. 17.9.2020, S. 3 ff., veröffentlicht unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/38_20.pdf?__blob=publicationFile), sind keine auf das Geschehen in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels zurückzuführenden Infektionsfälle zu entnehmen.
- 36 Auch die schlichte Übertragung von Erkenntnissen zum Geschehen in geschlossenen Räumen von Sport- und Freizeiteinrichtungen (vgl. hierzu die Senatsbeschl. v. 10.12.2021 - 13 MN 462/21 -, juris Rn. 28 ff. (Besucherverkehre in geschlossenen Räumen von Theatern, Kinos und ähnlichen Kultureinrichtungen sowie von Zoos, botanischen Gärten und Freizeitparks); v. 8.12.2021 - 13 MN 463/21 -, juris Rn. 36 ff. (Sportausübung in geschlossenen Räumen); v. 8.12.2021 - 13 MN 464/21 -, juris Rn. 23 ff., v. 22.10.2021 - 13 MN 425/21 -, juris Rn. 10 ff. (Diskotheken)) drängt sich angesichts erheblicher Unterschiede zu dem hier zu beurteilenden Geschehen in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels nicht auf. Letzteres erscheint jedenfalls regelmäßig durch eine kürzere Verweildauer der Kunden, eine geringere Kundendichte, eine geringere Anzahl unmittelbarer Personenkontakte (Face-to-Face), geringere körperliche Aktivitäten und eine bessere Durchsetzung von Hygienekonzepten (insbesondere die durchgehende Befolgung einer Maskenpflicht und die Trennung von Beschäftigten und Kunden durch Schutzvorrichtungen bei Bezahl- und auch Beratungsvorgängen) gekennzeichnet (vgl. dahingehend auch Nagel/Müller als Teil des MODUS-COVID Teams, Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 781/21 u.a. v. 14.7.2021, S. 1 ff. = Blatt 18 ff. der Gerichtsakte).
- 37 Hinzu kommt, dass auch das RKI in der von ihm entworfenen ControlCOVID-Strategie für den Einzelhandel in den dort gebildeten Stufen 1 und 2 ausschließlich die Anwendung von Schutzkonzepten vorsieht und selbst in der dort höchsten Stufe 3 nicht den vollständigen Ausschluss ungeimpfter Kunden empfiehlt, sondern für diese einen negativen Testnachweis für ausreichend erachtet (sog. 3-G-Regelung; vgl. RKI, Aktualisierung der ControlCOVID-Strategie zur Vorbereitung auf den Herbst/Winter 2021/22, Stand: 22.9.2021, dort insbesondere S. 9, veröffentlicht unter: www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-09-22.pdf?__blob=publicationFile).
- 38 Neben den danach bestehenden Zweifeln an der tatsächlichen Infektionsrelevanz des Geschehens in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels drängen sich auch durchaus mildere Mittel auf, deren Eignung zur Pandemiebekämpfung und Erreichung der genannten legitimen Ziele nicht offensichtlich weniger effektiv als das hier zu beurteilende Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden erscheint.
- 39 Mit Blick auf die ungeimpften Kunden ist dies zum einen die vom RKI in dessen ControlCOVID-Strategie genannte Abhängigkeit des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels von einem negativen Testnachweis.
- 40 Zum anderen könnten die Kunden verpflichtet werden, in Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels eine Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus zu tragen. Eine das Infektionsrisiko drastisch reduzierende Wirkung der Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus ist bereits in den Stellungnahmen dokumentiert, die das Bundesverfassungsgericht in den Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffend die sog. "Bundesnotbremse" eingeholt hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 -, juris Rn. 210; Nagel/Müller als Teil des MODUS-COVID Teams, Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 781/21 u.a. v. 14.7.2021, S. 1 ff. = Blatt 18 ff. der Gerichtsakte: "...; auf der Seite der ansteckbaren Personen filtern FFP2-Masken selbst bei der Verwendung durch Laien ca. 80% des viralen Materials ...; insgesamt führt dies zu einer Reduktion der Infektionen um einen Faktor 10 (50% der verbleibenden 20% = 10%) bei durchgehender FFP2-Maskenpflicht und vollständiger Befolgung."). Nach neueren Erkenntnissen dürften Atemschutzmasken dieses Schutzniveaus - eine in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels durchaus durchzusetzende richtige Verwendung der Maske vorausgesetzt - das Infektionsrisiko sogar derart absenken, dass es nahezu zu vernachlässigen ist. Nach einer umfassenden Studie des Max-Planck-Instituts für Dynamik und Selbstorganisation in Göttingen (zusammengefasst unter www.ds.mpg.de/3822295/211202_upperbound_infections und veröffentlicht unter <https://www.pnas.org/content/118/49/e2110117118>, jeweils Stand: 15.12.2021) beträgt das maximale Ansteckungsrisiko nach 20 Minuten selbst auf kürzeste Distanz kaum mehr als ein Promille, wenn sowohl die infizierte als auch die nichtinfizierte Person gutschitzende FFP2-Masken tragen. Dabei gibt diese in der Studie ermittelte Ansteckungswahrscheinlichkeit die obere Grenze des Risikos an. Die tatsächliche Infektionswahrscheinlichkeit im Alltag wird als noch einmal geringer angegeben. Hinzu kommt, dass die in der Studie betrachtete Kontaktdauer von 20 Minuten im Einzelhandel regelmäßig nicht erreicht wird.
- 41 Für ungeimpfte Kunden wäre die Verpflichtung, in Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels eine Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus zu tragen, anstelle des hier zu beurteilenden absoluten Zutrittsverbots auch fraglos milder. Für geimpfte

und genesene Kunden gilt dies nicht ohne Weiteres, denn die ihnen derzeit nach § 9a Abs. 2 Satz 4 und § 4 Abs. 1 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung nur auferlegte Pflicht, eine medizinische Maske als Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, würde verschärft. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass mittlerweile auch für Geimpfte und Genesene in zahlreichen alltäglichen Situationen eine Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus besteht, bspw.

- 42 - im Personenverkehr ab Warnstufe 2 (§ 4 Abs. 1a der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 43 - bei Zusammenkünften von mehr als 15 geimpften oder genesenen Personen ab Warnstufe 2 (§§ 8 Abs. 6 Satz 1, 10 Abs. 5 Satz 4 und 11 Abs. 5 Satz 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 44 - bei der Entgegennahme körpernaher Dienstleistungen ab Warnstufe 2 (§ 8a Abs. 3 und 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 45 - beim Besuch von Beherbergungseinrichtungen oder Sportanlagen ab Warnstufe 2 (§ 8b Abs. 4 und 5 der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 46 - beim Besuch von Gastronomiebetrieben ab Warnstufe 2 (§ 9 Abs. 4 und 5 der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 47 - beim Besuch von Messen oder Weihnachtsmärkten ab Warnstufe 2 (§§ 11a Abs. 2 Satz 4, 11b Abs. 3 Satz 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung) und
- 48 - beim Besuch von Diskotheken ab Warnstufe 2 (§ 12 Abs. 4 Satz 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung),
- 49 so dass die Ausdehnung dieser Pflicht auf alle Kunden in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels, wie dies zunächst in § 9a Abs. 2 Satz 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung in der Fassung der Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 11. Dezember 2021 für den Zeitraum vom 12. bis zum 13. Dezember 2021 auch vom Verordnungsgeber angeordnet worden war (vgl. hierzu einerseits die Ausführungen unter www.niedersachsen.de/Coronavirus/vorschriften-der-landesregierung-185856.html, Stand: 13.12.2021: "*redaktionelles Versehen*", und andererseits in der Begründung zur Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung v. 11.12.2021, S. 23 der Online-Verkündung: "*Satz 4 regelt eine strengere Maskenpflicht. Kundinnen und Kunden müssen abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 1 eine Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus tragen.*"), als allenfalls geringfügige Verschärfung angesehen werden könnte.
- 50 **(d)** Unter Berücksichtigung der danach reduzierten Eignung und der zwar nicht klar zu verneinenden, aber zweifelhaften Erforderlichkeit ist das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden in seiner konkreten Ausgestaltung durch § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung derzeit unangemessen.
- 51 Nach der Warnstufensystematik der §§ 2 und 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, deren Rechtmäßigkeit als solche weiterer Klärung bedarf (vgl. hierzu im Einzelnen: Senatsbeschl. v. 8.12.2021 - 13 MN 463/21 -, juris Rn. 17 ff.), gilt das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden bereits ab der Warnstufe 1. Diese ist gemäß § 2 Abs. 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung gekennzeichnet durch eine lokale 7-Tage-Inzidenz von mehr als 35, eine landesweite 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz von mehr als 3 Hospitalisierungsfällen mit COVID-19-Erkrankung je 100.000 Einwohner (bei vorhandenen 502 vollstationären Krankenhausbetten auf 100.000 Einwohner in zugelassenen niedersächsischen Krankenhäusern, vgl. Niedersächsisches Ministerium für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung, Niedersächsischer Krankenhausplan 2021, S. 27 f., veröffentlicht unter: www.ms.niedersachsen.de/download/156598/Krankenhausplan_01.01.20_.pdf, Stand: 7.12.2021) und/oder einen landesweiten Anteil der Belegung von Intensivbetten mit an COVID-19 Erkrankten an der Intensivbetten-Kapazität von mehr als 5% (wobei im durchschnittlichen Regelbetrieb (Sic!) einer Intensivstation in niedersächsischen Krankenhäusern neben 50% Akutbehandlungen und 25% elektiver Nachsorge nach Operationen ein Anteil von 25% auf COVID-19-Behandlungen entfällt; vgl. Senatsbeschl. v. 8.12.2021 - 13 MN 463/21 -, juris Rn. 25), mithin ein mildes Infektionsgeschehen. Selbst das derzeit gegebene tatsächliche Infektionsgeschehen (vgl. die Angaben des Antragsgegners unter: www.niedersachsen.de/Coronavirus/aktuelle_lage_in_niedersachsen/niedersachsen-und-corona-aktuelle-leitindikatoren-203487.html, Stand: 16.12.2021) mit teilweise dem oberen Wertebereich der Warnstufe 1 (7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz: 6,0), dem unteren Wertebereich der Warnstufe 2 (Intensivbettenauslastung: 10,4%) und dem mittleren Wertebereich der Warnstufe 2 (7-Tage-Inzidenz: 179,2) erscheint "*beherrschbar*" (so ausdrücklich die Begründung zur Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung v. 11.12.2021, S. 11 der Online-Verkündung). Dabei ist auch der Stand der COVID-19-Schutzimpfungen in Niedersachsen zu berücksichtigen (vollständige Impfung: 71,5% der Bevölkerung; Auffrischungsimpfung: 26,7%; veröffentlicht unter <https://impfdashboard.de/>, Stand: 15.12.2021).
- 52 Zur Reduzierung eines solchen milden, jedenfalls aber "*beherrschbaren*" Infektionsgeschehens leistet das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden in seiner konkreten Ausgestaltung durch § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung nur einen sehr geringen Beitrag. Nach einer Stellungnahme, die das Bundesverfassungsgericht in den Verfassungsbeschwerdeverfahren betreffend die sog. "*Bundesnotbremse*" eingeholt hat, "*leistet der Einzelhandel einen Beitrag von 0,1 zum R-Wert; bei durchgehend eingehaltener FFP2-Maskenpflicht reduziert sich dieser im Modell auf 0,01 und damit auf ein für das Infektionsgeschehen irrelevantes Niveau.*" (so ausdrücklich Nagel/Müller als Teil des MODUS-COVID Teams, Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 781/21 u.a. v. 14.7.2021,

S. 7 f. = Blatt 21 f. der Gerichtsakte). Angesichts der dargestellten Wirksamkeit des Tragens einer Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus (II.2.a.(1)(c)) erscheint dies für den Senat plausibel. Nachvollziehbare widerstreitende Erkenntnisse hat der Antragsgegner dem Senat in diesem Verfahren nicht präsentiert.

- 53 Demgegenüber ist das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden in seiner konkreten Ausgestaltung durch § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden. Es schließt auf der Nachfrageseite ungeimpfte Personen zwar nicht mehr von allen (Sic!) Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels aus, wie dies zunächst in § 9a Abs. 1 und 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung in der Fassung der Änderungsverordnung vom 11. Dezember 2021 bestimmt gewesen ist, sondern beschränkt das Zutrittsverbot auf Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels, die nicht in § 9a Abs. 1 Satz 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung genannt sind. Der hiermit verbundene Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit der ungeimpften Kunden ist durchaus tiefgreifend. Ähnliches gilt auf der Angebotsseite der vom Zutrittsverbot betroffenen Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels, denen nicht nur ein deutlich erhöhter Kontrollaufwand der Zutrittsberechtigung auferlegt wird, sondern vielmehr auch (erneut) nicht unerhebliche Umsatzeinbußen zugemutet werden. Auch der hiermit verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ist von erheblichem Gewicht.
- 54 In dieser Relation - beherrschbares Infektionsgeschehen, geringe Wirkung der Infektionsschutzmaßnahme und erhebliche Grundrechtseingriffe - erweist sich das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden in seiner konkreten Ausgestaltung durch § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung derzeit als unangemessen. Ohne die Anordnung einer Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus in Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels versucht oder auch nur ernsthaft in Betracht gezogen zu haben, ist nicht ersichtlich, dass das Verbot momentan zur Beherrschung des Infektionsgeschehens notwendig sein könnte.
- 55 Eine andere Bewertung gebietet - bei objektiver Betrachtung des dem Senat bekannten oder vom Antragsgegner präsentierten aktuellen Erkenntnisstands - auch die neue Variante des SARS-CoV-2-Virus mit der Bezeichnung Omikron (Pangolin Nomenklatur B.1.1.529) nicht. Das RKI fasst seine Erkenntnisse wie folgt zusammen:
- 56 - Übersicht zu besorgniserregenden SARS-CoV-2-Virusvarianten (VOC), Stand: 9.12.2021 (veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html; jsessionid=DF91AA96CCB374AD5106nn=2444038): *"Omikron (B.1.1.529): Über diese Variante wurde zuerst am 24.11.2021 vom südafrikanischen Gesundheitsministerium berichtet, sie wurde am 26.11.2021 von der WHO zur VOC erklärt. Phylogenetische Untersuchungen zeigen, dass Omikron unabhängig von der derzeit dominierenden Delta-Variante entstanden ist. Sie besitzt im Vergleich zum ursprünglichen SARS-CoV-2 aus Wuhan eine ungewöhnlich hohe Zahl von ca. 30 Aminosäureänderungen im Spike-Protein, darunter solche mit bekanntem phänotypischem Einfluss (Erhöhung der Transmission, Immunevasion, Übertragbarkeit), aber auch viele Mutationen, deren Bedeutung unklar ist. Die Variante wurde bereits in verschiedenen Ländern weltweit nachgewiesen, darunter auch in Deutschland ..."*
- 57 - Risikobewertung zu COVID-19, Stand: 8.12.2021 (veröffentlicht unter: www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html; jsessionid=7315ADBC5E237102Dnn=2444038): *"Für die Senkung der Neuinfektionen, den Schutz der Risikogruppen und die Minimierung schwerer Erkrankungen und Todesfälle ist die Impfung der Bevölkerung von zentraler Bedeutung. Alle Impfstoffe, die aktuell in Deutschland zur Verfügung stehen, schützen nach derzeitigen Erkenntnissen bei vollständiger Impfung sehr gut vor einer schweren Erkrankung, die Wirksamkeit gegen die Omikronvariante ist noch nicht endgültig zu beurteilen. ... SARS-CoV-2 ist grundsätzlich sehr leicht von Mensch zu Mensch übertragbar, dies gilt insbesondere für die derzeit zirkulierende Deltavariante und möglicherweise noch mehr für die Omikronvariante. Die Übertragung durch Tröpfchen und Aerosole spielt eine besondere Rolle – v.a. in Innenräumen. Das Infektionsrisiko kann selbstwirksam durch das individuelle Verhalten (AHA+L-Regeln s.o.) reduziert werden. ... Die Schwere der durch die Variante Omikron verursachten Erkrankung lässt sich derzeit noch nicht abschätzen."*
- 58 Hiernach bestehen fraglos ernst zu nehmende Anhaltspunkte dafür, dass die Omikron-Variante noch leichter übertragbar ist als die bisher im Bundesgebiet vorherrschende Delta-Variante. Offen ist, ob und wie die Omikron-Variante die Schutzwirkung der Impfung und die Krankheitsschwere, den nach § 28a Abs. 3 IfSG und auch nach § 2 Abs. 2 bis 4 der Niedersächsischen Corona-Verordnung maßgeblichen Indikator für die Notwendigkeit von Infektionsschutzmaßnahmen, beeinflusst. Es bestehen aber keine nachvollziehbaren Anhaltspunkte dafür, dass die Wirkung der bisher angeordneten Basisschutzmaßnahmen, insbesondere einer Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus, signifikant herabgesetzt oder gar aufgehoben sein könnte (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html, Stand: 8.12.2021: *"Übertragbarkeit. SARS-CoV-2 ist grundsätzlich sehr leicht von Mensch zu Mensch übertragbar, dies gilt insbesondere für die derzeit zirkulierende Deltavariante und möglicherweise noch mehr für die Omikronvariante. Die Übertragung durch Tröpfchen und Aerosole spielt eine besondere Rolle - v.a. in Innenräumen. Das Infektionsrisiko kann selbstwirksam durch das individuelle Verhalten (AHA+L-Regeln s.o.) reduziert werden. ..."*; und dahingehend auch der Antragsgegner im Schriftsatz v. 15.12.2021, S. 6 = Blatt 31R der Gerichtsakte).

- 59 Auch der weitergehende Hinweis des Ordnungsgebers in der Begründung zur Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 11. Dezember 2021 (S. 14 f. der Online-Verkündung), in der Stellungnahme zur Bundestagsanhörung am 8. Dezember 2021 hätten die Sachverständigen Prof. Dr. Christian Karagiannidis, Prof. Dr. Michael Meyer-Hermann, Prof. Dr. Kai Nagel und Prof. Dr. Viola Priesemann einen "Notschutzschalter" gefordert, ist in diesem Zusammenhang nicht nachzuvollziehen. Diese Forderung bezieht sich zum einen auf bisher nicht belegte, rein rechnerische Annahmen zur Gefährlichkeit der Variante Omikron (so auch der Antragsgegner im Schriftsatz v. 15.12.2021, S. 6 = Blatt 31R der Gerichtsakte). Unabhängig davon wird die Aktivierung des "Notschutzschalters" erst gefordert, wenn die Abschätzung der wöchentlichen Omikron-Inzidenz (Sic!) für die Folgewoche höher als 350 liegt (so ausdrücklich Karagiannidis/Meyer-Hermann/Nagel/Priesemann, Stellungnahme zur Bundestagsanhörung am 8.12.2021, veröffentlicht unter www.bundestag.de/resource/blob/870924/402c53a9b5797274d925d937eeb466de/erste-Stellungnahme-von-Prof-Dr-Karagiannidis-Prof-Dr-Meyer-Hermann--data.pdf, Stand: 15.12.2021: *"Die Omikron-Inzidenzen müssen separat ausgewiesen werden. Daraus kann die wöchentliche Steigerung der Omikron-Inzidenzen berechnet werden. Aus der wöchentlichen Omikron-Inzidenz sowie deren wöchentlicher Steigerung kann die Wocheninzidenz für die Folgewoche abgeschätzt werden. Spätestens wenn diese Abschätzung für die Folgewoche höher als 350 liegt, muss der Notschutzschalter (s.u.) aktiviert werden. Der genaue Grenzwert der Abschätzung bei genauerer Kenntnis der Hospitalisierungsrate von Omikron angepasst werden."*). Eine solche Situation, für deren Eintritt der Ordnungsgeber bereits in § 3a der Niedersächsischen Corona-Verordnung eine Regelung getroffen hat, besteht bisher in Niedersachsen auch nach der Darstellung des Antragsgegners nicht.
- 60 **(2)** Obwohl es danach für den Ausgang dieses Verfahrens nicht mehr entscheidungserheblich ist, weist der Senat darauf hin, dass das Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden in seiner konkreten Ausgestaltung durch § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung auch mit Blick auf die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist.
- 61 Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.2.2012 - 1 BvL 14/07 -, BVerfGE 130, 240, 252 - juris Rn. 40; Beschl. v. 15.7.1998 - 1 BvR 1554/89 u.a. -, BVerfGE 98, 365, 385 - juris Rn. 63). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.7.2012 - 1 BvL 16/11 -, BVerfGE 132, 179, 188 - juris Rn. 30; Beschl. v. 21.6.2011 - 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 69 - juris Rn. 65; Beschl. v. 21.7.2010 - 1 BvR 611/07 u.a. -, BVerfGE 126, 400, 416 - juris Rn. 79).
- 62 Hiernach sind die sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Grenzen für die Infektionsschutzbehörde weniger streng (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.4.2020 - OVG 11 S 22/20 -, juris Rn. 25). Auch kann die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit nicht eingefordert werden (vgl. Hamburgisches OVG, Beschl. v. 26.3.2020 - 5 Bs 48/20 -, juris Rn. 13). Zudem ist die sachliche Rechtfertigung nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten (vgl. Senatsbeschl. v. 14.4.2020 - 13 MN 63/20 -, juris Rn. 62). Auch die Überprüfbarkeit der Einhaltung von Ge- und Verboten kann berücksichtigt werden (vgl. Senatsbeschl. v. 9.6.2020 - 13 MN 211/20 -, juris Rn. 41).
- 63 Nach diesem Maßstab dürfte zwar der abstrakte Ansatz des Ordnungsgebers, Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels mit "Gütern des täglichen Bedarfs oder zur Grundversorgung der Bevölkerung" von der 2-G-Regelung auszunehmen und zu diesen Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels auch Ungeimpften weiterhin den Zutritt zu gewähren (vgl. die Begründung zur Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung v. 11.12.2021, S. 23 der Online-Verkündung), nicht zu beanstanden sein. Dies gilt aber nicht für die konkrete Umsetzung dieses Ansatzes in § 9a Abs. 1 Satz 2 der Niedersächsischen Corona-Verordnung. Nachvollziehbare sachliche Gründe dafür, dass einerseits zwar Gartenmarktgüter (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 der Niedersächsischen Corona-Verordnung), Güter des Blumenhandels einschließlich der Güter des gärtnerischen Facheinzelhandels (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 der Niedersächsischen Corona-Verordnung) und Güter zur Reparatur und Instandhaltung von Elektronikgeräten (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 der Niedersächsischen Corona-Verordnung) zu den "Gütern des täglichen Bedarfs oder zur Grundversorgung der Bevölkerung" gezählt werden, andererseits aber Baumärkte, soweit sie nicht ausnahmsweise der Schwerpunktregel des § 9a Abs. 1 Satz 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung unterfallen, uneingeschränkt der 2-G-Regelung unterworfen bleiben, ergeben sich nicht aus der Verordnungsbegründung (vgl. die Begründung zur Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung v. 11.12.2021, S. 23 der Online-Verkündung), nicht aus dem Vorbringen des Antragsgegners im Verfahren (vgl. den Schriftsatz des Antragsgegners v. 15.12.2021, S. 14 f. = Blatt 35R der Gerichtsakte) und sind für den Senat auch sonst nicht offensichtlich.
- 64 **b. Gewichtige Belange der Antragstellerin, betroffener Dritter und der Allgemeinheit überwiegen** auch die für den weiteren Vollzug der Ordnungsregelung bis zu einer Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren sprechenden Gründe.

Dabei erlangen die erörterten Erfolgsaussichten des in der Hauptsache gestellten oder zu stellenden Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Normenkontrollverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag in der Hauptsache noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn die angegriffene Norm erhebliche Grundrechtseingriffe bewirkt, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweist (vgl. Senatsbeschl. v. 11.5.2020 - 13 MN 143/20 -, juris Rn. 36; Bayerischer VGH, Beschl. v. 30.3.2020 - 20 NE 20.632 -, juris Rn. 31).

- 66 Schon hiernach wiegt das Interesse der Antragstellerin an der einstweiligen Außervollzugsetzung schwer. Hinzu kommt, dass Rechtsschutz in der Hauptsache ersichtlich nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und sich deshalb die Grundrechtsverletzung der Antragstellerin perpetuieren würde. Hinzu treten die offensichtlichen Auswirkungen für andere konkret betroffene Normadressaten und die Allgemeinheit. Dies sind zunächst die mit dem Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels verbundenen Nachteile für die unmittelbar betroffenen ungeimpften Kunden. Dies sind aber auch die erheblichen negativen Auswirkungen für die Betriebe und Einrichtungen des Einzelhandels, die sich einerseits in einem deutlich erhöhten Kontrollaufwand und andererseits in nicht unerheblichen Umsatzeinbußen zeigen (vgl. hierzu bspw. <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/2G-im-Einzelhandel-Genervte-Kunden-und-Erklaerungsbedarf,einzelhandel432.html>).
- 67 Den so beschriebenen und gewichteten Aussetzungsinteressen stehen keine derart schwerwiegenden öffentlichen Interessen gegenüber, dass eine Außervollzugsetzung der voraussichtlich rechtswidrigen Verordnungsregelung im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes unterbleiben müsste. Der Senat sieht unter Berücksichtigung der in den zurückliegenden Niedersächsischen Corona-Verordnungen getroffenen Infektionsschutzmaßnahmen und des aktuellen Infektionsgeschehens auch im Land Niedersachsen keine Anhaltspunkte dafür, dass das in § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung angeordnete Verbot des Zutritts zu Betrieben oder Einrichtungen des Einzelhandels für ungeimpfte Kunden ein wesentlicher Baustein in der Strategie der Pandemiebekämpfung des Antragsgegners ist. Dies ergibt sich auch nicht aus der maßgeblich politischen Festlegung in der Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 2. Dezember 2021. Dagegen spricht auch die dargestellte begrenzte Wirkung dieser Infektionsschutzmaßnahme. Schließlich ist der Antragsgegner durch die vorläufige vollständige (vgl. zur Unzulässigkeit von Normergänzungen im Normenkontrollverfahren: Senatsbeschl. v. 14.5.2020 - 13 MN 156/20 -, juris Rn. 5 m.w.N.) Außervollzugsetzung des § 9a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Corona-Verordnung nicht gehindert, eine neue, sich auf das Erforderliche und Angemessene beschränkende und aktuelle Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen berücksichtigende Maßnahme anzuordnen.
- 68 **3.** Die einstweilige Außervollzugsetzung wirkt nicht nur zugunsten der Antragstellerin in diesem Verfahren; sie ist allgemeinverbindlich (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 611). Der Antragsgegner hat die Entscheidungsformel in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO unverzüglich im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen.
- 69 **II.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 70 **III.** Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Es entspricht der Praxis des Senats, in Normenkontrollverfahren in der Hauptsache nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO grundsätzlich den doppelten Auffangwert im Sinne des § 52 Abs. 2 GKG, mithin 10.000 EUR, als Streitwert anzusetzen (vgl. Senatsbeschl. v. 31.1.2019 - 13 KN 510/18 -, Nds. Rpfl. 2019, 130 f. - juris Rn. 29). Dieser Streitwert ist für das Verfahren auf sofortige Außervollzugsetzung der Verordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO zu halbieren.
- 71 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:
<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE210004286&psml=bsndprod.psm1&max=true>