



# Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 B 479/21

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

– Antragstellerin –

Prozessbevollmächtigte:

**g e g e n**

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch die Senatorin für Gesundheit, Frauen und Verbraucherschutz,  
Contrescarpe 72, 28195 Bremen,

– Antragsgegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Sperlich, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. K. Koch und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. N. Koch am 4. Januar 2022 beschlossen:

**Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.**

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

**Der Streitwert wird zum Zwecke der Kostenberechnung auf 10.000,00 Euro festgesetzt.**

## **Gründe**

I. Die Antragstellerin wendet sich gegen Zugangsbeschränkungen im Einzelhandel („2-G-Zugangsmodell“) und die ihr dadurch auferlegten Kontrollpflichten.

Die Antragstellerin ist ein Einzelhandelsunternehmen und betreibt bundesweit, unter anderem in ..., ... Filialen. Sie hat rund ... Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen und vertreibt im Wesentlichen Einzelhandelsprodukte aus dem Textilsortiment sowie Wohn- und Dekorationsartikel und Schmuck.

Am 30.09.2021 wurde im Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen die Neunundzwanzigste Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 28.09.2021 (Neunundzwanzigste Coronaverordnung, Brem.GBl. S. 658) verkündet. Diese wurde zuletzt durch die Sechste Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen vom 22.12.2021 (Brem.GBl. S. 923) geändert. Die durch die Antragstellerin angegriffenen Regelungen wurde im Wesentlichen durch die Vierte Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 03.12.2021 (Brem.GBl. S. 766) eingefügt und durch die Sechste Änderungsverordnung geändert. Sie lauten auszugsweise:

### „§ 3

Testungen, Ausnahmen für geimpfte oder genesene Personen, Zugangsmodelle

(1) [...]

(2) [...]

(3) [...]

(4) [...]

(4a) Ist nach Bekanntmachung des Senats in der Stadtgemeinde Bremen oder des Magistrats in der Stadtgemeinde Bremerhaven nach § 1 Absatz 4 Satz 1 die Warnstufe 2 erreicht, müssen Personen vor dem Betreten der oder der Teilnahme an den in Absatz 4 Nummer 1 bis 6 genannten Einrichtungen oder Veranstaltungen einen Nachweis nach Absatz 5 (2-G-Zugangsmodell) vorlegen; ist Warnstufe 3 erreicht, müssen sie für den Besuch einer Diskothek, eines Clubs, einer Bar oder einer Festhalle darüber hinaus ein negatives Ergebnis einer Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen (2-G-plus-Zugangsmodell). Satz 1 gilt auch für Einrichtungen des Einzelhandels, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs und der Grundversorgung dienen; sowie für den Verkauf von Speisen und Getränken unter freiem Himmel zum Vor-Ort-Verzehr; ausgenommen

hiervon sind insbesondere Lebensmittelgeschäfte, Wochenmärkte in dem nach § 67 Gewerbeordnung genehmigten Umfang, wobei die Ausweitung der jeweiligen Randsortimente unzulässig ist, landwirtschaftlicher Direktverkauf, Hofläden, Abhol- und Lieferdienste für Lebensmittel, Getränkemärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Reformhäuser, Drogerien, Babyfachmärkte, Optiker und Hörgeräteakustiker, Buchhandlungen, Tankstellen und Zeitungsverkaufsstellen, Banken und Sparkassen, Poststellen, Reinigungen und Waschsaisons, Tierbedarfshandel und Futtermittelmärkte, Bau- und Gartenbaumärkten, Verkaufsstellen für Schnittblumen, Topfblumen und Topfpflanzen sowie für Blumengestecke und Grabschmuck sowie des gärtnerischen Facheinzelhandels wie Gärtnereien, Gartencenter und Gartenmärkte, Kraftfahrzeug- und Fahrradwerkstätten, Verkaufsstellen für Fahrkarten des Öffentlichen Personenverkehrs, der Großhandel und Gemischtwarenläden, sofern sie im Schwerpunkt Waren des täglichen Bedarfs oder der Grundversorgung anbieten.

(4b) [...]

(5) Für das 2-G-Zugangsmodell hat der Betreiber oder die Betreiberin eines Betriebs oder einer Einrichtung nach Absatz 4 oder die verantwortliche Person für eine Veranstaltung im Sinne des § 7 sicherzustellen, dass Zutritt nur erhält, wer

- a) über einen Impfnachweis nach Absatz 3 Nummer 1 verfügt,
- b) über einen Genesenennachweis nach Absatz 3 Nummer 2 verfügt,
- c) über ein negatives Ergebnis einer Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 verfügt, wenn er oder sie aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vornehmen lassen und dies durch ärztliche Bescheinigung nachweisen kann,
- d) nach Vollendung des 16. Lebensjahres über eine Schulbescheinigung nach Absatz 3 Nummer 3 verfügt oder
- e) das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

(6) [...]“

Die Antragstellerin macht geltend, es fehle für die Regelung bereits an einer ordnungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage. Die Regelung erweise sich außerdem als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit.

Insgesamt sei festzustellen, dass aktuelle Berichte zur Abschätzung des Infektionsrisikos im Einzelhandel durchweg zu dem Ergebnis kämen, dass im Einzelhandel bei den gegenwärtigen Vorsichtsmaßnahmen kein besonderes Infektionsrisiko bestehe. So seien unter anderem für den Zeitraum Mitte März bis Ende Oktober 2020 Daten über die Erkrankung von rund 331.000 Beschäftigten im Einzelhandel ausgewertet und mit einer Vergleichsgruppe in der Allgemeinbevölkerung verglichen worden. In diesem Zeitraum seien etwa 0,6 % der Beschäftigten im Einzelhandel an dem Virus erkrankt. In der Vergleichsgruppe habe der Anteil bei 0,8 % gelegen. Damit liege das Mittel der Infektionen im Einzelhandel unterhalb der entsprechenden Altersgruppe der Allgemeinbevölkerung.

Ein Gutachten der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin habe ergeben, dass die Kontaktdauer im Einzelhandel typischerweise kürzer als 15 Minuten sei, d.h. kürzer als die Zeit, die als Mindestkontaktdauer als Definition von Hochrisikokontakten angewendet

werde. In einer Untersuchung der TU Berlin sei die Risikobewertung für eine Infektion anhand der Betrachtung verschiedener Aerosolkonzentrationen in Besprechungsräumen, Büroräumen, Klassenzimmern, Restaurants, Supermärkten, Veranstaltungsräumen und Wohnzimmern vorgenommen worden. Das Risiko im Supermarkt sei von allen untersuchten Räumen am geringsten.

§ 32 Satz 1 und 2 IfSG enthalte keine besondere Ermächtigung, um Privaten Verpflichtungen zur Kontrolle von Impfdokumenten oder Ausweispapieren aufzuerlegen. Die Verpflichtung zur Kontrolle von Immunisierungsnachweisen finde in keinem der Regelbeispiele des § 28a Abs. 1 IfSG einen hinreichenden Anknüpfungspunkt. Auch die Neufassung des § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 IfSG regle zwar „die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs“. Dies stelle jedoch keine Grundlage für eine ausnahmslose und besonders intensive Kontrolle der Nachweise dar.

Auch die Generalklausel in § 28 Abs. 1 IfSG allein genüge für die Kontrollpflichten nicht den Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage. Bei den Kontrollpflichten nach § 3 Abs. 5 der Coronaverordnung handele es sich nicht um „Schutzmaßnahmen“ im Sinne der Norm. Sie dienten vielmehr der Überwachung und dem Vollzug der angeordneten Beschränkung. Es handele sich um eine Indienstrafe der Antragstellerin, für die eine eigene Ermächtigungsgrundlage erforderlich wäre. § 28 Abs. 1 IfSG lasse den Bürger nicht erkennen, dass diese Norm nicht nur die Anordnung von staatlichen Schutzmaßnahmen erlaube, sondern auch seine Heranziehung zur dauernden Mitwirkung an staatlichen Vollzugsaufgaben gegenüber Dritten.

Die Coronaverordnung genüge nicht den formalen Anforderungen des § 28a Abs. 5 IfSG, da sie gegen die Begründungspflicht verstoße. Die Verordnung vom 28.09.2021 enthalte eine Begründung, die nachfolgenden Änderungen aber nicht. Die Begründung sei nicht in einem rechtsförmigen Verfahren veröffentlicht worden.

Die Regelung von Kontrollpflichten nur für bestimmte Einzelhandelsgeschäfte verstoße zudem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Jedenfalls entspreche die Abgrenzung der kontrollpflichtigen von den insoweit privilegierten Betriebstypen nicht den verfassungsmäßigen Anforderungen, da mit den Buchhandlungen und Gartenbaumärkten Geschäfte privilegiert seien, die nicht zum täglichen Bedarf zählten. Der Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers werde überschritten, wenn ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehle. Die Privilegierung von Buchhandlungen und Gartenmärkten gegen-

über dem sonstigen Einzelhandel sei rechtswidrig. Es sei kein sachlicher Grund dafür erkennbar, warum Gartenmärkten – zumal im Winter – ein besonderes Gewicht in der Grundversorgung der Bevölkerung zugebilligt werde, obwohl dies schon in der Vergangenheit in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht standgehalten habe. Entsprechendes gelte für die Privilegierung der Buchhandlungen. Die Beschaffung von Literatur sei für die Grundversorgung typischerweise nicht dringender als die von Bekleidung.

Ein weiterer Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege in den Regelungen mit Bezug auf den Einzelhandel mit gemischten Sortimenten. Diesen lasse die Antragsgegnerin in § 3 Abs. 4a der Coronaverordnung unbeschränkt zu, solange die in der Norm besonders genannten Waren den Schwerpunkt bildeten. In den Non-Food-Sortimenten etwa des Lebensmitteleinzelhandels würden jedoch verbreitet Waren des längerfristigen Bedarfs – z. B. Haushaltsgeräte und Textilien – verkauft. Der Lebensmitteleinzelhandel spiele im Verkauf von Bekleidung eine ganz wesentliche Rolle. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. In der Begründung zur Coronaverordnung gehe die Verordnungsgeberin auf die Zulassung der gemischten Sortimente nicht besonders ein.

Die „2-G“-Regelung für den Einzelhandel greife als Betriebseinschränkungen in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG der Antragstellerin ein. Dieser schwerwiegende Eingriff sei verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Die Erfahrungen aus dem durchgehend geöffneten, insbesondere lebensmittelbezogenen Einzelhandel zeigten, dass es bei konsequenter Einhaltung von Maskenpflicht und Hygiene- und Sicherheitskonzepten zu keiner relevanten Ausbreitung des Coronavirus durch das bloß zeitweise Aufeinandertreffen von Menschen innerhalb eines Ladengeschäfts komme. Nach Einschätzung der Antragstellerin stelle insbesondere eine verschärfte Maskenpflicht, z. B. die Verpflichtung zum Tragen von FFP2-Masken, eine vergleichbar wirksame, aber deutlich weniger in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin eingreifende Maßnahme dar, um die Infektionsgefahren im gesellschaftlichen Leben weiter zu reduzieren. Dies habe kürzlich das Niedersächsische Obergericht zu der vergleichbaren dortigen Regelung erkannt. In jedem Fall erweise sich die Kontrollverpflichtung nicht mehr als angemessen. Eingriffszweck und Eingriffsintensität stünden nicht mehr in dem notwendigen angemessenen Verhältnis.

Mittlerweile gebe es zahlreiche Studien, aus denen hervorgehe, dass das Infektionsrisiko beim Einkaufen in einem Einzelhandelsbetrieb aufgrund der geringen Kontaktdauer vergleichsweise gering sei. Die Infektionen erfolgten nach den vorliegenden Studien – jedenfalls seit der Umsetzung der Hygienemaßnahmen im Einzelhandel – tatsächlich vor allem

im privaten Umfeld, in der Schule und am Arbeitsplatz. Anders als zunächst befürchtet komme dem stationären Einzelhandel daher keine besondere Bedeutung für die Entwicklung des Infektionsgeschehens zu. Demgegenüber gebe es ganz erhebliche Risiken für die Einzelhandelsbeschäftigten, denen nunmehr die Kontrollverpflichtung aufgebürdet würden. Angesichts der fortschreitenden Zuspitzung der gesellschaftlichen Konflikte über angemessene Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nähmen auch die Risiken zu, die mit der Rechtsdurchsetzung verbunden seien. Aggressives Verhalten, Beleidigungen und Angriffe gehörten im Zusammenhang mit Corona-Maßnahmen oder Corona-Kontrollen mittlerweile bundesweit zur Tagesordnung.

Selbst wenn die Erfolgsaussichten als offen erachtet werden würden, ginge die vorzunehmende Folgenabwägung zugunsten der Antragstellerin aus. Die Risiken für die Beschäftigten der Antragstellerin durch wiederholte Rechtsgutsverletzungen und die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Antragstellerin selbst seien bereits gravierend und nähmen weiter zu. Die Kontrollverpflichtungen führten zu Umsatzeinbußen und Mehraufwendungen für die Antragstellerin, die voraussichtlich nicht durch staatliche Hilfsprogramme ausgeglichen würden. Die Folgen der Kontrollverpflichtung würden auch nicht dadurch abgemildert, dass sie zeitlich befristet seien. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Beschränkungen bis in das kommende Frühjahr andauern würden. Würde das Gericht die Kontrollverpflichtung für den Einzelhandel vorläufig außer Vollzug setzen, den Antrag in der Hauptsache später jedoch zurückweisen, wären die damit verbundenen Folgen deutlich geringer. Es bestünden bewährte Hygienekonzepte, auf die der Einzelhandel zurückgreifen könne. Hinzukämen ergänzende Möglichkeiten, um das Übertragungsrisiko zu verringern, etwa die verpflichtende Verwendung von FFP2-Masken.

Zuletzt verweist die Antragstellerin ergänzend auf einen Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, wonach Bekleidung zu den Grundbedürfnissen des Menschen gehöre, deren Bedeutung für die Allgemeinheit nicht hinter Schuhen, Büchern, Schnittblumen und Gartengeräten zurücktrete.

Die Antragstellerin beantragt,

durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO die Neunundzwanzigste Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Corona-VO) vom 28. September 2021; zuletzt geändert durch Verordnung vom 9. Dezember 2021 (Brem.GBl. S. 790), bis zur Entscheidung in der Hauptsache insoweit außer Vollzug zu setzen, als darin durch § 3 Abs. 4a und Abs. 5 Corona-VO den Betreibern oder Betreiberinnen eines Betriebs für Einrichtungen des Einzelhandels auferlegt wird, sicherzustellen, dass nur die in § 3 Abs. 5 lit. a-e bestimmten Personen Zutritt erhalten.

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten.

Die Neunundzwanzigste Coronaverordnung sei formell und materiell rechtmäßig. Sie finde ihre Ermächtigungsgrundlage in § 32 i. V. m. § 28, § 28a IfSG. In § 28a Abs. 7 IfSG werde – unabhängig von der durch den deutschen Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite – ausdrücklich genannt, dass die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises statuiert und der Zugang zu bestimmten Einrichtungen ohne eine solche Vorlage beschränkt werden könne. Der Bundesgesetzgeber habe die Regelungen gerade für den hier von der Antragstellerin angegriffenen Fall geschaffen. Hiervon habe die Verordnungsgeberin in § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung Gebrauch gemacht.

Die Ausführungen zur angeblich fehlenden Begründung seien nicht nachvollziehbar. Seit Dezember 2020 sei jede Coronaverordnung und Änderungsverordnung entsprechend § 28a Abs. 5 IfSG begründet worden. Die Begründungen seien jeweils auf den Internetseiten „Amtliche Bekanntmachungen“ der Freien Hansestadt Bremen veröffentlicht worden. Ein entsprechender Hinweis hierauf sei in den Tageszeitungen der Stadtgemeinden Weser Kurier und Nordsee Zeitung erfolgt.

Die Regelungen in § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung seien auch nicht gleichheitswidrig. Zwischen Bekleidungsgeschäften, wie denen der Antragstellerin, und den privilegierten Geschäften bestehe ein qualitativer Unterschied. Es sei nicht willkürlich, auch Gartenartikel als solche des täglichen Bedarfs einzuordnen. Diese würden auch zur Winterzeit z. B. zur Grabpflege und von Kleingärtnern benötigt. Auch der Buchhandel sei als Geschäft des täglichen Bedarfs anzusehen. Es sei jedoch kaum erforderlich, dass Menschen sich täglich mit neuer Kleidung versorgten. Darüber hinaus unterschieden sich die in der angefochtenen Regelung aufgezählten Geschäfte darin, dass der tägliche Bedarf in der Regel innerhalb sehr kurzer Zeit gedeckt werden könne und ein langes Verweilen in den Geschäften eher ungewöhnlich sei. Demgegenüber werde der Besuch von Bekleidungsgeschäften von einem großen Teil der Bevölkerung als Freizeitbeschäftigung verstanden, was mit einer deutlich höheren Verweildauer einherginge. Damit steige auch das Infektionsrisiko. Auch der Vergleich mit Geschäften mit einem gemischten Sortiment führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Bei Geschäften, die zu einem überwiegenden Teil z. B. Lebensmittel anböten, liege der Schwerpunkt im Verkauf von Waren des täglichen Bedarfs. Die Kunden und Kundinnen besuchten das Geschäft in erster Linie, um die Grundversorgung abzudecken und würden kein verlässliches Sortiment an sogenannten Aktionsverkäufen erwarten. Insofern finde auch im Vergleich mit Gemischtwarenläden keine gleichheitswidrige Unterscheidung statt.

Die angefochtenen Regelungen stellten auch verhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte der Antragstellerin dar. Die Regelungen in § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung verfolgten einen legitimen Zweck, seien geeignet, diesen Zweck zu erreichen, und auch erforderlich. Ein milderer Mittel sei nicht ersichtlich. Grundsätzlich sollten Kontakte reduziert werden. Orte, an denen sich Menschen aufhielten, müssten daher entweder vollständig geschlossen oder in ihrem Zugang beschränkt werden. Die Verordnungsgeberin habe entschieden, bestimmte Bereiche so zu gestalten, dass das Infektionsrisiko so gering wie möglich gehalten werde.

Die Eingriffe in die Rechte der Antragstellerin stünden in einem angemessenen Verhältnis zu den Schutzgütern des Gesundheitsschutzes und der Verhinderung der Überlastung des Gesundheitswesens. Dass es bei Kontrollen zu Anfeindungen der Beschäftigten der Antragstellerin komme, führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Auch der Zutritt unter „3-G“-Voraussetzungen oder eine Maskenpflicht führe zwangsläufig dazu, dass Menschen, die mit diesen Regeln nicht einverstanden seien, dies zum Ausdruck brächten. Dies könne jedoch nicht dazu führen, keine Regelungen zum Gesundheitsschutz aufzustellen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte verwiesen.

II. Der Normenkontrolleilantrag ist zugunsten der Antragstellerin gemäß §§ 88, 122 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sachgerecht dergestalt auszulegen, dass sie die vorläufige Außervollzugsetzung des § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung in der derzeit geltenden Fassung begehrt. Die Neunundzwanzigste Coronaverordnung – einschließlich der von der Antragstellerin angegriffenen Regelung in § 3 Abs. 4a – wurde zuletzt durch die Sechste Änderungsverordnung vom 22.12.2021 geändert und gilt seit dem 28.12.2021 befristet bis zum 14.01.2022. Unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin die angegriffene Regelung in ihrer aktuell geltenden Fassung zum Gegenstand des Normenkontrolleilverfahrens machen will, obgleich sie ihren Antrag nicht geändert hat.

Der so verstandene Normenkontrolleilantrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Normenkontrolleilantrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Als Einzelhandelsunternehmen mit Filialbetrieb in Bremen unterfällt sie den angegriffenen Regelungen der § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwan-



zigsten Coronaverordnung. Die darin normierte Zugangsbeschränkung mit Kontrollverpflichtung lassen eine Verletzung der Antragstellerin in ihrem Recht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG jedenfalls als möglich erscheinen.

## 2. Der Eilantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Erlass der von den Antragstellerin beantragten einstweiligen Anordnung ist bei summarischer Prüfung nicht gemäß § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwendung ihr drohender schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten.

a) Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14, juris Rn. 12). Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffene Norm in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthält oder begründet, so dass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 09.04.2020 - 1 B 97/20, Rn. 18 m.w.N.).

Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein 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 des Antragstellers, 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 im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag nicht (hinreichend) abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 4 VR 5.14, juris Rn. 12).

**2.** Nach diesen Maßstäben kommt eine vorläufige Außervollzugssetzung der mit dem Normenkontrollantrag angegriffenen Regelungen nicht in Betracht.

§ 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung sind von einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage getragen (a)). Zudem werden sie sich voraussichtlich als formell (b)) und materiell (c)) rechtmäßig erweisen.

**a)** Entgegen der Auffassung der Antragstellerin finden die streitgegenständlichen Regelungen in § 32 Satz 1 und 2 IfSG i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage (vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 23.12.2021 - 13 B 1901/21.NE, juris Rn. 48). Danach sind die Landesregierungen bzw. die von ihnen bestimmten Stellen – unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite – ermächtigt, zur Bekämpfung der Corona-Pandemie die notwendigen Schutzmaßnahmen zu erlassen, wozu nach dem Willen des Gesetzgebers die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Betrieben und Einrichtungen gehören können. Diese Normen ermöglichen es somit, den Zugang zu diesen Betrieben und Einrichtungen und Einrichtungen an den Nachweis der Impfung oder Genesung zu knüpfen (vgl. OVG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 14.12.2021, 3 MR 31/21, juris Rn. 14; NdsOVG, Beschl. v. 16.12.2021 - 13 MN 477/21, juris Rn. 25; VG Hamburg, Beschl. v. 21.12.2021 - 21 E 5155/21, S. 6). Dass dies zugleich Kontrollpflichten des jeweiligen Betreibers beinhaltet, ist der Vorschrift immanent.

Auch § 28 Abs. 1 IfSG selbst ist mit Blick auf die Bestimmtheit der getroffenen Regelungen und deren Vereinbarkeit mit dem Vorbehalt des Gesetzes nach der ständigen Rechtsprechung des Senats als verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage anzusehen (vgl. zuletzt OVG Bremen, Beschl. v. 21.12.2021 - 1 B 475/21, BeckRS 2021, 39768 Rn. 30 m.w.N.).

**b)** Die Neunundzwanzigste Coronaverordnung in ihrer zuletzt geänderten Fassung ist formell rechtmäßig. Sie ist von der Senatorin für Gesundheit, Frauen und Verbraucherschutz erlassen worden. Auf diese hat der Senat (Landesregierung) die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 32 Satz 1 IfSG gemäß § 6 Satz 1 der Bremischen Verordnung über die zuständigen Behörden nach dem Infektionsschutzgesetz i. V. m. § 32 Satz 2 IfSG wirksam übertragen (OVG Bremen, Beschl. v. 22.04.2020 - 1 B 111/20, juris Rn. 33). Die Neunundzwanzigste Coronaverordnung ist am 30.09.2021, die Vierte Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung am 03.12.2021 und die Sechste Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung am 23.12.2021 ordnungsgemäß im Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen bekanntgemacht worden.

Auch die formellen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung nach § 28a Abs. 7 Satz 3 i. V. m. § 28a Abs. 5 IfSG wurden eingehalten. Nach dieser Vorschrift sind Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Diese Vorgaben gelten gemäß § 28a Abs. 7 Satz 3 IfSG entsprechend für Schutzmaßnahmen nach § 28a Abs. 7 Satz 1 IfSG. Die Begründung muss entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht unmittelbar zusammen mit der Verordnung veröffentlicht werden. Es genügt vielmehr eine zeitnahe Veröffentlichung nach Erlass der Rechtsverordnung (BT-Drs. 19/24334, S. 74). Die Begründungspflicht dient dazu, die wesentlichen Entscheidungsgründe für die getroffenen Maßnahmen transparent zu machen. Es muss eine Erläuterung dazu enthalten sein, in welcher Weise die Schutzmaßnahmen im Rahmen eines Gesamtkonzepts der Infektionsbekämpfung dienen. Nicht erforderlich ist indes eine „empirische und umfassende Erläuterung“ (BT-Drs. 19/24334, S. 74). Diese Voraussetzungen sind durch die Begründungen der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung (Amtliche Bekanntmachung vom 02.10.2021), der Vierten Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung (Amtliche Bekanntmachung vom 07.12.2021) und der Sechsten Verordnung zur Änderung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung (Amtliche Bekanntmachung vom 24.12.2021) gewahrt.

Die Neunundzwanzigste Coronaverordnung ist bis zum Ablauf des 14.01.2022 befristet.

c) In materieller Hinsicht erweisen sich § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung bei der im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur möglichen summarischen Prüfung voraussichtlich als rechtmäßig.

aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 32 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 IfSG sind erfüllt.

Im gesamten Bundesgebiet und derzeit insbesondere in der Freien Hansestadt Bremen sind nach Angaben des gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 IfSG hierzu berufenen Robert-Koch-Instituts (RKI) fortwährend Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider festzustellen. Das Robert Koch-Institut schätzt die Gefährdung durch COVID-19 für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Ursächlich hierfür sei das Auftreten und die rasante Verbreitung der Omikronvariante, die sich nach derzeitigem Kenntnisstand (aus anderen Ländern) deutlich schneller und effektiver verbreite als die bisherigen Virusvarianten. Dadurch sei mit einer schlagartigen Erhöhung der Infektionsfälle zu rechnen und es könne zu einer schnellen Überlastung des Gesundheitssystems und gegebenenfalls weiterer Versorgungsbereiche kommen. Die Infektionsgefährdung werde für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppen der Genesen und Geimpften mit Grundimmunisierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischimpfung (dreimalige Impfung) als moderat eingeschätzt. Mit Datenstand vom 30.12.2021 wurden 3.914 Personen mit einer COVID-19-Diagnose auf einer Intensivstation behandelt. Grundsätzlich sollten alle nicht notwendigen Kontakte vermieden werden (RKI, wöchentlicher Lagebericht vom 30.12.2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht\\_2021-12-30.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-30.pdf?__blob=publicationFile)).

Nach den vom Robert Koch-Institut veröffentlichten Fallzahlen liegt die 7-Tage-Inzidenz bundesweit aktuell bei 239,9, in der Stadtgemeinde Bremen bei 569,9 und in der Stadtgemeinde Bremerhaven bei 249,2 (RKI Dashboard, Stand: 04.01.2022, abrufbar unter: <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/Landkreise/>).

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG hat die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Diese Vorschrift wird durch § 28a IfSG weiter konkretisiert. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats können auch (sonstige) Dritte („Nichtstörer“)

Adressaten von Maßnahmen sein. Aus infektionsschutzrechtlicher Sicht maßgeblich ist insoweit allein der Bezug der durch die konkrete Maßnahme in Anspruch genommenen Person zur Infektionsgefahr (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 12.04.2021 - 1 B 123/21, juris Rn. 34 m.w.N.; NdsOVG, Beschl. v. 07.09.2021 - 13 MN 378/21, juris Rn. 24; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 06.11.2020 - 11 S 102/20, juris Rn. 28).

**bb)** Hinsichtlich Art und Umfang ihres Eingreifens verfügt die zuständige Behörde über Ermessen, welches dadurch beschränkt ist, dass es sich nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG um „notwendige Schutzmaßnahmen“ handeln muss, nämlich um Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind. Darüber hinaus sind dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 - 3 C 16.11, juris Rn. 24).

Die in § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung geregelte Zugangsbeschränkung hält voraussichtlich die sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit ergebenden Grenzen des der Verordnungsgeberin zustehenden Gestaltungsspielraums ein.

**(1)** § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung verfolgen einen legitimen Zweck. Ausweislich ihrer amtlichen Begründung dient die Vierte Änderungsverordnung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung insgesamt der Umsetzung der durch die geschäftsführende Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs am 02.12.2021 beschlossenen Maßnahmen, die ihrerseits dazu dienen sollen, die erheblich gestiegenen Infektionszahlen zu senken und das vielerorts bis an die Grenzen belastete Gesundheitssystem zu entlasten. Da das Infektionsgeschehen derzeit insbesondere von ungeimpften Menschen ausgehe, seien hier weitere Einschränkungen vorzunehmen, um die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Bereits in § 3 der Ausgangsfassung der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung wurde mit Blick auf die damals noch als Optionsmodell ausgestaltete „2-G“-Zugangsbeschränkung ausgeführt, dass auf diese Weise die Gefahr der Weiterverbreitung der Infektionen minimiert werden solle. Zu der Vierten Änderungsverordnung führt die Verordnungsgeberin unter anderem aus, Ungeimpfte hätten gewisse Einschränkungen hinzunehmen. Ab der Warnstufe 2 dürften nur noch Geimpfte und Genesene bestimmte Einrichtungen und Veranstaltungen betreten und besuchen. Dies solle erweitert werden auf Verkaufsstätten, die nicht der Grundversorgung oder der Deckung des täglichen Bedarfs dienen.

Die Regelung dient also dem legitimen Zweck, im Interesse des Schutzes von Leben und Gesundheit 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. Sowohl der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sind bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Normzwecke (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, juris Rn. 176).

**(2)** Bei summarischer Prüfung ist die Zugangsbeschränkung zu Geschäften des Einzelhandels, die nicht der Grundversorgung oder der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, zur Erreichung der verfolgten Verordnungsziele geeignet.

Eine Maßnahme ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt grundsätzlich, wenn die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Bei der Beurteilung der Eignung einer Regelung besteht eine Einschätzungsprärogative (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21 u. a., BeckRS 2021, 36492, beck-online Rn. 114). Bei der Beurteilung der Eignung einer Regelung steht dem Normgeber ein Spielraum zu, der sich auf die Einschätzung und Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse, auf die etwa erforderliche Prognose und auf die Wahl der Mittel bezieht, um die Ziele der Norm zu erreichen. Erfolgt der Eingriff – wie hier – zum Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Normgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die gerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der Eignungsprognose beschränkt (OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 27).

Daran gemessen erweist sich die angefochtene Regelung vorliegend als geeignet. Die streitgegenständlichen Beschränkungen für Verkaufsstellen des Einzelhandels bewirken – gemeinsam mit den weiteren in der Verordnung geregelten Einschränkungen – eine Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung, insbesondere von nicht immunisierten Personen, und tragen damit zu einer Reduzierung des Infektionsgeschehens bei.

Die Eignung der Maßnahme wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Zugangsbeschränkung nur für nicht immunisierte Personen gilt, sich aber auch immunisierte Personen mit dem Coronavirus infizieren und dieses weitergeben können. Denn nach den Erkenntnissen des Robert Koch-Instituts reduzieren die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe symptomatische und asymptomatische SARS-CoV-2-Infektionen mit der Delta-Variante in einem erheblichen Maße. Darüber hinaus sei die Vi-

rusausscheidung bei Personen, die trotz Impfung eine SARS-CoV-2-Infektion haben, kürzer als bei ungeimpften Personen mit SARS-CoV-2-Infektion (RKI, Stand: 21.12.2021, [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Transmission.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html)).

Auch der Umstand, dass sich nunmehr – auch in der Freien Hansestadt Bremen – verstärkt die Omikron-Variante ausbreitet, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Mit Blick auf die durch die Omikron-Variante im gesamten Bundesgebiet befürchtete schlagartige Erhöhung der Infektionsfälle führt das Robert Koch-Institut aus, dass von allen empfohlenen Maßnahmen die größten Effekte auf die Dynamik der Omikron-Welle von konsequenten und flächendeckenden Kontaktbeschränkungen und dem Einsatz von infektionspräventiven Maßnahmen zu erwarten seien (vgl. RKI, ControlCOVID - Strategie-Ergänzung zur Bewältigung der beginnenden pandemischen Welle durch die SARS-CoV-2-Variante Omikron (Stand 21.12.2021), S. 1). Selbst wenn – wie das Robert Koch-Institut angibt – anzunehmen ist, dass sich auch (zweifach) immunisierte Personen mit einer deutlich höheren Wahrscheinlichkeit mit dieser Variante infizieren werden, als dies noch bei der Delta-Variante der Fall war, ist die streitgegenständliche Regelung weiterhin zur Erreichung des von der Verordnungsgeberin verfolgten Zwecks geeignet. Denn sie trägt nicht nur durch eine Kontaktreduzierung dazu bei, mögliche Ansteckungen – auch mit der Omikron-Variante – zu vermeiden. Vielmehr ist nach einer Stellungnahme des Expertenrates der Bundesregierung davon auszugehen, dass die Immunisierung auch im Falle einer Infektion mit der Omikron-Variante jedenfalls teilweise Schutz vor schwerer Erkrankung mit COVID-19 bieten soll (vgl. Erste Stellungnahme des Expertenrates der Bundesregierung zu COVID-19 vom 19.12.2021, abrufbar unter: [https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1992410/7d068711b8c1cc\\_02f4664eef56d974e0/2021-12-19-expertenrat-data.pdf?download=1](https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1992410/7d068711b8c1cc_02f4664eef56d974e0/2021-12-19-expertenrat-data.pdf?download=1)). Hiervon ausgehend trägt die streitgegenständliche Maßnahme zu einer Schonung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten bei (so auch OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 50).

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass das Infektionsrisiko beim Einkaufen in Einzelhandelsbetrieben aufgrund der geringen Kontaktdauer vergleichsweise gering sei, zeigt sie auch damit keinen Rechtsfehler auf. Es ist bereits nicht davon auszugehen, dass sich die Kundinnen und Kunden – wie von der Antragstellerin vorgetragen – durchschnittlich nur 15 Minuten in den Geschäften aufhalten. Vielmehr liegt es beim Einkauf von Bekleidungsartikeln, die oftmals zuvor anprobiert werden, nahe, dass sich die Kundinnen und Kunden in den Einzelhandelsgeschäften auch über einen längeren Zeitraum aufhalten, so dass sich eine Ansammlung und Verbreitung von potentiell virushaltigen Tröpfchen und Aerosolen in der Luft trotz Einhaltung von Hygienemaßnahmen nicht gänzlich verhindern lassen, und

auch insoweit eine erhöhte Infektionsgefahr besteht (zu den Übertragungswegen: RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand: 26.11.2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=EDC68C2780E66BC3B3F345CC20E41682.internet102?nn=13490888#doc137767\\_92bodyText2](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=EDC68C2780E66BC3B3F345CC20E41682.internet102?nn=13490888#doc137767_92bodyText2); vgl. OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 29).

Zudem ist die Ursache von Infektionen mit dem Coronavirus derzeit nach wie vor in einer Vielzahl der Fälle nicht feststellbar. So führt das Robert Koch-Institut aus, dass sich viele Infektionsketten nicht nachvollziehen ließen. Ausbrüche träten in vielen verschiedenen Umfeldern auf. SARS-CoV-2 verbreite sich überall dort, wo Menschen zusammenkämen, insbesondere in geschlossenen Räumen (RKI, Risikobewertung, Stand: 08.12.2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)). Das Robert Koch-Institut hat zudem seine Empfehlungen mit Blick auf die pandemische Welle durch die SARS-CoV-2-Variante Omikron aktualisiert. Es empfiehlt nun, dass Zugangsbeschränkungen zu Ladengeschäften, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, sofort eingeführt und kontrolliert werden (RKI, ControlCOVID – Strategie-Ergänzung zur Bewältigung der beginnenden pandemischen Welle durch die SARS-CoV-2-Variante Omikron vom 21.12.2021, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-12-21.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-12-21.pdf?__blob=publicationFile)).

Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Verwaltungsgeberin in zahlreichen Lebensbereichen – einschließlich des Einzelhandels – Beschränkungen vorgenommen hat. Bei dem in der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung geregelten Maßnahmenpaket handelt es sich um ein Gesamtkonzept, dessen Effizienz von der Funktionsfähigkeit aller Bestandteile, einschließlich der hier angegriffenen Maßnahmen abhängt, selbst wenn das Infektionsrisiko in einigen der betroffenen Bereiche geringer sein mag als in anderen.

**(3)** Die angegriffenen Regelungen sind voraussichtlich auch erforderlich.

Grundrechtseingriffe dürfen nicht weitergehen, als es der Schutz des Gemeinwohls erfordert. Daran fehlt es, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Dabei muss jedoch die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweckerreichung in jeder Hinsicht eindeutig feststehen (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, juris Rn. 203). Dem Normgeber steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein Einschätzungsspielraum zu. Dient der Eingriff dem



Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Normgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der Eignungsprognose beschränkt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, juris Rn. 204).

Hieran gemessen hat die Ordnungsgeberin mit der Regelung der streitgegenständlichen Zugangsbeschränkungen den ihr zustehenden Einschätzungsspielraum voraussichtlich nicht überschritten. Es ist nicht erkennbar, dass sich mildere Mittel aufdrängen würden, von deren sachlicher Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung auszugehen wäre (so auch OVG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 14.12.2021, 3 MR 31/21, juris Rn. 28; OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 67; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 17.12.2021 - 1 S 3528/21, juris Rn. 153; a.A. NdsOVG, Beschl. v. 16.12.2021 - 13 MN 477/21, juris Rn. 34 ff.).

Soweit die Antragstellerin vorträgt, vor dem Hintergrund der gravierenden wirtschaftlichen Folgen für die bereits von vorangegangenen Schließungen betroffene Einzelhandelsbranche hätte die Antragsgegnerin weniger risikobehaftete Maßnahmen wie z. B. eine verschärfte Maskenpflicht durch FFP2-Masken oder eine allgemeine Impfpflicht in Erwägung ziehen müssen, vermag sie hiermit nicht durchzudringen. Eine „allgemeine Impfpflicht“, wie sie die Antragstellerin nennt, dürfte dabei bereits nicht als milderer Mittel gegenüber einem Zugangsverbot für nicht immunisierte Personen zu qualifizieren sein.

Ob es sich bei dem verpflichtenden Tragen von FFP2-Masken in Innenräumen des Einzelhandels um ein milderes Mittel handelt, begegnet ebenfalls Zweifeln, da hierdurch implizit der – deutlich überwiegende – bereits immunisierte Bevölkerungsanteil zum Erwerb teurerer FFP2-Masken verpflichtet werden würde (vgl. hierzu OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 73). Jedenfalls aber wäre eine Pflicht zum Tragen von FFP2-Masken nicht in gleicher Weise zur Zweckerreichung geeignet (a.A. NdsOVG, Beschl. v. 16.12.2021 - 13 MN 477/21, juris Rn. 40, 41). Hierdurch ließe sich die Gefahr der Virusübertragung auf nicht immunisierte Personen zwar vermindern, aber – anders als bei der durch die Zugangsbeschränkung bewirkten vollständigen Kontaktvermeidung – nicht ausschließen (OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 73; OVG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 14.12.2021, 3 MR 31/21, juris Rn. 29). Hinzu kommt, dass eine FFP2-Maske erst dann ihre optimale Filterwirkung entfaltet, wenn sie durchgängig und korrekt getragen wird. Dies ist jedoch durch die Beschäftigten der Einzelhandelsbetriebe kaum zuverlässig kontrollierbar und würde zudem mit einem erheblich höheren Zeitaufwand und Konfliktpotential einhergehen als die einmalige Unterscheidung von immunisierten und nicht immunisierten Personen im Rahmen der Zugangskontrolle.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, es müsse berücksichtigt werden, dass das Infektionsrisiko im Einzelhandel vergleichsweise gering sei und die angegriffenen Regelungen bereits aus diesem Grund nicht erforderlich seien, greift dieser Einwand nicht durch. Die Verordnungsgeberin ist nicht darauf beschränkt, nur in den Bereichen Infektionsschutzmaßnahmen zu treffen, die in der Vergangenheit bereits eindeutig als typische „Treiber“ der Pandemie identifiziert wurden (vgl. OVG Schlesw.-Holst., Beschl. v. 14.12.2021, 3 MR 31/21, juris Rn. 30). Das Robert Koch-Institut empfiehlt mit Blick auf die Omikronvariante derzeit maximale Kontaktbeschränkungen und maximale infektionspräventive Maßnahmen. Dies schließt als Maßnahme den „Zugang zu Ladengeschäften mit 2G, aber mit MNS/FFP2“ bis Mitte Januar 2022 ein (vgl. RKI, ControlCOVID – Strategie-Ergänzung zur Bewältigung der beginnenden pandemischen Welle durch die SARS-CoV-2-Variante Omikron (Stand 21.12.2021), S. 2).

**(4)** Bei summarischer Prüfung ergeben sich schließlich keine durchgreifenden Zweifel an der Angemessenheit der Regelungen in § 3 Abs. 4a und 5 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung bzw. deren Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Es ist Aufgabe des Normgebers, in einer Abwägung Reichweite und Gewicht des Eingriffs in Grundrechte einerseits der Bedeutung der Regelung für die Erreichung legitimer Ziele andererseits gegenüberzustellen. Um dem Übermaßverbot zu genügen, müssen hierbei die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelnen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden. Umgekehrt wird ein Handeln des Normgebers umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u. a., juris, Rn. 216). Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Normgebers. Die gerichtliche Prüfung bezieht sich dann darauf, ob der Normgeber seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 u. a., juris, Rn. 217).

Die Verordnungsgeberin hat den ihr danach zustehenden Einschätzungsspielraum voraussichtlich nicht überschritten. Die Zugangsbeschränkungen für den Einzelhandel greifen zwar als Berufsausübungsregelungen in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG (OVG Schlesw.-Holst., Beschluss vom 14.12.2021 - 3 MR 31/21, juris Rn. 22) und in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) potentieller,

nicht immunisierter Kunden ein. Diese Grundrechtspositionen werden jedoch nicht unbeschränkt gewährt, sondern unterliegen einem Gesetzesvorbehalt. Dass ihnen im Ergebnis ein unbedingter Vorrang vor dem staatlichen Auftrag zum Schutz von Leib, Leben und Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) einzuräumen wäre, ist nicht festzustellen.

Das Bundesland Bremen weist nach Angaben des Robert Koch-Instituts aktuell mit einer Inzidenz von 516,4 die höchste 7-Tage-Inzidenz im gesamten Bundesgebiet auf (RKI, Dashboard, Stand: 04.01.2022, <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/Bundesländer/>). Auch die weiteren Kennzahlen, wie etwa die Hospitalisierungsrate oder der Anteil an positiven PCR-Tests von allen durchgeführten PCR-Tests weisen in Bremen Höchststände auf (RKI, COVID-19-Trends im Überblick, Stand: 03.01.2022, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?\\_\\_blob=publicationFile#/home](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?__blob=publicationFile#/home)). Die sogenannte Omikronvariante breitet sich in Bremen mit erheblicher Geschwindigkeit aus. Das Robert Koch-Institut schätzt, wie bereits ausgeführt, die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland weiterhin als sehr hoch ein (RKI, wöchentlicher Lagebericht vom 30.12.2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht\\_2021-12-30.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-30.pdf?__blob=publicationFile)). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Anteil der symptomatischen und der hospitalisierten Fälle von ungeimpften Personen im Vergleich zu immunisierten Personen nach Angaben des Robert Koch-Instituts in allen relevanten Altersklassen erheblich höher ist (vgl. RKI, Wöchentlicher COVID-19-Lagebericht vom 23.12.2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht\\_2021-12-23.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-23.pdf?__blob=publicationFile)), was den Schluss rechtfertigen dürfte, dass gerade die Gruppe nicht immunisierter Personen in besonderer Weise zur Belastung des Gesundheitssystems beiträgt (so auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2021 - 11 S 109/21, juris Rn. 51).

Angesichts der gravierenden und teils irreversiblen Folgen, die ein weiterer unkontrollierter Anstieg der Zahl von Neuinfektionen für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hätte, muss in einer Güterabwägung das Interesse der Antragstellerin an einem ungehinderten Geschäftsbetrieb hinter dem mit der angefochtenen Regelung bezweckten Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) zurücktreten (so auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2021 - 11 S 109/21, juris Rn. 51; OVG NRW, Beschl. v. 28.12.2021 - 13 B 1928/21.NE, juris Rn. 87 ff.; a.A. NdsOVG, Beschl. v. 16.12.2021 - 13 MN 477/21, juris Rn. 50 ff.). Dies gilt auch in Ansehung des von der An-

tragstellerin betonten Umstands, dass sie bereits in der Vergangenheit teils erhebliche wirtschaftliche Einbußen aufgrund phasenweiser Schließungen hinzunehmen hatte, wenn diese auch teilweise durch staatliche Unterstützungsmaßnahmen abgefedert worden sein mögen.

In die Abwägung einzustellen ist auch, dass der ganz überwiegende Anteil der potentiellen Kundinnen und Kunden weiterhin zum Betreten der Verkaufsstätten des nichtprivilegierten Einzelhandels berechtigt ist, was die wirtschaftlichen Folgen der Zugangsbeschränkungen erheblich abmildern dürfte. In der Freien Hansestadt Bremen sind bereits 83,1 % der Gesamtbevölkerung vollständig geimpft (RKI, Impfdashboard, Stand 04.01.2022, <https://impf-dash-board.de>). Entsprechendes gilt gemäß § 3 Abs. 5 lit. b) der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung für Genesene. Neben dieser Gruppe dürfen Kinder- und Jugendliche bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres voraussetzungslos und Personen, die mittels eines ärztlichen Attestes nachweisen können, dass sie aus gesundheitlichen Gründen nicht gegen Covid-19 geimpft werden können, wenn sie einen negativen Testnachweis vorlegen können, Verkaufsstätten des Einzelhandels betreten. Der Anteil der tatsächlich von dem Zugang zu Geschäften des nichtprivilegierten Einzelhandels ausgeschlossenen Personen dürfte damit erheblich reduziert sein.

Auch Interessen nicht immunisierter Personen an einem Zugang zu Geschäften des nichtprivilegierten Einzelhandels müssen in der Güterabwägung hinter dem mit der angefochtenen Regelung bezweckten Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung zurücktreten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Grundversorgung auch nicht immunisierter Personen weiterhin gewährleistet ist. § 3 Abs. 4a der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung nimmt eine Vielzahl von Einzelhandelssparten, denen die Verordnungsgeberin eine besondere Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung zubilligt, von der 2G-Zutrittsbeschränkung aus. Hinzu kommt, dass den Betroffenen weiterhin die Möglichkeit des Erwerbs von Waren im Rahmen des – auch von der Antragstellerin angebotenen – Onlinehandels eröffnet ist.

**(5)** Die angegriffene Vorschrift erweist sich voraussichtlich auch nicht mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG als rechtswidrig.

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Das hieraus folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für ungleiche Belastungen und ungleiche Begünstigungen. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Normgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß

der Ungleichbehandlung angemessen sind. Die sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Grenzen sind für die Infektionsschutzbehörde weniger streng und die strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit kann nicht eingefordert werden (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 21.12.2021 - 1 B 475/21, BeckRS 2021, 39768 Rn. 58 m. w. N.). Der Normgeber hat auch bei den notwendigerweise schrittweise vorzunehmenden Lockerungen einen Gestaltungsspielraum (OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 24). Dabei können neben dem infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrad auch alle sonstigen relevanten Belange berücksichtigt werden, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 10.03.2021 - 1 B 104/21, juris Rn. 24 m. w. N.).

Nach diesen Maßstäben ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG voraussichtlich nicht anzunehmen. Gemäß § 28a Abs. 6 Satz 2 IfSG, der nach § 28a Abs. 7 Satz 3 IfSG entsprechend gilt, sind bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) auch soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vereinbar ist. Einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, können von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 nicht zwingend erforderlich ist. Für die in § 3 Abs. 4a der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung genannten privilegierten Einzelhandelsbetriebe ist die Verordnungsgeberin pauschalierend davon ausgegangen, dass diese Bereiche besonders wichtig für die Deckung des Grundbedarfs der Bevölkerung sind oder der Bedarfsdeckung von Gewerbetreibenden dienen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin verstößt es jedenfalls nicht offensichtlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass Bau- und Gartenbaumärkte, Blumenläden, Gärtnereien, Gartencenter und Gartenmärkte sowie Buchhandlungen den Zugangsbeschränkungen nicht unterfallen. Hinsichtlich solcher Verkaufsstellen, in denen Blumen und andere Gartenartikel angeboten werden, dürfte bereits kein wesensgleicher Sachverhalt vorliegen. Denn diese Angebote werden häufig unter freiem Himmel erbracht. Davon abgesehen ist aber auch die Annahme der Antragsgegnerin, dass die dort angebotenen Waren ganzjährig zur Grabpflege und für die Kleingärtnerei benötigt würden, unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Gestaltungsspielraums nicht zu beanstanden (OVG Bremen, Beschl. v. 23.03.2021 - 1 B 103/21, juris Rn. 36). Im Übrigen dürfte für diese Einzelhandelsbetriebe ein jeweils saisonal neu entstehender Bedarf anzuerkennen sein, für den – anders als

z. B. bei Bekleidung – nicht auf Anschaffungen aus dem Vorjahr zurückgegriffen werden kann (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2021 - 11 S 109/21, juris, Rn. 56).

Auch die Privilegierung von Buchhandlungen ist gerechtfertigt, da diesen insbesondere mit Blick auf die Bildung (Schule und Studium) ein besonderer Versorgungsauftrag zukommt (OVG Bremen, Beschl. v. 23.03.2021 - 1 B 103/21, juris Rn. 37 f. m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2021 - 11 S 109/21, Rn. 56).

Schließlich erweist sich auch die Privilegierung von Gemischtwarenläden, wenn diese im Schwerpunkt Waren des täglichen Bedarfs oder der Grundversorgung anbieten, nicht als offensichtlich willkürlich. Der Umstand, dass eine Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften sowohl privilegierte als auch nichtprivilegierte Waren anbieten, löst im Hinblick auf die in § 3 Abs. 4a der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung enthaltene Privilegierungsregelung ein Regelungsbedürfnis aus. Insoweit besteht für eine Differenzierung durch die Verwaltungsgeberin ein sachlicher Grund. Diese Differenzierung danach auszurichten, welche Waren den Schwerpunkt des Sortiments darstellen, überschreitet nicht die Grenze der Willkür. Zwar führt dies dazu, dass unter anderem Lebensmittelmärkte auch nicht privilegierte Warensortimente, wie z. B. Bekleidungsartikel, nicht immunisierten Personen anbieten können. Die Antragsgegnerin hat hierzu indes ausgeführt, dass die Kundinnen und Kunden in diesen Fällen die Geschäfte ohnehin besuchten, um etwa Lebensmittel o.ä. zu erwerben. Das Angebot nichtprivilegierter Waren sei in der Regel nicht verlässlich, sondern erfolge lediglich im Rahmen von sogenannten Aktionsverkäufen. Dieser Ansatz erscheint jedenfalls insoweit nachvollziehbar, als das – untergeordnete – Angebot nichtprivilegierter Waren in Einzelhandelsgeschäften, die dem täglichen Bedarf und der Grundversorgung dienen, nicht typischerweise zu einer Erhöhung der Kontakte führen dürfte, da der Kundenstrom und damit die Gefahr einer Übertragung des Virus auf diejenigen Verkaufsstellen gerichtet ist, die zur Deckung des täglichen Bedarfs ohnehin aufgesucht werden (so OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2021 - 11 S 109/21, BeckRS 2021, 40885, Rn. 47).

### III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 1 GKG. Da die von der Antragstellerin angegriffene Verordnung bereits mit Ablauf des 14.01.2022 außer Kraft tritt (§ 25 Abs. 2 der Neunundzwanzigsten Coronaverordnung), zielt der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, weshalb eine Reduzierung des Streitwerts auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht erscheint.

**Hinweis:**

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

gez. Prof. Sperlich

gez. Dr. K. Koch

gez. Dr. N. Koch