

Oberverwaltungsgericht Münster

BESCHLUSS

§§ 28, 28a, 32 IfSG, § 47 VwGO, Art. 3, 12 GG

- 1. Die Untersagung des Betriebs von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen verletzt deren Betreiber nicht offensichtlich in ihren grundgesetzlich geschützten Rechten. Clubs und Diskotheken werden typischerweise unter besonders infektionsträchtigen Umständen betrieben. Ein Offenhalten unter 2G- oder 2G-Plus-Bedingungen stellt daher kein gleich wirksames Mittel zur Eindämmung der Infektionstätigkeit dar.**
- 2. Die Betreiber von Clubs und Diskotheken sind zwar durch die langen Schließungen bereits in früheren Phasen der Pandemie wirtschaftlich ganz erheblich betroffen. Dennoch müssen ihre Interessen zum gegenwärtigen Zeitpunkt erneut vorübergehend hinter den mit der Betriebsuntersagung verfolgten Interessen zurücktreten.**
- 3. Eine Intensivierung der kontaktbeschränkenden Maßnahmen sei dringend erforderlich, um Zeit zu gewinnen und die Behandlungskapazitäten vor Beginn einer zu erwartenden Omikron-Welle so weit möglich zu entlasten. Das Land überschreitet seinen Einschätzungsspielraum nicht, da es auch den Eintritt solcher Verhältnisse vorbeugen darf.**

OVG Münster, Beschluss vom 22.12.2021, Az.: 13 B 1867/21.NE

Tenor:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Antragstellerin betreibt eine nach eigenen Angaben überregional bekannte Großraumdiskothek in I.

. Die laut Konzession maximal zulässige Anzahl von 1.930 Gästen hatte sie aufgrund ihres Hygienekonzepts zuletzt um 50 Prozent reduziert.

Sie begehrt die vorläufige Außervollzugsetzung von § 5 Abs. 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 3. Dezember 2021 (GV. NRW. S. 1246b), zuletzt geändert durch Änderungsverordnung vom 16. Dezember 2021 (GV. NRW. S. 1410a) – Coronaschutzverordnung (CoronaSchVO), soweit danach der Betrieb von Diskotheken untersagt ist.

§ 5 CoronaSchVO in der am 17. Dezember 2021 in Kraft getretenen Fassung lautet auszugsweise wie folgt:

§ 5

Untersagung des Betriebs von Einrichtungen und von Veranstaltungen

(1) Der Betrieb von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen sowie vergleichbare Veranstaltungen (öffentliche Tanzveranstaltungen, private Tanz- und Diskopartys und ähnliches) sind untersagt.

(2) ...

Die Antragstellerin hat am 7. Dezember 2021 einen Normenkontrollantrag (13 D 391/21.NE) gestellt und zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt.

Sie ist der Auffassung, dem Ordnungsgeber fehle die Ermächtigungsgrundlage, um den Betrieb der in § 5 Abs. 1 CoronaSchVO genannten Einrichtungen zu untersagen. Die Maßnahme beeinträchtige sie zudem unverhältnismäßig in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und verletze den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Sie habe im Hinblick auf die zuletzt bis zum 3. Dezember 2021 noch zulässige Öffnung ihres Betriebs unter 2G-Plus-Bedingungen wieder Personal eingestellt, Ware eingekauft, Künstler gebucht und Tickets für zukünftige Wochenenden verkauft. Bei einer anhaltenden Schließung drohe ihr ein erheblicher Schaden.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, im Wege der einstweiligen Anordnung § 5 Abs. 1 der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 3. Dezember 2021 (GV. NRW. S. 1246b), zuletzt geändert durch Änderungsverordnung vom 16. Dezember 2021 (GV. NRW. S. 1410a), bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit er die Schließung von Diskotheken trotz Einhaltung der 2G-Plus-Regeln durch die Besucher und Gäste betrifft.

Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen und beantragt, den Antrag abzulehnen.

B.

Der zulässige Antrag auf Erlass einer normbezogenen einstweiligen Anordnung ist unbegründet.

Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO liegen nicht vor. Nach dieser Bestimmung kann das Normenkontrollgericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist.

Vgl. zum Prüfungsmaßstab BVerwG, Beschluss vom 25. Februar 2015 - 4 VR 5.14 -, juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 26. August 2019 - 4 B 1019/19.NE -, juris, Rn. 12; Nds. OVG, Beschluss vom 17. Februar 2020 - 2 MN 379/19 -, juris, Rn. 24, m. w. N.; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 395.

Das ist hier nicht der Fall, weil der in der Hauptsache erhobene Normenkontrollantrag der Antragstellerin nach im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglicher summarischer Prüfung nicht offensichtlich begründet ist (I.) und die deswegen anzustellende Folgenabwägung zu Lasten der Antragstellerin ausfällt (II.).

I. Das angegriffene Betriebsverbot für Diskotheken ist nicht offensichtlich rechtswidrig.

1. Es bestehen keine offensichtlich durchgreifenden Bedenken dagegen, dass die Vorschriften in §§ 32, 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 8 Satz 1 IfSG eine hinreichende, dem Parlamentsvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage für die Betriebsuntersagung für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen, die in die Berufsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, darstellen. Nach § 28a Abs. 8 Satz 1 IfSG in der zuletzt durch Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geänderten Fassung, auf die sich die durch Art. 1 der Änderungsverordnung vom 16. Dezember 2021 (GV. NRW. S. 1410a) neu gefasste Vorschrift des § 5 CoronaSchVO stützt, können nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, soweit und solange die Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land festgestellt hat, mit der Maßgabe, dass bestimmte dort genannte Schutzmaßnahmen ausgeschlossen sind. Die Feststellung des Bundestags zum Bestehen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist am 25. November 2021 ausgelaufen.

Vgl. zur letztmaligen Feststellung am 25. August 2021: Plenarprotokoll 19/238, S. 31076C.

Der nordrhein-westfälische Landtag hat mit Beschluss vom 1. Dezember 2021 die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 des § 28a IfSG für das Land Nordrhein-Westfalen festgestellt (GV. NRW. S. 1248a). Danach ist in Nordrhein-Westfalen ungeachtet des zwischenzeitlichen Auslaufens der epidemischen Lage nationaler Tragweite eine Schließung von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen gemäß § 28a Abs. 8 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 6 IfSG weiterhin möglich. Bei diesen handelt es sich nach zutreffendem Verständnis um Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung dienen.

Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 10. September 2021 - 13 B 1412/21.NE -, juris, Rn. 37 f.; Kießling, in: dies., IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 52.

2. Die aktuell geltende Coronaschutzverordnung genügt voraussichtlich den an sie zu stellenden formellen Anforderungen. Insbesondere ist sie gemäß § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG mit einer allgemeinen Begründung versehen, abrufbar unter https://www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/211213_konsolidierte_begruendung_coronaschvo_ab_9._dez_2021.pdf, und zeitlich befristet. Sie tritt mit Ablauf des 12. Januar 2022 außer Kraft (§ 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaSchVO). Damit hat der Verordnungsgeber in nicht zu beanstandender Weise von der Verlängerungsmöglichkeit des § 28a Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 IfSG Gebrauch gemacht.

3. Das Betriebsverbot für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen in § 5 Abs. 1 CoronaSchVO begegnet nach summarischer Prüfung auch materiell-rechtlich keinen offensichtlich durchgreifenden Bedenken.

a. Das Betriebsverbot für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen in § 5 Abs. 1 CoronaSchVO verstößt nicht offensichtlich gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zur Erreichung des durch den Verordnungsgeber gemäß § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG verfolgten Ziels, Leben und Gesundheit der Bevölkerung und die

Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen, ist die angefochtene Maßnahme bei summarischer Bewertung geeignet (aa.), erforderlich (bb.) und angemessen (cc.).

aa. Ein Mittel ist dann geeignet, wenn die Möglichkeit besteht, den mit diesem verfolgten Zweck zu erreichen. 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 des Gesetzes zu erreichen.

Vgl. in Bezug auf den Gesetzgeber BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. -, juris, Rn. 185.

Danach ist das Betriebsverbot für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen geeignet, das vom Ordnungsgeber verfolgte Ziel zu erreichen. Denn bei einem Betriebsverbot für diese Einrichtungen ist eine Verbreitung von Infektionen in diesen Bereichen ausgeschlossen. In Clubs und Diskotheken herrschen grundsätzlich in besonderer Weise infektionsbegünstigende Bedingungen. Der Hauptübertragungsweg für SARS-CoV-2 ist die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel, die beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen entstehen. Durch Atmen und Sprechen, aber noch stärker beim Schreien und Singen, werden Aerosole ausgeschieden. Beim Aufenthalt in Räumen kann sich die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung durch Aerosole auch über eine größere Distanz als 1,5 m erhöhen.

Vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID 19 – Übertragungswege, Stand 26. November 2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html.

Clubs und Diskotheken werden in geschlossenen Räumen bei lauter Musik unter Bedingungen betrieben, die unabhängig von der Gästezahl und der im Einzelfall gegebenen Lüftungsmöglichkeit zumindest lautes Sprechen unabdingbar machen und jedenfalls im Bereich der Tanzflächen die Wahrung des Mindestabstands nicht ermöglichen. Risikoerhöhend kommt hinzu, dass Nähe und Kontakt zum Geschäftsmodell der Einrichtungen gehören. Diese werden regelmäßig zielgerichtet von wechselnden Gästen und Gästegruppen aufgesucht, die in einer Club- oder Diskoatmosphäre den Abend verbringen wollen. Eine alkoholbedingt enthemmte Grundstimmung sowie eine unbeschwerte Feierlaune begünstigen in infektionsrelevanter Weise das zufällige, aber auch das zielgerichtete Entstehen von Nahkontakten innerhalb, aber insbesondere auch außerhalb fester (Sitz-)Gruppen.

Vgl. hierzu bereits OVG NRW, Beschlüsse vom 10. September 2021 - 13 B 1412/21.NE -, juris, Rn. 61 ff., und vom 30. Oktober 2020 - 13 B 1488/20.NE -, juris, Rn. 35 ff., m. w. N.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin dürfte sich das gewählte Mittel auch nicht deswegen als ungeeignet erweisen, weil es für eine Verlagerung der ansonsten in Clubs und Diskotheken stattfindenden Kontakte in andere Bereiche sorgt, in denen das Infektionsrisiko gleichermaßen hoch oder sogar noch höher ist. Zum einen ist nicht davon auszugehen, dass sämtliche potentielle Besucher ihre Freizeit stattdessen in Settings verbringen, in denen sie eine Vielzahl von Kontakten haben. Dies gilt schon deshalb, weil Clubs und Diskotheken in aller Regel am späten Abend und nachts aufgesucht werden und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die meisten anderen Angebote nicht mehr zur Verfügung stehen. Zum anderen sind etwaige Ausweichaktivitäten größtenteils nicht so infektionsträchtig wie der Aufenthalt in einem Club oder einer Diskothek. Zwar bestehen auch in anderen Bereichen – z. B. bei privaten Feiern oder etwa in gastronomischen Einrichtungen in Bars – infektionsbegünstigende Umstände;

kaum ein anderer Lebensbereich ist aber wie das Feiern in einem Club oder einer Diskothek dadurch gekennzeichnet, dass er trotz Hygienekonzepten eine solche Vielzahl infektionsbegünstigender Umstände in sich vereint (Aufenthalt einer Vielzahl von Personen in geschlossenen Räumen über lange Zeiträume, freie Durchmischung der Besucher ohne feste Sitzplätze, keine Einhaltung von Mindestabständen oder verlässlicher Schutz durch Masken, erhöhter Aerosolausstoß beim Tanzen, Notwendigkeit zum lauten Reden oder Schreien wegen lauter Musik, alkoholbedingte Enthemmung). Dementsprechend sind auch bereits etliche sog. Superspreading-Ereignisse in Diskotheken oder ähnlichen Einrichtungen – selbst zu Niedriginzidenzzeiten – beobachtet worden.

Vgl. etwa: Der Tagesspiegel, Corona-Ausbrüche in Clubs häufen sich – Tausende in Quarantäne, Update vom 25. Juli 2021, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/hannover-aachen-osnabrueck-corona-ausbrueche-in-clubs-haeufen-sich-tausende-in-quarantaene/27451228.html>; Disco mit Folgen: Angst vor Superspreader-Ereignis, 9. August 2021, abrufbar unter <https://www.ostseewelle.de/nachrichten/nachrichtenticker/Disco-mit-Folgen-Angst-vor-Superspreader-Ereignis-id573748.html>; Westfälische Nachrichten, Coronainfektionen nach Party – Cuba: Stadt stellt keine Verstöße fest, 21. September 2021, abrufbar unter <https://www.wn.de/muenster/cuba-stadt-stellt-keine-verstoesse-fest-2427188>; Der Tagesspiegel, Die Gefahr beim Tanzen – 34 Delta-Infizierte nach Clubnacht in Karlsruhe, 13. Juli 2021, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/die-gefahr-beim-tanzen-34-delta-infizierte-nach-clubnacht-in-karlsruhe/27413716.html>.

Dies zeigt auch eine Auswertung der Warnungen der Luca-App, wonach knapp die Hälfte aller Warnungen an die Besucher von Clubs gingen.

Vgl. Tagesschau, Daten der Luca-App – Bars und Clubs sind Corona-Hotspots, 15. November 2021, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/corona-luca-bars-101.html>.

Selbst wenn in Rechnung zu stellen sein mag, dass potentielle Club- und Diskothekenbesucher die Luca-App häufiger nutzen als der Durchschnitt der Bevölkerung, ist hierin dennoch ein Hinweis auf ein spezifisches Infektionsgeschehen zu sehen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass es auch eine Häufung von Warnungen für Barbesucher gegeben hat (knapp ein Viertel der Warnungen). Insoweit dürfte in Rechnung zu stellen sein, dass deutlich mehr Menschen Bars und Kneipen besuchen als Clubs oder Diskotheken, sodass es für ein höheres Infektionsgeschehen spricht, dass etwa doppelt so viele Warnungen der Luca-App auf Clubbesucher entfallen wie auf Barbesucher.

Die von der Antragstellerin im Übrigen angeführten Karnevals- und Brauchtumsveranstaltungen, die unter 2G-Plus-Bedingungen weiterhin zulässig sind (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 CoronaSchVO), betreffen typischerweise örtlich begrenzte und singuläre Ereignisse, sodass ein regelhaftes Ausweichen hierauf dann, wenn Diskotheken geschlossen sind, schon deshalb nicht zu erwarten ist. Öffentliche Tanzveranstaltung schließlich sind ebenso wie private Tanz- und Diskopartys oder Ähnliches nach der letzten Änderung der Coronaschutzverordnung nunmehr gleichermaßen untersagt (vgl. § 5 Abs. 1 CoronaSchVO).

bb. Das Betriebsverbot für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen ist voraussichtlich auch erforderlich. Daran würde es fehlen, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweckerreichung muss

dafür in jeder Hinsicht eindeutig feststehen. Dem Verordnungsgeber steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein Einschätzungsspielraum zu.

Vgl. im Hinblick auf den Gesetzgeber BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. -, juris, Rn. 203 f., m. w. N.

Es bestehen keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum bei der Beurteilung, ob mildere, gleich geeignete Mittel zur Erreichung des von ihm verfolgten Zwecks bestehen, überschritten hat. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die weitere Zulassung des Betriebs von Clubs und Diskotheken unter 2G- oder 2G-Plus-Bedingungen gleich geeignete Mittel zur Eindämmung der Infektionstätigkeit wären. Denn auch geimpfte Personen sind vom Infektionsgeschehen nicht komplett ausgenommen. Die Impfung hat keine sog. sterile Immunität zur Folge.

Vgl. RKI, Wie gut schützt die COVID-19-Impfung vor SARS-CoV-2-Infektionen und -Transmission?, in Epidemiologisches Bulletin Nr. 19/21 vom 12. Mai 2021, S. 21, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/19_21.pdf?__blob=publicationFile.

Es kommt – mit steigenden Inzidenzen vermehrt – zu Durchbruchinfektionen.

Vgl. zu dem kontinuierlichen Monitoring des RKI zu Impfdurchbrüchen: Wöchentlicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 9. Dezember 2021, S. 19 ff., abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-09.pdf?__blob=publicationFile.

Auch unter 2G-Bedingungen ist es in Clubs bereits zu größeren Ausbruchsgeschehen gekommen.

Vgl. Westfälische Nachrichten, Coronainfektionen nach Party – Cuba: Stadt stellt keine Verstöße fest, 21. September 2021, abrufbar unter <https://www.wn.de/muenster/cuba-stadt-stellt-keine-verstosse-fest-2427188>.

Selbst durch etwaige zusätzliche Antigen-Schnelltests kann der Betrieb einer Diskothek, eines Clubs oder einer ähnlichen Einrichtung nicht so gestaltet werden, dass – wie bei einem Betriebsverbot – Infektionen sicher auszuschließen sind. Ein negatives Testergebnis lässt nicht sicher den Schluss darauf zu, dass eine Person nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist. Auf dem deutschen Markt sind Antigentests mit in unabhängigen Validierungsstudien bestimmten klinischen Sensitivitäten von 40 % – 80 % verfügbar.

Vgl. RKI, Antigentests als ergänzendes Instrument in der Pandemiebekämpfung, in Epidemiologisches Bulletin Nr. 17/2001, S. 16, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/17_21.pdf?__blob=publicationFile.

Die Aussagekraft eines negativen Befundes bei Antigentests ist insbesondere bei asymptomatisch oder präsymptomatisch Infizierten limitiert.

Vgl. RKI, Hinweise zur Testung von Patienten auf Infektion mit dem neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 – Antigennachweise – Leistungsfähigkeit und Aussagekraft, 9. Dezember 2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html;jsessionid=43D84C0D95FA928CF163FF47B7C13B9D.internet071?nn=13490888#doc13490982bodyText24.

Erst kürzlich kam es bei einer Tanzveranstaltung, bei der die sog. 2G-Plus-Regelung galt, zu einer Vielzahl von Infektionen.

Vgl. WDR, 14 Infektionen nach Tanzfestival in Münster, 14. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www1.wdr.de/nachrichten/westfalenlippe/tanzfestival-corona-muenster-infektionen-100.html>.

Soweit die Antragstellerin im Übrigen auf eine bessere Ausstattung des Gesundheitssystems abhebt und die zwischenzeitlich erfolgte Stilllegung von Intensivbetten beklagt, verweist sie selbst zutreffend darauf, dass dies maßgeblich auf einem Mangel an Intensivpflegekräften beruht.

Vgl. dazu <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/127343/Pflegemangel-fuehrte-zur-Schliessung-von-tausenden-High-Care-Intensivbetten>, abgerufen am 20. Dezember 2021.

Dieser Mangel lässt sich aber kurzfristig offensichtlich nicht beheben.

cc. Die angegriffene Ordnungsregelung dürfte voraussichtlich auch angemessen sein. Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert, 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. Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Normgebers.

Vgl. in diesem Sinne zur Angemessenheit bei Gesetzen: BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. -, juris, Rn. 216 f.

Die erneute Schließung von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen greift in ganz erheblicher Weise in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und gegebenenfalls auch das von der Eigentumsgarantie erfasste Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 Abs. 1 GG) der davon betroffenen Betreiber ein. Trotz der staatlichen Unterstützungsmaßnahmen, vgl. Informationen zur aktuell bestehenden Möglichkeit einer Bezuschussung zu betrieblichen Fixkosten mittels Überbrückungshilfe III Plus: <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Artikel/ueberbrueckungshilfe-iii-plus.html>, dürften viele Betriebe mit existenziellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten konfrontiert sein, weil sie in den letzten 1³/₄ Jahren über lange Phasen geschlossen bleiben mussten. Dennoch müssen ihre Interessen zum gegenwärtigen Zeitpunkt erneut vorübergehend hinter den mit der Schließung verfolgten Interessen zurücktreten. Mit seiner Maßnahme bezweckt der Normgeber den Schutz von Leben und Gesundheit. Hierbei handelt es sich um Rechtsgüter von überragender Bedeutung, zu deren Schutz er nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet ist.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. -, juris, Rn. 231.

Aufgrund der aktuellen Infektionslage ist davon auszugehen, dass diese Rechtsgüter ohne zusätzliche Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens erheblich

bedroht sind. Das Infektionsgeschehen ist – trotz eines leichten Rückgangs der wöchentlichen Fallzahlen – immer noch sehr stark ausgeprägt. Die Inzidenz der letzten 7 Tage liegt aktuell deutschlandweit bei 306,4 Fällen pro 100.000 Einwohner (EW). Die 7-Tage-Inzidenz der hospitalisierten Fälle liegt bei 4,73 Fällen pro 100.000 EW, der Anteil der COVID-19-Belegung an allen betreibbaren Intensivbetten für Erwachsene bei 20,8 %.

Vgl. Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand 21. Dezember 2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Dez_2021/2021-12-21-de.pdf?__blob=publicationFile.

Die 7-Tage-Inzidenz in Nordrhein-Westfalen beträgt zum Stand 22. Dezember 2021 220,6, die 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz liegt bei 3,53 und der Anteil der COVID-19-Patienten an betreibbaren Intensivbetten (DIVI-Intensivregister) bei 13,79 %.

Vgl. Landeszentrum Gesundheit Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter https://www.lzg.nrw.de/inf_schutz/corona_meldelage/index.html.

Das Robert Koch-Institut bewertet die aktuelle Entwicklung weiter als sehr besorgniserregend. Die Zahl der schweren Erkrankungen und der Todesfälle wird danach weiterhin zunehmen und die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten werden regional überschritten werden. Die Situation auf den Intensivstationen bleibe sehr angespannt. Aufgrund von regionalen Kapazitätsengpässen im intensivmedizinischen Bereich seien Umwidmungen von Intensivstationen für COVID-19-Patienten und Patientinnen und überregionale Verlegungen innerhalb Deutschlands notwendig. Es seien bereits mindestens 102 Patientinnen und Patienten über Bundeslandgrenzen hinaus anhand des Kleeblattkonzepts verlegt.

Vgl. Wöchentlicher Lagebericht des RKI, Stand 16. Dezember 2021, S. 3 und 7, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-16.pdf?__blob=publicationFile.

Zudem ist damit zu rechnen, dass sich die besorgniserregende Virusvariante Omikron weiter verbreitet. Bei dieser Variante wird befürchtet, dass der durch eine frühere Infektion oder eine Impfung vermittelte Schutz gegen eine Infektion verringert sein könnte.

Vgl. European Centre for Disease Prevention and Control, Threat Assessment Brief: Implications of the further emergence and spread of the SARS CoV 2 B.1.1.529 variant of concern (Omicron) for the EU/EEA first update, abrufbar unter <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/covid-19-threat-assessment-spread-omicron-first-update>; Tagesschau, Kampf gegen Omikron-Variante – Studie deutet auf geringeren Impfschutz hin, 8. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/impfungen-omikron-schutz-studie-101.html>; ZDF heute, Studien von Ciesek und Pfizer - Schützen Impfstoffe vor Omikron-Infektionen?, 8. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-omikron-impfschutz-ciesek-studie-100.html>.

In anderen europäischen Ländern wurde eine rasante Ausbreitung der Omikron-Variante beobachtet, die gleichzeitig zu einem erheblichen Anstieg der dortigen Inzidenzen geführt hat.

Vgl. zu Großbritannien: Rasante Omikron-Ausbreitung in Großbritannien, Impfstoffe ohne Booster kaum noch wirksam, 13. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/129970/Rasante-Omikron-Ausbreitung-in>

Grossbritannien-Impfstoffe-ohne-Booster-kaum-noch-wirksam; zu Dänemark: Omikron-Variante bald dominant – Hotspot und Impfvorbild: So reagiert Dänemark, 16. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-daenemark-omikron-deutschland-100.html>.

Nach Einschätzung des Robert Koch-Instituts sinken die Infektionszahlen derzeit im Bundesgebiet im Hinblick auf die bereits bestehende hohe Belastung der Intensivstationen und die bevorstehende zusätzliche Belastung durch die zu erwartende Omikron-Welle nicht schnell genug. Eine Intensivierung der kontaktbeschränkenden Maßnahmen und eine zugleich rasche weitere Erhöhung der Impfraten seien dringend erforderlich, um die Behandlungskapazitäten vor Beginn einer zu erwartenden Omikron-Welle so weit wie möglich zu entlasten. Die maximale Reduktion der Übertragungen sei darüber hinaus auch notwendig, um die zu erwartende Ausbreitung der Omikron-Variante zu verlangsamen.

Vgl. Wöchentlicher Lagebericht des RKI, Stand 16. Dezember 2021, S. 3 und 7, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-12-16.pdf?__blob=publicationFile.

Sollte die Dynamik der bevorstehenden Omikron-Welle nicht gebremst werden, sei aufgrund der in kurzer Zeit zu erwartenden hohen Fallzahlen mit einer Überlastung der Gesundheitsversorgungsstrukturen in Deutschland zu rechnen. Auch mit einer darüber hinausgehenden Beeinträchtigung der kritischen Versorgungsstrukturen (z. B. Transport- und Produktionsketten, Energie, Polizei, Feuerwehr etc.) müsse gerechnet werden.

Vgl. RKI, ControlCOVID – Strategie-Ergänzung zur Bewältigung der beginnenden pandemischen Welle durch die SARS-CoV-2-Variante Omikron, Stand 21.12.2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/control-covid-2021-12-21.pdf?__blob=publicationFile.

Auch der neu eingerichtete Corona-Expertenrat der Bundesregierung rechnet angesichts der Omikron-Variante in einer ersten Stellungnahme aufgrund der relativ hohen Zahl an Ungeimpften in Deutschland mit einer sehr hohen Krankheitslast, die mit hohen Risiken für die Krankenversorgung, aber auch für andere Einrichtungen der kritischen Infrastruktur einhergehe. Er spricht sich daher kurzfristig für weitere kontaktbeschränkende Maßnahmen aus.

Vgl. dazu <https://www.tagesschau.de/inland/stellungnahme-expertenrat-bundesregierung-103.html>, abgerufen am 20. Dezember 2021.

Vor diesem Hintergrund dürfte es die Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers nicht überschreiten, die streitgegenständliche Maßnahme bereits jetzt zu ergreifen, auch wenn es in Nordrhein-Westfalen noch nicht zu regionalen Überschreitungen der Intensivkapazitäten – wie in anderen Bundesländern – gekommen ist und zuletzt auch kein Anstieg der tagesaktuellen 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz zu beobachten war. Der Ordnungsgeber darf mit seinen Maßnahmen auch dem Eintritt solcher Verhältnisse vorbeugen, durch die die ordnungsgemäße Versorgung schwer erkrankter oder verunfallter Personen jedenfalls dann konkret bedroht ist, wenn nicht mehr auf die Kapazitäten anderer Bundesländer zurückgegriffen werden kann. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der Verbreitung der Omikron-Variante, die dem Infektionsgeschehen eine noch schwer abzuschätzende zusätzliche Dynamik auch in Nordrhein-Westfalen verleihen dürfte. Die Meldedatenbank des Landesentrums für Gesundheit NRW verzeichnet mit Stand vom 21. Dezember 2021 1.122 Fälle mit einem

zweifelsfreien Nachweis durch Sequenzierung und Verdachtsfälle durch spezifische PCR-Tests mit Hinweisen auf Omikron.

Vgl. Kölner Stadt-Anzeiger, Über 1100 Omikron-Fälle in NRW, 21.12.2021, 17.09 Uhr, abrufbar unter <https://www.ksta.de/region/corona-in-nrw-gesundheitsministerium-verzeichnet-ueber-1100-omikron-faelle-36439428>.

Am 17. Dezember 2021 waren es noch 607 Omikron-Fälle (PCR-Tests mit Hinweisen auf die Virusvariante und sequenzierte Proben). Zu Beginn der Woche hatte es erst 203 und am Mittwoch der Vorwoche nur 23 erfasste Fälle gegeben.

Siehe dazu https://rp-online.de/nrw/landespolitik/corona-nrw-verzeichnet-607-omikron-faelle-verdreifachung_aid-64687583, abgerufen am 20. Dezember 2021.

Unerheblich ist insoweit, dass das angegriffene Verbot im Wesentlichen die Freizeitaktivitäten jüngerer Menschen einschränkt, die im Vergleich zu anderen Altersgruppen eher selten so schwer erkranken, dass sie auf einer Intensivstation behandelt werden müssen. Denn die Maßnahmen zielen nicht nur auf den Schutz potentieller Club- und Diskothekenbesucher, sondern sollen insbesondere auch von diesen ausgehende Folgeinfektionen und damit die Verbreitung des Virus insgesamt verhindern.

Dass der Ordnungsgeber sich durch die im Kern bereits in der Vorgängerverordnung vom 17. August 2021 (GV. NRW. S. 958) existente Regelung in § 7 Abs. 2 CoronaSchVO (nunmehr § 9 Abs. 2 Satz 2 CoronaSchVO), nach der weitergehende Schutzmaßnahmen auch kurzfristig angeordnet werden können, wenn die für die Einschätzung des Infektionsgeschehens maßgeblichen Parameter (insbesondere die tagesaktuelle Hospitalisierungsinzidenz) erheblich ansteigen, hinsichtlich des möglichen Maßnahmenprogramms selbst beschränkt hätte, drängt sich für den Senat bei der im Eilverfahren nur möglichen summarischen Prüfung trotz des insoweit möglicherweise missverständlichen Wortlauts nicht auf. Im Hinblick auf das pandemische Geschehen, dass sich insbesondere durch das Auftreten von Virusvarianten sehr dynamisch entwickeln kann, spricht Überwiegendes dagegen, dass der Ordnungsgeber seine Reaktionsmöglichkeiten hierauf mit entsprechenden Gefahren für die von ihm zu schützenden Rechtsgüter Leben und Gesundheit erheblich einschränken bzw. durch ein zwingendes Abhängigmachen vom Erreichen einer bestimmten Schwelle bei der Hospitalisierungsinzidenz verlangsamen wollte. Es erscheint unter Berücksichtigung dessen vielmehr näher liegend, dass es sich bei seinen Ausführungen insoweit nur um einen unverbindlichen Hinweis auf die von ihm ständig erfolgende Evaluierung seiner Maßnahmen handelt.

b. Das angegriffene Betriebsverbot verstößt voraussichtlich nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, juris, Rn. 40.

Er verwehrt dem Normgeber nicht jede Differenzierung. Diese bedarf jedoch stets 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 Verhältnismäßigkeitserfordernisse. 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, Beschluss vom 19. November 2019 - 2 BvL 22/14 -, juris, Rn. 96 ff., m. w. N.

Soweit sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann, spricht dies in der Regel dafür, gesetzliche Differenzierungen an einem engen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu messen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. November 2019 - 2 BvL 22/14 -, juris, Rn. 96 ff., m. w. N.

Eine schwerwiegende Betroffenheit grundrechtlich geschützter Freiheiten liegt bei vielen Infektionsschutzmaßnahmen – auch bei der hier streitgegenständlichen – vor. Dennoch sprechen die besonderen Umstände bei der Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie dafür, den Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers nicht zu sehr zu begrenzen. Der Ordnungsgeber befindet in einer komplexen Entscheidungssituation, in der eine Vielzahl von Belangen infektionsschutzrechtlicher, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Art zu berücksichtigen und abzuwägen ist und in der er zwangsläufig nur mit Prognosen dazu arbeiten kann, welchen Einfluss Infektionsschutzmaßnahmen oder die Lockerung solcher Maßnahmen auf die genannten Bereiche haben werden.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. März 2021 - 13 B 252/21.NE -, juris, Rn. 96 f., m. w. N.

In Anwendung dessen drängt sich ein Gleichheitsverstoß des Ordnungsgebers, nachdem dieser nunmehr nicht nur den Betrieb von Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen, sondern auch vergleichbare Veranstaltungen (öffentliche Tanzveranstaltungen, private Tanz- und Diskopartys und ähnliche) untersagt, nicht mehr auf.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Bars und Kneipen, deren Betrieb gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 CoronaSchVO unter 2G-Bedingungen weiterhin erlaubt ist. Es ist nicht offensichtlich fehlsam, dass der Ordnungsgeber von einem geringeren Infektionsrisiko in Bars und Kneipen ausgeht und angesichts dessen ihren Betrieb weiterhin unter bestimmten Bedingungen erlaubt. Denn dort wird insbesondere typischerweise nicht getanzt. Auch ist die Musik in Bars und Kneipen typischerweise leiser als in Clubs, Diskotheken und vergleichbaren Einrichtungen, sodass nicht so laut kommuniziert werden muss. Es dürfte auch nicht zwingend geboten sein, bei dem Vergleich der jeweiligen Infektionsrisiken verschiedener Einrichtungen einzustellen, wie viele dieser Einrichtungen es gibt und wie viele Besucher diese in Summe anziehen, sondern stattdessen danach zu differenzieren, welches Infektionsrisiko mit einem einzelnen Betrieb einer bestimmten Art im Vergleich zu einem anderen Betrieb anderer Art typischerweise verbunden ist.

Es dürfte voraussichtlich auch durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein, dass Karnevals- und vergleichbare Brauchtumsveranstaltungen in Innenräumen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 CoronaSchVO unter 2G-Plus-Bedingungen erlaubt sind. Nach der zuletzt erfolgten Einschränkung durch den Ordnungsgeber gilt dies nicht für Veranstaltungen, die gleichermaßen als öffentliche Tanzveranstaltung zu qualifizieren sind, womit nur solche Veranstaltungen zulässig bleiben, bei denen die Infektionsrisiken jedenfalls bei typisierender Betrachtung als (etwas) geringer zu qualifizieren sind als in einem Club, einer Diskothek oder einer vergleichbaren Einrichtung. Ungeachtet dessen dürfte die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass Brauchtumsveranstaltungen eine schützenswerte besondere gesellschaftliche Bedeutung haben, zwar nicht zwingend, aber auch noch nicht willkürlich sein.

II. Soweit die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach den vorstehenden Erwägungen noch nicht in Gänze beurteilt werden können und insoweit eine ergänzende Folgenabwägung vorzunehmen ist, geht diese zu Lasten der Antragstellerin aus. Ihre Interessen müssen hinter den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zurücktreten. Die zu erwartenden Folgen einer Außervollzugsetzung der angegriffenen Norm fallen schwerer ins Gewicht als die Folgen ihres einstweilig weiteren Vollzugs für die Antragstellerin.

Das Betriebsverbot für Clubs, Diskotheken und vergleichbare Einrichtungen soll in einer besonders besorgniserregenden Lage mit einem hohen Infektionsdruck in der Bevölkerung und vielen bereits schwer erkrankten Patienten sowie der zu erwartenden Ausbreitung einer noch ansteckenderen Virusvariante schwer unter Kontrolle zu bringende sog. Superspreading-Ereignisse verhindern. Der vom Ordnungsgeber bezweckten Abwendung dieser Gefahren kommt höheres Gewicht zu als den wirtschaftlichen und beruflichen Interessen der Antragstellerin. Zwar ist zu berücksichtigen, dass diese im Laufe der Pandemie mutmaßlich schon erhebliche Einnahmeverluste durch Schließungen erlitten haben dürfte. Dass diese inzwischen existenzgefährdende Ausmaße angenommen haben, ist aber nicht geltend gemacht. Die Antragstellerin verweist insoweit auf erhebliche (wirtschaftliche) Schäden, ohne diese indes näher darzulegen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. Der Antrag zielt inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, sodass eine Reduzierung des Auffangstreitwerts für das Eilverfahren nicht veranlasst ist.

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

(Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. Dezember 2021 – 13 B 1867/21.NE –, Rn. Randnummer1 - Randnummer100, juris)