

2 B 25/22



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

BESCHLUSS

In dem Verfahren

des Herrn A., A-Straße, A-Stadt,

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B., B-Straße, B-Stadt,

gegen

das Saarland, vertreten durch die Landesregierung, Staatskanzlei, Am Ludwigsplatz 14, 66117 Saarbrücken,

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte C., C-Straße, A-Stadt, - -

wegen **Seuchenrechts (Corona-VO, Friseurgeschäft)**

hier: **Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO**

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Bitz, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Vohl

am 21. Februar 2022 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller.

Der Streitwert wird auf 20.000,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller ist Inhaber eines Friseurgeschäfts in der Innenstadt von A-Stadt. Mit seinem am 7.2.2022 gestellten Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO begehrt er, § 6 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie bis zur Entscheidung über einen Normenkontrollantrag außer Vollzug zu setzen, soweit darin eine Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus bei der Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen mittels der Vorlage eines 2G-plus-Nachweises angeordnet ist. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP lautet in der aktuellen Fassung vom 18.2.2022:¹

„Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus

[...]

(2) Ausschließlich für Kundinnen und Kunden, Besucherinnen und Besucher sowie Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die einen 2G-Plus-Nachweis vorlegen [...], sind zulässig

¹ Vgl. die Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 18.2.2022, Amtbl. Teil I, S. 370

1. die Inanspruchnahme von körpernahen, nicht medizinischen oder therapeutisch indizierten Dienstleistungen, [...].“

Zur Begründung trägt der Antragsteller vor, er sei seit 39 Jahren als Friseur tätig und seit 30 Jahren Meister im Friseurhandwerk. Seit 19 Jahren betreibe er einen zentral in der Innenstadt von A-Stadt gelegenen Friseursalon. Dort seien derzeit neben ihm noch vier weitere Personen beschäftigt. Er arbeite nahezu ausschließlich mit Terminvergabe und im mittleren bis eher höheren Preissegment. Unmittelbar nach dem Ausbruch der Corona-Krise im März 2020 habe er selbständig für seinen Betrieb zahlreiche Maßnahmen getroffen, um Infektionsrisiken innerhalb seines Friseursalons zu minimieren. So würden maximal noch acht Kunden auf 120 qm gleichzeitig behandelt. Während der Arbeit würden er und seine Mitarbeiter durchgängig eine FFP2-Maske tragen. Nach jedem Kunden würden die Arbeitsgeräte und der Arbeitsplatz gereinigt und desinfiziert. Zudem werde der Salon in regelmäßigen Abständen gelüftet. Notwendige Kundendaten würden für eine evtl. notwendige Kontaktnachverfolgung im Kundensystem erfasst. Bereits ab dem 22.3.2020 habe er im Rahmen des ersten Lockdowns für insgesamt sieben Wochen bis zum 4.5.2020 aufgrund der Corona-Pandemie seinen Betrieb vollständig schließen müssen. Ab dem 4.5.2020 habe der Friseursalon lediglich unter strengen Auflagen wieder geöffnet werden dürfen. Im Rahmen des zweiten Lockdowns habe er seinen Betrieb abermals vom 16.12.2020 bis zum 1.3.2021 vollständig schließen müssen. In seinem Betrieb habe es bislang keinen einzigen nachgewiesenen Fall einer Infektion mit dem Corona-Virus sowie auch keine durch den Betrieb bedingte Quarantäne gegeben. Folge der in § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP angeordneten 2G-Plus-Regelung sei, dass Kunden und Kundinnen, welche nicht über einen Nachweis über den Geimpften- oder Genesenenstatus verfügten, von der Inanspruchnahme von Friseurleistungen vollständig ausgeschlossen seien. Er habe im Zeitraum Januar bis Dezember 2021 durch den Verlust zahlreicher Kunden einen erheblichen Umsatzverlust von ca. 20 % im Vergleich zum Zeitraum Januar bis Dezember 2019 erlitten, obwohl zwischenzeitlich eine 8 %ige Preiserhöhung vorgenommen worden sei. Durch die 2G-Plus-Zugangsbeschränkung komme es nunmehr erneut zu erheblichen Umsatzverlusten. Neben dem vollständigen Aus-

schluss nicht geimpfter/genesener Kundinnen und Kunden führe die Anordnung der 2G-Plus-Nachweispflicht zu einem Verlust der Kundenfrequenz und des Kundenpotentials. So würden viele Kunden aufgrund der erheblichen Einschränkungen entweder gänzlich von einem Friseurbesuch absehen oder diesen weniger häufig im Vergleich zu der Zeit vor der Corona-Pandemie wahrnehmen. Zudem komme es zu einem Abwandern der Kunden in benachbarte Bundesländer, in welchen eine 2G-Plus-Nachweispflicht nicht bestehe. Durch die Anordnung der 2G-Plus-Nachweispflicht verzeichne er einen ca. 15 %igen und im Zweifel auch endgültigen Kundenverlust. Für den Zeitraum vom 16.12.2020 bis 1.3.2021 sei ihm Überbrückungshilfe in Höhe von 7.500,- € gewährt worden. Ein Anspruch auf die zeitlich befristete Überbrückungshilfe IV für den Zeitraum vom 1.1. bis 31.3.2022 bestehe mangels des erforderlichen Umsatzrückgangs von mindestens 30 % nicht. Aufgrund der geringen Profitabilität eines Friseurbetriebs führe jedoch auch ein Umsatzeinbruch von unter 30 % zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz. Durch die Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus mittels eines 2G-Plus-Nachweises für die Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen sei er in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG betroffen. Darüber hinaus liege eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu von der streitgegenständlichen Norm nicht erfassten Handwerksbetrieben und Handelsgeschäften vor. Die 2G-Plus-Nachweispflicht für die Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen stelle derzeit keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28a Abs. 1 IfSG dar. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ergebe sich in jedem Fall aus einer Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG. Der Betrieb eines Friseursalons sei den körpernahen Dienstleistungen zuzuordnen. Beschränkungen für andere Handwerksberufe sowie für Geschäfte und Märkte, insbesondere sämtliche Handelsgeschäfte, seien in der Verordnung nicht vorgesehen. Die Vergleichbarkeit der Friseursalons mit anderen Handwerksberufen sowie Geschäften und Märkten in geschlossenen Räumen liege auf der Hand. Auch im Einzelhandel komme es zu ähnlichen Begegnungen wie bei dem Betrieb eines Friseursalons. So komme es auch bei Geschäften des Einzelhandels des Öfteren zu Situationen, in denen das allgemeine Abstandsgebot nicht eingehalten werde. Darüber hinaus komme es

dort mangels einer anzahlmäßigen Beschränkung der Kunden und Kundinnen zu einer weitaus größeren und unkontrollierten Anzahl von persönlichen Kontakten zwischen einer Vielzahl von Personen. Zudem komme es oftmals zu Ansammlungen, die zu einer Nichteinhaltung des Sicherheitsabstandes führten, etwa im Kassen- oder Wartebereich. Bei der Erbringung von Dienstleistungen in einem Friseursalon unterliege der Friseur dagegen einer Vielzahl von Hygienebestimmungen. Die Anzahl der Kunden sei streng begrenzt, ein Kundenkontakt untereinander finde überhaupt nicht statt. Alle diese Beschränkungen würden im Einzelhandel nicht gelten. Friseure daher per se einer anderen gesetzlichen Behandlung zu unterwerfen als Handelsbetriebe sei schon aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt. Die Erbringung von Dienstleistungen in einem Friseursalon unterscheide sich auch nicht von der Erbringung von Dienstleistungen des Optikers oder des Hörgeräteakustikers, für die aufgrund der Einstufung als systemrelevant die 2G-Plus-Nachweispflicht nicht gelte. Die Dienstleistungen in einem Friseursalon könnten ebenso wie bei einem Optiker unter Einhaltung der erforderlichen Hygienemaßnahmen erbracht werden und somit entsprechend die Infektionsgefahren effektiv gemindert werden, ohne dass es der Zugangsbeschränkung für nicht geimpfte und nicht genesene Personen bedürfe. Die Dienstleistung eines Friseurs sei gegenüber den von § 6 Abs. 2 VO-CP nicht erfassten Dienstleistungen und insbesondere Handelsgeschäften nicht mit einem erhöhten Infektionsrisiko behaftet. Dem Kunden werde bei seinem Friseurbesuch ein fester Platz zugewiesen. Eine Fortbewegung im Raum finde nicht statt. Eine tatsächliche Körpernähe zwischen Friseur und Kunde sei in der Regel nur für wenige Minuten und mit beiderseitiger Maskenpflicht unter streng kontrollierten hygienischen Bedingungen realistisch. Eine Körpernähe zu anderen Kunden bestehe - im Gegensatz zu Handelsgeschäften - zu keinem Zeitpunkt. Es könne daher nicht typisierend davon ausgegangen werden, dass bei einem Friseurbesuch eine im Vergleich zu anderen Handwerksbetrieben und Handelsgeschäften relevant höhere Infektionsgefahr bestehe. Soweit durch die Anordnung einer 2G-Plus-Nachweispflicht die Impfbereitschaft des (noch) nicht geimpften Klientels gestärkt werden solle, sei dies eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die nicht einseitig den von § 6 Abs. 2 VO-CP erfassten Bereichen auferlegt werden könne. Die Ungleichbehandlung sei zur Erreichung des

legitimen Zwecks, Neuinfektionen soweit als möglich vorzubeugen und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitssystems zu schützen, nicht erforderlich. Er selbst habe bereits in der Vergangenheit mildere, aber gleich wirksame Maßnahmen in Form von Schutz- und Hygienemaßnahmen ergriffen. Die Corona-Verordnung selbst sehe derartige Schutz- und Hygienemaßnahmen z.B. in Gestalt der Abstandswahrung oder in Form des Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung vor. Friseure seien im Gegensatz zu anderen Anbietern körpernaher Dienstleistungen zu einer Mitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) verpflichtet. Die BGW habe für das Friseurhandwerk in 17 Punkten eigene SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards entwickelt. Diese Regelungen seien bereits im November 2021 dahingehend ergänzt worden, dass bei Tätigkeiten mit unmittelbarem engem Kontakt mit einem Abstand unter 1,5 m zu anderen Personen eine FF2-Maske oder eine gleichwertige Atemschutzmaske - ohne Ausatemventil - zu tragen sei. Diese Standards würden in den Friseurbetrieben zu 95 % eingehalten. Auch er habe jede mögliche Hygienemaßnahme umgesetzt. Seit Beginn der Pandemie bis heute seien im gesamten Bundesgebiet gerade einmal 105 Personen bei 186.811 Vollzeitbeschäftigten aus dem Friseurhandwerk bei ihrer jeweiligen Berufsgenossenschaft mit einem positiven SARS-CoV-2-Nachweis gemeldet worden. In dem Zeitraum vom 10.12.2021 bis zum 31.1.2022 sei kein einziger Fall neu hinzugekommen. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass Friseurbetriebe - die Einhaltung der genannten Schutz- und Hygienemaßnahmen vorausgesetzt - irgendeine oder gar eine wesentliche Quelle von Coronavirus-Infektionen darstellten. Dem aufgrund der notwendigen körperlichen Nähe bestehenden Infektionsrisiko könne mit der Anordnung einer Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus mittels eines 3G-Nachweises hinreichend entgegen getreten werden. Bei dem Nachweis eines tagesaktuellen negativen Antigen-Schnelltests liege keine höhere Infizierunggefährdung anderer Personen vor. Auch die Daten des Robert-Koch-Instituts (RKI) ließen keinen Hinweis darauf erkennen, dass bisher den Friseursalons im Ausbruchgeschehen überhaupt eine oder gar eine nennenswerte Rolle zugekommen sei. In jedem Fall liege eine Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne vor. Der Ausschluss von nicht geimpften und genesenen Kunden und Kundinnen durch die

angeordnete Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer SARS-CoV-2-Infektion mittels eines 2G-Plus-Nachweises führe für ihn als Betreiber eines Friseursalons zu Grundrechtseinschränkungen von massiver Intensität, wobei insbesondere sein Recht auf unternehmerische Betätigung nach den Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG betroffen sei. Der Ausschluss von nicht geimpften und genesenen Kunden und Kundinnen führe zu einem erheblichen Umsatzverlust und mit zunehmender Dauer zu einem existenzbedrohenden Schaden. Viele saarländische Friseurbetriebe müssten Angestellte entlassen oder stünden kurz vor der Insolvenz. Es sei nicht absehbar, wann eine Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen durch nicht geimpfte oder genesene Personen wieder möglich sein werde. Deshalb könne die Befristung der Maßnahmen nicht als Rechtfertigung ins Feld geführt werden. Bei der Abwägung sei die besondere Systemrelevanz der Friseurbetriebe in der Branche der körpernahen Dienstleistungen zu berücksichtigen. Für einen großen Teil der Bevölkerung bestehe ein in kürzeren Zeitabständen wiederkehrender Bedarf des Haarschneidens. Dabei würden ca. 70 % der Bevölkerung regelmäßig Friseurdienstleistungen in Anspruch nehmen. Es bestehe ein hohes öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung dieser Dienstleistungen. Viele Menschen seien darauf angewiesen, Friseurgeschäfte in regelmäßigen Abständen aufzusuchen, um die eigene Körperhygiene zu gewährleisten. Dies spiele vor allem für ältere Bevölkerungsgruppen eine große Rolle, da sie oftmals wegen körperlicher Gebrechen nicht mehr selbständig dazu in der Lage seien, sich die Haare zu waschen und zu frisieren. Frisur und Haarpflege seien psychisch und physisch relevant für das Menschsein. Sie würden entscheidend zur Entstehung des Gefühls von Würde beitragen. Nehme man Menschen die Möglichkeit eines Friseurbesuchs, fühlten sich viele aus dem Leben gerissen, ihrem Alltag nicht gewachsen und wenig gesellschaftsfähig. Ungepflegte Haare oder auch ein grauer Haaransatz bei colorierten Haaren könnten Menschen erheblich psychisch belasten. Das Saarland sei derzeit das einzige Bundesland, dass gegenüber Friseuren konsequent die 2G-Plus-Regelung anordne. In zahlreichen anderen Bundesländern gelte trotz hoher Inzidenzzahlen die 3G-Regel. Friseure spielten für auch eine frühzeitige Diagnose einer Vielzahl von teils lebensbedrohlichen Erkrankungen (z.B. Melanome und andere Tumore auf der behaarten Kopfhaut, im Nacken oder Gesicht bzw. parasi-

täre oder bakterielle Infektionen, Mangel- oder Stoffwechselerkrankungen, Hauterkrankungen wie Neurodermitis oder Schuppenflechte) eine Rolle. Als milderer Mittel gegenüber dem völligen Ausschluss ungeimpfter oder nicht genesener Kunden und Kundinnen komme eine Testpflicht, d.h. die Anordnung einer 3G-Nachweispflicht, statt einer 2G-Plus-Nachweispflicht, in Betracht. Bei geimpften Personen bestehe ebenfalls die hohe Wahrscheinlichkeit einer unentdeckten Infizierung mit der Omikron-Variante und damit die Möglichkeit der Ansteckung weiterer Personen und der Ausbreitung des Virus. Jedenfalls im Hinblick auf die derzeit dominierende Omikron-Variante stelle der Nachweis eines negativen Antigen-Schnelltests ein mindestens gleich geeignetes, wenn nicht sogar besser geeignetes Mittel dar, um eine Ausbreitung des Virus zu verhindern. Die Maßnahme greife zudem erheblich in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit der Personen ein, die nicht über einen Impfnachweis oder einen Genesenennachweis verfügten. Der vollständige Ausschluss dieser Personen von Friseurdienstleistungen führe zu einem Ausschluss von einem wichtigen Bereich des öffentlichen Lebens. Frisuren würden als Ausdruck von Kultiviertheit verstanden und hätten eine gesellschaftliche Ausweisfunktion. Letztlich würden Friseurbesuche entscheidend zur Entstehung des Gefühls von Würde beitragen; es würden damit tiefgreifende menschliche Bedürfnisse befriedigt.

Der Antragsgegner ist dem Antrag entgegen getreten. Er macht geltend, die beantragte vorläufige Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP sei nicht zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Formelle Bedenken gegen die Verordnung habe der Antragsteller weder dargelegt noch seien solche erkennbar. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP sei darüber hinaus auch materiell nicht zu beanstanden. Die angeordnete Nachweispflicht stelle eine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28a Abs. 1 IfSG dar. Nach der Bewertung der epidemiologischen Lage in Deutschland durch das RKI befinde sich Deutschland mit mehr als 1 Million in der 5. Kalenderwoche 2022 gemeldeten Neuinfektionen mitten in der 5. Welle der Covid-19-Pandemie. Das RKI schätze die Gefährdung durch Covid-19 für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein. Ursächlich hierfür seien das Auftreten und die

rasante Verbreitung der Omikron-Variante, die sich effektiver verbreite als die bisherigen Virusvarianten. Aktuell könne eine mögliche hohe Belastung des Gesundheitssystems und ggf. weiterer Versorgungsbereiche durch weiter steigende Erkrankungszahlen noch nicht vollkommen ausgeschlossen werden. Die Infektionsgefährdung werde für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppe der Genesenen und Geimpften mit Grundimmunisierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischungsimpfung (dreimalige Impfung) als moderat eingeschätzt. Unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums, der dem Verordnungsgeber zuzubilligen sei, stelle sich die angeordnete Nachweispflicht für körpernahe Dienstleistungen als verhältnismäßig dar. Auch in den Ländern Berlin, Bremen und Brandenburg sei die Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen nur mittels Vorlage eines 2G-Nachweises vorgesehen und dort nicht beanstandet worden. Unbestreitbar komme es im Rahmen eines Friseurbesuchs zwischen dem Kunden und der Friseurin oder dem Friseur zu einem längere Zeit andauernden Kontakt, bei dem der aus Infektionsschutzgründen gebotene Mindestabstand nicht eingehalten werde. Sowohl beim Waschen der Haare als auch beim Schneiden der Haare und erst recht bei häufig in Friseurbetrieben angebotenen weiteren Dienstleistungen wie etwa einer kosmetischen Behandlung könne eine Schutzmaske nicht ausreichenden Schutz vor einer Ansteckung bieten, da es im Rahmen der Dienstleistung entweder zur Abnahme der Schutzmaske komme oder deren Sitz beeinträchtigt werde. Die Kunden hätten dabei nur jeweils Kontakt mit einer oder zwei Personen aus dem Friseursalon, diese wiederum hätten aber am Tag mehrfache Kontakte ohne Mindestabstand, so dass sich die Zahl der Kontakte auch für den jeweiligen Kunden potenziere. Insofern sei es nicht zu beanstanden, wenn der Verordnungsgeber sich hier zum Schutz der Gesundheit insbesondere der Ungeimpften dafür entschieden habe, ausschließlich Kundinnen und Kunden zuzulassen, die einen 2G-Plus-Nachweis vorlegen könnten. Auch liege kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor, da die Intensität der Kontakte bei körpernahen Dienstleistungen nicht mit sonstigen Kontakten in Geschäften und Märkten in geschlossenen Räumen vergleichbar sei. Dort sei regelmäßig das Tragen einer gut sitzenden medizinischen Mund-Nasen-Bedeckung oder einer FF2-Maske gewährleistet. Es komme auch nicht über einen

längeren Zeitraum zu einer Unterschreitung der Mindestabstände. Vor diesem Hintergrund bestehe schon keine Vergleichbarkeit aus infektionsrechtlicher Sicht, da unterschiedliche Gefährdungslagen, gerade für einen Ungeimpften, vorlägen.

II.

Der gemäß den §§ 47 Abs. 6 und Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 18 AGVwGO Saar auf die teilweise vorläufige Außervollzugsetzung der Verordnung im Vorgriff auf eine Entscheidung in einem Normenkontrollverfahren gerichtete Antrag des Antragstellers ist zulässig, aber unbegründet.

Der Antragsteller ist antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1, Abs. 6 VwGO. Er kann geltend machen, durch die angegriffenen Regelungen in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG betroffen zu sein.

Dem auch sonst zulässigen Antrag auf Erlass der begehrten Vorabregelung kann jedoch in der Sache nicht entsprochen werden. Die von dem Antragsteller beantragte vorläufige Außervollzugsetzung des § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP ist im Rechtsinne nicht zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen „dringend geboten“ (§ 47 Abs. 6 VwGO). Auch die Geltendmachung einer „dringenden Notwendigkeit“ aus anderen „wichtigen Gründen“ dient nach der Rechtsprechung des Senats ungeachtet des objektiven Charakters des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollverfahrens vor allem dem Individualrechtsschutz beziehungsweise einer Sicherstellung seiner Effektivität (Art. 19 Abs. 4 GG). Daher kann das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 47 Abs. 6 VwGO sich nur aus einer negativen Betroffenheit eigener Interessen konkret des jeweiligen Antragstellers ergeben, hingegen nicht aus der Beeinträchtigung sonstiger Belange oder Interessen Dritter mit Blick auf deren mögliche Betroffenheit in ihren Grundrechten durch die Rechtsverordnung hergeleitet werden.²

² vgl. dazu OVG des Saarlandes, Beschluss vom 25.10.2012 – 2 B 217/12 –, Juris

Im Rahmen der Entscheidung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wie bei sonstigen verwaltungsprozessualen Eilrechtsschutzersuchen (§§ 80 Abs. 5, 80a oder 123 Abs. 1 VwGO) in erster Linie auf die prognostische Beurteilung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache, hier des Normenkontrollantrags, abzustellen.³ Lassen diese sich nicht verlässlich abschätzen, so ist wegen der wortlautmäßigen Anlehnung an § 32 BVerfGG wie bei verfassungsgerichtlichen Vorabentscheidungen eine Folgenbetrachtung⁴ vorzunehmen.

Im vorliegenden Fall sind die Erfolgsaussichten einer Normenkontrolle in der Hauptsache offen (1.); die begehrte einstweilige Anordnung ist nicht auf Grund der in folgedessen vorzunehmenden Folgenabwägung geboten (2.).

1. Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie hat der Antragsteller nicht geltend gemacht. Der Senat geht daher aufgrund summarischer Prüfung für das vorliegende Eilverfahren davon aus, dass der § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP seine Rechtsgrundlage in den §§ 32 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 14 und Abs. 7 Nr. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG findet.

a) Offen ist, ob ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt. Das daraus 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 Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. In seiner Ausprägung als Willkürverbot gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, dass der Gesetzgeber im konkreten Zusammenhang von mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste oder gar

³ vgl. hierzu etwa BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 – 4 VR 5.14 –, BRS 83 Nr. 190, wonach Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO jedenfalls bei Bebauungsplänen zunächst die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags sind, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen

⁴ vgl. dazu OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 5.2.2014 – 2 B 468/13 –, SKZ 2014, 200, Leitsatz Nr. 28, und vom 11.10.2012 – 2 B 272/12 –, SKZ 2013, 44, wonach insoweit für die gebotene Abwägung der beteiligten Interessen auf die Vor- und Nachteile abzustellen ist, die eintreten, wenn die Anordnung antragsgemäß ergeht, die Norm sich später aber als gültig erweist, denen die Folgen gegenüberzustellen sind, die sich ergeben, wenn die Norm vollzogen wird, sich später jedoch deren Ungültigkeit herausstellt

die „vernünftigste“ wählt. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist vielmehr erst anzunehmen, wenn offenkundig ist, dass sich für die angegriffene normative Regelung und eine durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden lässt.⁵ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei dem Ansatz der stufenweisen Lockerung eine strikt am Gedanken der Gleichbehandlung aller betroffenen Lebensbereiche orientierte Regelung nicht leistbar ist.⁶ Bei der Entscheidung, welche konkreten Bereiche des öffentlichen Lebens wieder eine Öffnung erfahren, die infektionsschutzrechtlich vertretbar ist, hat der Verordnungsgeber in ex-ante-Perspektive unter Abwägung der verschiedenen Belange des Grundrechtsschutzes und weiterer, auch volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte zu entscheiden. Dabei kommt ihm ein weiter Einschätzungsspielraum zu. Dass dieser Spielraum hier überschritten wurde, ist jedenfalls nicht offensichtlich. Soweit der Antragsteller geltend macht, die Erbringung von Dienstleistungen in einem Friseursalon unterscheide sich nicht wesentlich von der Erbringung von Dienstleistungen des Optikers oder des Hörgeräteakustikers, lässt sich dem bereits entgegenhalten, dass es sich bei den von Optikern und Hörgeräteakustikern angebotenen Leistungen anders als bei Friseuren schwerpunktmäßig um medizinische Dienstleistungen handelt. Dagegen könnte unter dem Aspekt des Infektionsschutzes eine Vergleichbarkeit der Friseursalons mit anderen Handwerksberufen sowie mit Geschäften des Einzelhandels eher naheliegen. Hier wie dort kommt es zu einem mehr oder weniger zufälligen Zusammentreffen mehrerer Personen in geschlossenen Räumen. Anders als im Einzelhandel ist die Zahl der gleichzeitig anwesenden Kundinnen und Kunden in einem Friseurbetrieb sogar regelmäßig begrenzt. Während bei Friseurbetrieben, den Kundinnen und Kunden ein fester Platz zugewiesen wird, kommt es bei Geschäften des Einzelhandels des Öfteren zu Situationen, in denen das allgemeine Abstandsgebot nicht eingehalten werden kann (z.B. im Kassenbereich). Der Antragsteller hat bezüglich der in seinem Betrieb bestehenden (vergleichsweise geringen) Infektionsgefahr substantiiert darauf hingewiesen, dass seit Beginn der Pandemie bis heute im gesamten Bundesgebiet

⁵ vgl. dazu etwa BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BauR 2007, 98, m.w.N. insbesondere zur sog. „Elementelehre“ beim Vergleich zu betrachtender Sachverhalte <dort: Festlegung von Schwellenwerten im Bereich öffentlicher Vergaben>

⁶ vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 23.3.2021 - 3 MR 15/21 -, juris

gerade einmal 105 Personen bei 186.811 Vollzeitbeschäftigten aus dem Friseurhandwerk bei ihrer jeweiligen Berufsgenossenschaft mit einem positiven SARS-CoV-2-Nachweis gemeldet worden; in dem Zeitraum vom 10.12.2021 bis zum 31.1.2022 sei sogar kein einziger Fall neu hinzugekommen. Zudem hat er unwidersprochen und glaubhaft vorgetragen, dass er bei der Erbringung von Dienstleistungen in seinem Friseursalon einer Vielzahl von Hygienebestimmungen - vor allem durch die Berufsgenossenschaft - unterliegt. Aufgrund dieser Besonderheiten könnte speziell für den Friseurbereich eine Gleichbehandlung mit dem Einzelhandel geboten sein. Dies bedarf jedoch hier keiner abschließenden Entscheidung.

b) Ebenfalls offen ist, ob ein Verstoß gegen die Freiheitsrechte aus Art. 12 und 14 GG infolge einer Nichteinhaltung des für Grundrechtsbeschränkungen geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorliegt. Insoweit ist unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme zu fragen, ob dem aufgrund der bei Friseurdienstleistungen notwendigen körperlichen Nähe bestehenden Infektionsrisiko mit der Anordnung einer Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus mittels eines 3G-Nachweises hinreichend, d.h. in gleichermaßen geeigneter Weise entgegen getreten werden kann. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der sehr umfangreichen, dem Antragsteller durch seine Berufsgenossenschaft auferlegten Hygienemaßnahmen, die in der Antragsschrift ausführlich beschrieben sind. Der Gefahr der Ansteckung weiterer Personen und der Ausbreitung des Virus könnte möglicherweise durch einen tagesaktuellen negativen Antigen-Schnelltest für die nichtgeimpften oder genesenen Kundinnen und Kunden des Antragstellers in Anwendung der 3G-Regel ebenso wirksam begegnet werden. Soweit der Antragsgegner in dem Zusammenhang einwendet, die im Friseursalon Beschäftigten hätten am Tag mehrfache Kontakte ohne Mindestabstand, so dass sich die Zahl der Kontakte auch für den jeweiligen Kunden potenziere, überzeugt insoweit nicht, als der Antragsteller glaubhaft versichert hat, dass er und seine Mitarbeiter durchgängig während der Arbeit eine FFP2-Maske tragen. Hinsichtlich der Angemessenheit der durch § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP angeordneten 2G-Plus Nachweispflicht sind die - allerdings zeitlich befris-

teten - Umsatzeinbußen für den Antragsteller auf der einen Seite und der – nach seinem Vorbringen sehr geringe – Nutzen der Maßnahme gegenüberzustellen. Dabei sind auch die bisherigen „Sonderopfer“ des Antragstellers durch die „Lock-downs“ der vergangenen zwei Jahre zu berücksichtigen. Ob diese Abwägung hier noch zu einem Überwiegen der öffentlichen Interessen gegenüber dem Interesse des Antragstellers an der Vermeidung weiterer Umsatzeinbußen führt, erscheint fraglich.

2. Bei demnach offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer reinen Folgenabwägung in Anlehnung an den § 32 BVerfGG⁷ haben die Interessen des Antragstellers, von den in § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP bestimmten Einschränkungen sofort verschont zu bleiben, hinter den schwerwiegenden öffentlichen und privaten – mit Blick auf den Erhalt eines funktionierenden Systems der Gesundheitsversorgung vor allem bei schwerwiegenden bis lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen auch der Bevölkerung insgesamt – Interessen an einer Eindämmung des Infektionsgeschehens und Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems zurückzutreten. Dass die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Interessen des Antragstellers die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen und deshalb die nur in Ausnahmefällen in Betracht kommende „vorläufige“ Außervollzugsetzung der Verordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO rechtfertigen, kann nicht angenommen werden.⁸

Würde der Senat die angegriffene Regelung außer Vollzug setzen, bliebe ein Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber ohne Erfolg, könnte der Antragsteller zwar vorübergehend die von ihm geltend gemachte Beeinträchtigung seiner unternehmerischen Freiheit vermeiden. Ein durchaus wesentlicher Baustein der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie des Antragsgegners würde jedoch in

⁷ vgl. auch OVG des Saarlandes – 1. Senat –, Beschlüsse vom 9.4.2020 – 1 B 83/20 –I, bei Juris, und vom 20.12.2018 – 1 B 231/18 –, ZfWG 2019, 166, zum generellen Erfordernis einer Folgenabwägung in Eilrechtsschutzverfahren unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären

⁸ vgl. auch dazu BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 - 4 VR 5.14 -, BRS 83 Nr. 190

seiner Wirkung reduziert,⁹ und dies in einem Zeitpunkt eines immer noch dynamischen Infektionsgeschehens. Nach dem wöchentlichen Lagebericht des Robert-Koch-Instituts (RKI) vom 17.2.2022 ist zwar der Höhepunkt der fünften Welle voraussichtlich erreicht. Es herrscht jedoch weiter ein sehr hoher Infektionsdruck in der Bevölkerung. Die Infektionsgefährdung wird für die Gruppe der Ungeimpften als sehr hoch, für die Gruppen der Genesenen und Geimpften mit Grundimmunsierung (zweimalige Impfung) als hoch und für die Gruppe der Geimpften mit Auffrischimpfung (dreimalige Impfung) als moderat eingeschätzt. Nach den Zahlen des RKI bleibt die Zahl der durch die Omikron-Welle bedingten Krankenhaus-Neuaufnahmen auf einem konstanten Niveau bzw. ist zuletzt sogar wieder ansteigend. Die 7-Tage-Inzidenz beträgt im Saarland 1.402 (Stand: 20.2.2022), ein weiterhin hoher Wert. Die Möglichkeit, die in § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP angeordnete Schutzmaßnahme zu ergreifen und so die Verbreitung der Infektionskrankheit zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung, einem auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG überragend wichtigen Gemeinwohlbelang, effektiver zu verhindern, bliebe bei einer Außervollzugsetzung der Norm zumindest zeitweise (irreversibel) ungenutzt. Dadurch könnte sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus, der erneuten Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen erhöhen. Würde hingegen die streitgegenständliche Verordnungsregelung nicht vorläufig teilweise außer Vollzug gesetzt, hätte ein Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre dem Antragsteller für eine gewisse Zeit zu Unrecht der aus § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP resultierenden Beschränkung mit der Folge weiterer Umsatzeinbußen ausgesetzt. Der dadurch bewirkte Eingriff in seine unternehmerische Freiheit würde verfestigt. Das (nachvollziehbare) Interesse des Antragstellers hat aber hinter dem überragenden öffentlichen Interesse an Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen zurückstehen. In die Folgenabwägung ist dabei mit maßgeblichem Gewicht einzustellen, dass die Geltung der Verordnung gemäß § 17 Abs. 2 VO-CP bis zum 4.3.2022 begrenzt ist. Der Bund und die Länder haben sich in ihrem Corona-Gipfel am 16.2.2022 darauf

⁹ vgl. zur Berücksichtigung dieses Aspekts in der Folgenabwägung: BVerfG, Beschluss vom 1.5.2020 - 1 BvQ 42/20 -, juris

verständnis, dass in der zweiten Stufe der dort beschlossenen Lockerungsmaßnahmen ab dem 4.3.2022 für körpernahe Dienstleistungen wie Friseure die 3G-Regel gelten soll. Die saarländische Landesregierung hat angekündigt, diese Maßnahmen entsprechend dem von Bund und Ländern beschlossenen Plan umzusetzen.¹⁰ Infolge dessen geht der Senat zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon aus, dass die in § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP angeordnete Nachweispflicht über das Nichtvorliegen einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus bei der Inanspruchnahme von Friseurdienstleistungen mittels der Vorlage eines 2G-plus-Nachweises aller Voraussicht nach nur noch für eine verhältnismäßig kurze Zeit gelten wird. Für diesen beschränkten Zeitraum ist dem Antragsteller die durch § 6 Abs. 2 Nr. 1 VO-CP bewirkte Einschränkung seiner unternehmerischen Freiheit noch zumutbar.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf dem § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung findet ihre Grundlage in den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Da der Eilantrag inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache zielt, ist die Reduzierung des Gegenstandswertes für das Eilverfahren auf der Grundlage von Ziff. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht angebracht.

Der Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Bitz

Dr. Kiefer

Vohl

Beglaubigt:

Saarlouis, den 22. Februar 2022

-elektronisch signiert-

¹⁰ Vgl. Saarbrücker Zeitung vom 17.2.2022, A1 „Fast alle Corona-Regeln sollen am 20. März enden“; sowie den Bericht bei SR-Online vom 16.2.2022 „Saarland lockert Corona-Maßnahmen ab Samstag“

Schirra, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle