

2 B 320/20



OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

BESCHLUSS

In dem Verfahren

der A., A-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dipl.Jur. B.,
B-Straße, B-Stadt, - -

gegen

das Saarland, vertreten durch die Landesregierung, Staatskanzlei, Am Ludwigs-
platz 14, 66117 Saarbrücken,

- Antragsgegner -

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

w e g e n Seuchenrechts (Rechtsverordnung Corona; Gastronomiebetrieb)
hier: Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch
den B. am Oberverwaltungsgericht Dr. Kiefer, die Richterin am Oberverwaltungs-
gericht Vohl und den B. am Oberverwaltungsgericht Helling

am 12. November 2020 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen

Die Kosten des Verfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Der Streitwert wird auf 15.000,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin betreibt in A-Stadt ein Restaurant, in dem Tapas und warme Gerichte angeboten werden. Sie wendet sich mit einem am 2.11.2020 eingeleiteten Normenkontrollverfahren (2 C 319/20) gegen das Verbot von Betrieben des Gaststättengewerbes in dem seit dem 1.11.2020 in Kraft getretenen § 7 Abs. 1 der Verordnung des Antragsgegners zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (VO-CP) vom 30.10.2020. Im vorliegenden Verfahren beantragt sie, dieses Verbot im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen.

Die Antragstellerin macht im Wesentlichen geltend, die angegriffene Vorschrift sei bereits formell rechtswidrig, weil es ihr an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage in einem formellen Parlamentsgesetz mangle. Angesichts der besonderen Schwere des in der Betriebsschließungsanordnung liegenden Eingriffs stehe eine für die Ausübung ihrer Grundrechte wesentliche Regelung in Rede, so dass die Modalitäten im IfSG möglichst genau zu regeln wären. In seinem Beschluss vom 28.8.2020 (Az.: Lv 15/20) habe der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes festgestellt, dass der in der Anordnung der Kontaktdatenerfassung in der Gastronomie liegende Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten schon deshalb nicht gerechtfertigt sei, weil es an einer hinreichenden

formell-gesetzlichen Grundlage fehle, insbesondere sei die infektionsschutzrechtliche Generalklausel insoweit zu unbestimmt. Wenn aber bereits der mit der Anordnung der Kontaktdatenerfassung verbundene - nur mittelbare - Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten nicht auf die insoweit zu unbestimmte infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden könne, scheide diese zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsausübungs- und Gewerbefreiheit in Gestalt einer kompletten Betriebsschließung erst recht aus. Dass der Senat im Beschluss vom 22.4.2020 (Az.: 2 B 128/20) die infektionsschutzrechtliche Generalklausel in seiner bisherigen Rechtsprechung als voraussichtlich ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung pandemiebedingter Betriebsschließungen im Gaststättengewerbe angesehen habe, stehe dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Mittlerweile dauere die pandemische Lage bereits weit über ein halbes Jahr an und es seien wieder genau diejenigen drakonischen Maßnahmen verhängt worden, welche man am Anfang der Pandemie für singulär und temporär gehalten habe. Wenn der Bundesgesetzgeber dem ihm von Verfassung wegen obliegenden Regelungsauftrag mit Blick auf wesentliche Fragen vorsätzlich nicht nachkomme, sei es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, rechtsdogmatisch „verkorkste“ Verordnungswerke der hier verfahrensgegenständlichen Art im Wege judikativer Amtshilfe zu „halten“. Die seitens des Senats in dem erwähnten Beschluss vom 22.4.2020 angesprochene Problematik im Hinblick auf die gemäß Artikel 100 Abs. 1 GG beim Bundesverfassungsgericht monopolisierte Normverwerfungskompetenz stelle sich bei Licht betrachtet gar nicht, denn es gehe fallbezogen nicht um eine Normverwerfung mit Blick auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, sondern um die Verwerfung der hier streitgegenständlichen Verordnungsvorschrift. Die bisherige Rechtsprechung des Senats stehe dem hier gefundenen Ergebnis im Übrigen auch deshalb nicht entgegen, weil sie durch den Beschluss des Saarländischen Verfassungsgerichtshofs vom 28.8.2020, welcher das OVG gemäß § 10 Abs. 1 VerfGHG binde, inhaltlich überholt sei. Die Vorschrift erweise sich darüber hinaus auch als materiell rechtswidrig, da die Norm die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 44 SVerf verletze. Die Betriebsschließung sei weder geeignet, noch erforderlich, noch angemessen,

um den von Seiten des Antragsgegners angegebenen Zweck der Verringerung der Zahl der Neuinfektionen mit dem Ziel der Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems zu erreichen. Gerade vor dem Hintergrund der anstehenden Wintermonate und der witterungsbedingten Einschränkungen möglicher Aktivitäten im Freien sei es vollkommen fernliegend zu glauben, die Bürger würden nunmehr einfach zu Hause bleiben. Diese würden sich ihre sozialen Kontakte nachvollziehbarerweise nicht nehmen lassen, so dass sie sich zwangsläufig in Privaträumlichkeiten verlagerten. Während mit der öffentlichen Gastronomie aufgrund der seit Monaten erfolgreich praktizierten Hygienekonzepte einschließlich der vom Saarländischen Verfassungsgerichtshof näher ausgestalteten Kontaktnachverfolgung ein verhältnismäßig sicheres Forum für die unvermeidlichen sozialen Kontakte zur Verfügung stehe, könne hiervon in Privaträumlichkeiten ersichtlich keine Rede sein. Dies gelte umso mehr, als die Gastronomie selbst nach Meinung des Robert-Koch-Instituts (RKI) im Rahmen des Infektionsgeschehens nur eine sehr untergeordnete Rolle spiele. Insbesondere sei die Gastronomie kein „Treiber“ der Pandemie. Die weitaus größte Zahl an Infektionen entstehe nach Meinung des RKI vielmehr im privaten Bereich. Dem könne auch nicht entgegen gehalten werden, das Infektionsgeschehen werde immer diffuser und die Infektionswege seien nur noch etwa zu 25 % sicher nachvollziehbar. Die Schließung der Gastronomie sei auch nicht erforderlich, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Die bereits zu Beginn der Pandemie von Seiten des Antragsgegners und der Bundesregierung in den Raum gestellten schlimmsten Horror-Szenarien hätten sich allesamt nicht ansatzweise bewahrheitet. Das Gesundheitssystem sei selbst in der Hochphase der sogenannten ersten Welle weit von einer Überlastung entfernt gewesen. Das an die Wand gemalte Horror-Szenario des Triagierens von Patienten sei selbst vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 16.7.2020 (1 BvR 1541/20) als völlig unrealistisch eingestuft worden. Dass die befürchtete Überlastung des Gesundheitssystems bei Lichte betrachtet fernliegend sei, ergebe sich im Übrigen auch aus den vom RKI selbst veröffentlichten Daten bezogen sowohl auf Deutschland als auch auf das Saarland, was die beigefügten Grafiken belegten. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Politik die Lage in den Krankenhäusern besser einschätzen könne als die Kli-

nikbetreiber selbst, wäre es wesentlich naheliegender, die rund 10 Mrd. Euro, die nunmehr als Entschädigung für die vom zweiten „Lockdown“ betroffenen Unternehmen bereitgestellt werden sollen, in das Gesundheitssystem zu investieren und den Klinikbetreibern sowohl durch die genannte Leerstandsprämie als auch durch die Einstellung zusätzlichen Personals die Versorgung einer größeren Zahl an Covid-19 Patienten zu ermöglichen. Überhaupt bestünden gegen die von Seiten des Antragsgegners behauptete besondere Gefährlichkeit der Corona-Erkrankung durchgreifende Bedenken, denn jedenfalls eine Übersterblichkeit sei im Jahr 2020 gegenüber dem Durchschnitt der drei vorvergangenen Jahre statistisch nicht feststellbar. Die vom Antragsgegner betriebene Fokussierung allein auf Infektionszahlen erweise sich nicht als zielführend. Zur realistischen Bewertung der epidemischen Gesamtlage hätten weitere Faktoren berücksichtigt werden müssen. Zunächst einmal werde gegenwärtig um ein Vielfaches mehr getestet als zu Beginn der Pandemie, weswegen natürlich auch die Zahl der positiv Getesteten in die Höhe schnelle, ohne dass sich am eigentlichen Pandemiegeschehen etwas geändert hätte. Abzustellen sei daher nicht auf die Infektionszahlen, sondern auf eine Gesamtschau der Krankheitszahlen, der Intensivpatienten, der Todesfälle und der zur Verfügung stehenden intensiv-medizinischen Kapazitäten. Der Virologe Prof. Dr. Hendrik Streeck habe die Fixierung der Politik allein auf die Infektionszahlen ausdrücklich kritisiert und die Einführung einer Corona-Ampel gefordert, welche punktuelle und lokal begrenzte Eingriffe unterschiedlicher Intensität ermögliche. Dies würde sich als deutlich milderes Mittel darstellen als die nunmehr nach dem „Rasenmäher“ verordnete Schließung der Gastronomie. Jedenfalls fehle es an der Angemessenheit der verfügten gastronomischen Betriebschließungen. Der gesamtwirtschaftliche Schaden durch die einmonatige Schließung der bundesdeutschen Gastronomie werde etwa 5,8 Mrd. Euro verursachen, was einem Verlust von 55 % der üblichen Wirtschaftsleistung in einem Vierteljahr entspreche und voraussichtlich rund 100.000 Arbeitsplätze kosten. Insoweit sei in Rechnung zu stellen, dass die Gastronomen in den vergangenen Monaten erhebliche Investitionen getätigt hätten, um die geltenden Hygieneanforderungen zu erfüllen. Bei dieser Sachlage stelle es einen Verstoß gegen den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben dar, wenn man die Gastwirte, welche

über Monate hinweg erhebliche finanzielle Aufwendungen getätigt hätten, um alle Hygienevorgaben zu erfüllen, nunmehr mit einer kompletten Betriebsschließung „belohne“. Der in der Maßnahme zu sehende existenzgefährdende Eingriff sei auch nicht deshalb als angemessen zu bewerten, weil er - zunächst - nur zeitlich befristet gelte. Es werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht bei einem einmonatigen „Lockdown“ bleiben. Irrelevant sei die Ankündigung, den Gastronomen werde bis zu 75 % ihres im November 2019 erzielten Umsatzes als Entschädigung gezahlt. Dies sei bislang lediglich eine politische Absichtserklärung, die durch keinerlei einklagbare Rechtsansprüche abgesichert sei. Selbst wenn die angekündigten Hilfen tatsächlich demnächst beschlossen werden sollten, würde dies nichts an der Unangemessenheit der Norm im allein maßgeblichen Zeitpunkt ihres Erlasses ändern. Die Maßnahme verstoße darüber hinaus gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG i.V.m. Artikel 12 SVerf. Relevante Vergleichsgruppe seien fallbezogen Gastronomiebetriebe. Innerhalb dieser Vergleichsgruppe würden jedoch Kantinen anders behandelt als sonstige Gastronomiebetriebe, weil diese nicht geschlossen würden. Schließlich erweise sich die Maßnahme auch als inkonsistent und widersprüchlich und verstoße daher gegen das Gebot der Folgerichtigkeit. Während in Gaststätten und Restaurants die Gäste von geschultem Personal auf Basis eines Hygienekonzepts zu ihren jeweiligen Plätzen eskortiert würden und dort in Abstand zu anderen Gästen sitzend verblieben, stünden die Gäste in Kantinen in langen Warteschlangen, in denen die Abstandswahrung deutlich erschwert sei. Als dem Regelungskonzept ebenfalls diametral zuwiderlaufend müsse die Ausnahme für Frisörgeschäfte angesehen werden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die in diesem Bereich kontaktintensiven und darum auch infektionsgeneigten Dienstleistungen weiterhin angeboten würden dürften. Der Antragstellerin und ihren Gesellschaftern drohten durch die verfügte Betriebsschließung der wirtschaftliche Ruin und der Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz. Ein Lieferservice stelle keine Option dar. Auch der bislang ergänzend zum stationären gastronomischen Angebot vorgehaltene Abholservice werde mangels Rentabilität nicht fortgeführt werden können. Durch den deshalb zu erwartenden kompletten Betriebsstillstand drohe der Antragstellerin nicht nur der Verlust eines Zwölftels ihres Jahresumsatzes, sondern weiterer fi-

nanzieller Schaden durch die weiterlaufenden Betriebskosten, insbesondere durch die zu zahlenden Gehälter, da im Niedriglohnbereich keine Kurzarbeit in Betracht komme. Überdies sei eine dauerhafte Abwanderung der Stammkundschaft zu besorgen. Insofern werde auf die beigelegte - nicht datiert - eidesstattliche Versicherung der Gesellschafterin der Antragstellerin verwiesen. Des Weiteren werde auf das Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 2.11.2020 (Az.: 733 OWI-127 JS 75/20-64/20) verwiesen, welches mit ausführlicher Begründung darlege, weshalb grundrechtsintensive Eingriffe der hier wie dort in Rede stehenden Art wegen des bestehenden Parlamentsvorbehalts nicht durch Rechtsverordnung angeordnet werden könnten. Hinsichtlich der angeblich drohenden Überlastung des Gesundheitssystems werde auf einen Pressebericht des Saarländischen Rundfunks/Saartext vom 3.11.2020 hingewiesen, ausweislich dessen sich das Universitätsklinikum des Saarlandes „gut gerüstet“ sehe. Zudem werde auf den Pressebericht vom 5.11.2020 hingewiesen, wonach das Saarland acht neue Corona-Patienten aus Frankreich aufnehmen werde. Hinzu komme, dass die Reproduktionsrate des Corona-Virus nach Angaben des RKI schon seit Wochen kontinuierlich abnehme und seit einigen Tagen konstant unter dem Wert von 1,0 liege. Soweit einige Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe die neuerlichen Corona-Zwangmaßnahmen unter Verstoß gegen Artikel 19 Abs. 4 GG nur auf Basis einer Folgenabwägung mit dem Argument gehalten hätten, die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sei durch die in Aussicht gestellten Finanzhilfen für die Gastwirte noch gewahrt, verfange dies schon deshalb nicht, weil bloße politische Absichtserklärungen über eine angebliche Entschädigung für die rechtliche Bewertung der Gültigkeit der Norm im Zeitpunkt ihres Erlasses durchweg irrelevant seien.

Der Antragsgegner ist dem Antrag mit Schreiben vom 9.11.2020 entgegengetreten.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§§ 47 Abs. 6 u. Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 18 AGVwGO Saar) ist zulässig (A.) aber unbegründet (B.) Die inhaltliche Begrenzung des Normenkontrollantrags auf § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP unterliegt unter dem Aspekt einer Teilbarkeit der auf ganz unterschiedliche Lebensbereiche mit einer jeweils eigenen Betroffenheit zielenden Vorschriften der Verordnung keinen Bedenken.

A.

Der nach §§ 47 Abs. 6 und Abs. 1 Nr. 2 VwGO, 18 AGVwGO Saar auf teilweise vorläufige Außervollzugsetzung der Verordnung im Vorgriff auf eine Entscheidung in dem seit dem 2.11.2020 anhängigen Normenkontrollbegehren gerichtete Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1, Abs. 6 VwGO. Sie ist als Betreiberin eines Gastronomiebetriebes durch die ihr auferlegte Verpflichtung in § 7 Abs. 1 VO-CP nach eigenem Vortrag in ihren Grundrechten aus den Art. 12, 14 und 3 GG betroffen. Das besondere Regelungsinteresse des § 47 Abs. 6 VwGO im Sinne erheblich gesteigerter „Dringlichkeit“ ergibt sich aus diesem Vorbringen.

B.

Dem Antrag auf Erlass der begehrten Vorabregelung kann jedoch in der Sache nicht entsprochen werden. Die von der Antragstellerin der Sache nach beantragte vorläufige Außervollzugsetzung der ihr aufgrund des § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP auferlegten Betriebsuntersagung ist im Rechtssinne nicht zur Abwendung schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen „dringend geboten“ (§ 47 Abs. 6 VwGO).

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.¹ Lassen sie sich nicht - auch nicht in der Tendenz - verlässlich abschätzen, so ist wegen der wortlautmäßigen Anlehnung an § 32 BVerfGG wie bei verfassungsgerichtlichen Vorabentscheidungen eine Folgenbetrachtung² vorzunehmen. Das Vorbringen der Antragstellerin rechtfertigt - im Ergebnis nach beiden Maßstäben - nicht die vorläufige Aussetzung der Vollziehung des § 7 Abs. 1 VO-CP.

1. Formelle Fehler beim Zustandekommen der streitgegenständlichen Rechtsverordnung einschließlich ihrer Inkraftsetzung durch die Verkündung im Amtsblatt des Saarlandes am 31.10.2020 sind nicht ersichtlich.

Ob die von der Antragstellerin angegriffene Rechtsverordnung aus gegenwärtiger Sicht trotz des nunmehr – bezogen auf den Fall der Antragstellerin aber auch in anderen Bereichen – wenn auch mit Unterbrechungen über Monate dauernden Betriebsverbots noch eine ausreichende Grundlage in dem § 32 Satz 1 IfSG³ findet, obwohl in diesem gesamten Zeitraum bisher keine zumindest bestätigende oder die zahlreichen erheblichen Eingriffe in Grundrechte der saarländischen Bürgerinnen und Bürger „billigende“ Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers erwirkt wurde, ist – wie die Antragstellerin ebenfalls umfangreich vorträgt – in der Tat sehr zweifelhaft und erlangt mit zunehmendem Zeitablauf steigende Relevanz. Die Beantwortung dieser Frage lässt der Senat indes auch für das vorliegende Eilrechtsschutzverfahren erneut noch einmal ausdrücklich dahingestellt⁴ mit

¹ vgl. hierzu etwa BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 - 4 VR 5.14 -, BRF 83 Nr. 190

² vgl. dazu OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 5.2.2014 - 2 B 468/13 -, SKZ 2014, 200 und vom 11.10.2012 - 2 B 272/12 -, SKZ 2013, 44

³ vgl. das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen – Infektionsschutzgesetz –, vom 20.7.2000, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 27.3.2020, BGBl. I, Seite 587

⁴ vgl. dazu bereits OVG des Saarlandes, Beschlüsse vom 22.4.2020 – 2 B 128/20 und 2 B 130/20 –, insbesondere auch zu den sich aus dem Gesetzesvorbehalt und dem damit verbundenen Wesentlichkeitsvorbehalts zugunsten des Gesetzgebers ergebenden – auch formellen – Anforderun-

Blick auf die derzeit sowohl auf Bundes- wie auch auf Landesebene eingeleiteten Versuche, den unter Verweis auf rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere den sogenannten „Parlamentsvorbehalt“, auch vom Senat⁵ geäußerten Bedenken durch eine Einbindung der gewählten Volksvertretungen bei der konkreten Anordnung der Einschränkungen von Grundrechten Rechnung zu tragen.⁶ Gleiches gilt für die Frage, ob der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes vom August 2020⁷ das Fehlen einer hinreichenden formell-gesetzlichen Grundlage im Wege eines „Erst-Recht-Schlusses“ entnommen werden kann oder sogar muss. So sollen bundesrechtlich unter anderem die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ im Sinne der Verordnungsermächtigung § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nun durch einen neuen § 28a IfSG näher bestimmt und konkretisiert werden. Auf Landesebene behandelt der Landtag des Saarlandes gegenwärtig einen von allen Fraktionen getragenen Entwurf für ein „Saarländisches COVID-19-Maßnahmengesetz“.⁸ Dem liegt die zutreffende Erkenntnis zugrunde, dass nach nunmehr mehr als einem halben Jahr die teils erheblichen Grundrechtseingriffe aufgrund der der Generalklausel in dem § 28 Abs. 1 IfSG (§ 32 IfSG) als Rechtsgrundlage „im Hinblick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz“ „zunehmend problematischer“ werden. Da diese Regelungen konkret absehbar sind, sieht der Senat, der anders als der Verfassungsgerichtshof nicht zur Bestimmung von Fristen für die Ausräumung von Verfassungsverstößen befugt ist, im vorliegenden Anordnungsverfahren weiter keine Veranlassung, in der gegenwärtigen Situation die bisherige Rechtslage im Vorgriff auf ein Hauptsacheverfahren entscheidungstragend einer weiteren

gen an die Eingriffe in die Schutzbereiche verschiedenster Grundrechte beziehungsweise dem Vorwurf einer verfassungsrechtlich unzulässigen „Blankettermächtigung“ am Maßstab des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), zum Parlamentsvorbehalt zu unter anderem bereits OVG des Saarlandes, Beschluss vom 27.4.2020 – 2 B 143/20 –, alle bei Juris

⁵ vgl. etwa OVG des Saarlandes, Beschluss vom 6.8.2020 – 2 B 258/20 –, bei juris und auf der Homepage des Gerichts

⁶ vgl. den Gesetzentwurf der Regierungsfractionen im Deutschen Bundestag vom 3.11.2020 – Drucksache 19/23944 – für ein Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite; dazu auch die Berichterstattung über geplante Änderungen des Infektionsschutzgesetzes zu dessen „Konkretisierung“, etwa bei LTO – *Legal Tribune Online*, vom 3.11.2020: „Mehr Rechtssicherheit für Coronamaßnahmen, Änderung des Infektionsschutzgesetzes kommt.“, sowie – auf Landesebene – den „nachtäglichen“ Gesetzentwurf für ein Saarländisches COVID-19-Maßnahmengesetz, Drucksache 16/1475 vom 2.11.2020

⁷ vgl. VerfGH, Beschluss vom 28.8.2020 – Lv 15/20 –

⁸ vgl. dazu die Drucksache 16/1475 vom 2.11.2020

Überprüfung zu unterziehen. Das gilt insbesondere für die in dem Entwurf des „Maßnahmengesetzes“ in § 3 vorgesehene Form der Beteiligung des Landtags.

2. Bei der allein möglichen summarischen Überprüfung lässt sich ferner ein Verstoß der angegriffenen Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP der Verordnung gegen höherrangiges Recht unter materiell-rechtlich inhaltlichen Gesichtspunkten derzeit ebenfalls nicht feststellen.

a) Soweit die Antragstellerin in Bezug auf die Freiheitsgrundrechte nach Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 44 SVerf die Nichteinhaltung des für Grundrechtsbeschränkungen geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rügt, kann dem nicht gefolgt werden.

Die Maßnahme verfolgt ein legitimes Ziel, indem sie bezweckt, Neuinfektionen soweit als möglich vorzubeugen und damit gleichzeitig auch die Ausbreitungsgeschwindigkeit der übertragbaren Krankheit COVID-19 innerhalb der Bevölkerung zu verringern. Dies dient u.a. dazu, eine Überlastung des öffentlichen Gesundheitssystems zu vermeiden. Zweck der Regelung ist somit der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit jedes Einzelnen wie auch der Bevölkerung insgesamt, wofür den Staat aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine umfassende Schutzpflicht trifft. Das Betriebsverbot von gastronomischen Einrichtungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP ist grundsätzlich geeignet, der Ausbreitung des Infektionsgeschehens entgegen zu wirken. Die Anordnung wurde als Reaktion auf eine Situation verfügt, in der sich der Verlauf der Pandemie in Deutschland zunehmend wieder verschärft. Den Angaben des fachkundigen Robert-Koch-Instituts⁹ (im Folgenden: RKI) zufolge, das nach § 4 IfSG zentrale Aufgaben im Zusammenhang mit der Vorbeugung übertragbarer Krankheiten und der Verhinderung ihrer Weiterverbreitung zu erfüllen hat, ist aktuell ein beschleunigter Anstieg der Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Als Maßnahme hiergegen wird u.a. empfohlen, die Kontakte soweit als möglich zu

⁹ vgl. das umfangreiche Zahlenwerk in RKI, „Täglicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019“ Stand 3.11.2020

reduzieren. Die anstehenden Wintermonate, in denen zu erwarten ist, dass sich die Bevölkerung vermehrt und längere Zeit in Innenräumen aufhält, lassen vor diesem Hintergrund ohne geeignete Schutzmaßnahmen eine weitere erhebliche Ausbreitung des Infektionsgeschehens erwarten.¹⁰ In diesem Kontext ist die Schließung der Gastronomiebetriebe zur Erreichung des angestrebten Ziels, Neuinfektionen vorzubeugen, geeignet, denn dadurch werden die Kontaktmöglichkeiten in den Gastronomiebetrieben beschränkt und es wird verhindert, dass sich wechselnde Gäste oder Gästegruppen zu dieser Zeit in den Einrichtungen einfinden.¹¹ Zudem werden die Kontaktmöglichkeiten auf dem Weg von und zu gastronomischen Einrichtungen und die erhöhte Attraktivität des öffentlichen Raums bei geschlossenen gastronomischen Einrichtungen reduziert.¹² Dies gilt unabhängig davon, ob Gaststätten bisher als „Treiber“ des Infektionsgeschehens in Erscheinung getreten sind oder nicht. Zwar werden - worauf die Antragstellerin hinweist - vom RKI als maßgeblicher Grund für Ausbrüche der Krankheit insbesondere private Feiern genannt. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass auch nach den Statistiken des RKI die Ansteckungsumstände auf „diffuse Gründe“ und nicht nachverfolgbare Umstände zurückzuführen ist. In zahlreichen Landkreisen kommt es zu einer Ausbreitung von SARS-CoV-2-Infektionen in die Bevölkerung, ohne dass Infektionsketten eindeutig nachvollziehbar sind. Aus Sicht des RKI sollten daher Menschenansammlungen - besonders in Innenräumen - möglichst gemieden werden.¹³ Es steht daher außer Zweifel, dass Zusammenkünfte in geschlossenen Räumen mit einer Vielzahl regelmäßig einander unbekannter Personen und längerer Verweildauer ein signifikant erhöhtes Infektionsrisiko mit sich bringen.¹⁴ Unter Berücksichtigung dessen, dass es bereits genügt, wenn das Ziel, durch Kontaktreduzierung einer Weiterverbreitung des Virus entgegen zu wirken, zumin-

¹⁰ vgl. OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.10.2020 - 13 B 1581/20.NE -, juris (betr. Regelung zur Sperrstunde für gastronomische Einrichtungen)

¹¹ vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 6.11.2020 – 13 MN 411/20 –; VGH München, Beschluss vom 5.11.2020, - 20 NE 20.2468 -; juris

¹² vgl. Beschluss des Senats vom 10.11.2020 - 2 B 308/20 - (Fitnessstudio), veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts; OVG Lüneburg, Beschluss vom 6.11.2020 – 13 MN 411/20 –, juris

¹³ vgl. RKI, „Täglicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019“

¹⁴ vgl. Beschluss des Senats vom 11.11.2020 - 2 B 313/20 - (Spielhalle), veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts

dest teilweise erreicht wird, ist von einer grundsätzlichen Geeignetheit der Maßnahme auszugehen.

Der Antragsgegner durfte die getroffene Regelung unter Berücksichtigung des ihm zukommenden Einschätzungsspielraums auch für erforderlich halten. Soweit die Antragstellerin die besondere Gefährlichkeit der Krankheit Covid-19 und die durch die ungebremsste Zunahme des Infektionsgeschehens drohende Überlastung des deutschen Gesundheitssystems in Abrede stellt, kann dem nicht gefolgt werden. Auch wenn nach heutigen Erkenntnissen nur ein geringer Teil der Erkrankungen schwer verläuft, kann das individuelle Risiko anhand der epidemiologischen und statistischen Daten nicht abgeleitet werden. So kann es auch ohne bekannte Vor-erkrankungen und bei jungen Menschen zu schweren bis hin zu lebensbedrohlichen Krankheitsverläufen kommen. Langzeitfolgen, auch nach leichten Verläufen, sind derzeit noch nicht abschätzbar. Die Belastung des Gesundheitssystems hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den hauptsächlich betroffenen Bevölkerungsgruppen, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen ab. Sie kann örtlich sehr schnell zunehmen und dann insbesondere das öffentliche Gesundheitswesen, aber auch die Einrichtungen für die ambulante und stationäre medizinische Versorgung stark belasten. Deshalb bleiben intensive gesamtgesellschaftliche Gegenmaßnahmen nötig, um die Folgen der COVID-19-Pandemie für Deutschland zu minimieren. Diese Maßnahmen verfolgen weiterhin das Ziel, die Infektionen in Deutschland so früh wie möglich zu erkennen und die weitere Ausbreitung des Virus einzudämmen. Hierdurch soll die Zeit für die Entwicklung von antiviralen Medikamenten und von Impfstoffen gewonnen werden. Auch sollen Belastungsspitzen im Gesundheitswesen vermieden werden.¹⁵ Von daher kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass der Staat verpflichtet ist, Gesundheit und Leben der Bevölkerung vor den Gefahren einer sich unkontrolliert ausbreitenden Pandemie und einer damit einhergehenden Überlastung der medizinischen Versorgung zu schützen.

¹⁵ vgl. ausführlich dazu und mit weiteren Nachweisen OVG Lüneburg, Beschluss vom 6.11.2020 – 13 MN 411/20 –, juris

Mildere, gleichermaßen geeignete Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens ergeben sich nicht aus bloßen Beschränkungen des Betriebs, etwa auf der Grundlage von Hygienekonzepten und deren notfalls zwangsweiser behördlicher Durchsetzung. Es ist angesichts der derzeitigen Infektionsdynamik nicht davon auszugehen, dass diese Konzepte infektionsschutzrechtlich eine vergleichbare Effektivität aufweisen wie Betriebsschließungen, zumal damit - wie bereits erwähnt - auch die Kontaktmöglichkeiten auf dem Weg von und zu gastronomischen Einrichtungen und die erhöhte Attraktivität des öffentlichen Raums reduziert werden können.

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP ist voraussichtlich auch angemessen. Zwar greifen Betriebsschließungen tiefgreifend in die Berufsausübungsfreiheit der Betreiberinnen und Betreiber von Gastronomiebetrieben ein und machen ihnen die Berufsausübung für einen Zeitraum unmöglich. Dabei ist auch zu sehen, dass die Betriebe - und auch die Antragstellerin - nach dem ersten „Lockdown“ im Frühjahr dieses Jahres erhebliche Arbeitskraft und unter Umständen auch finanzielle Mittel in die Umsetzung von infektionsschutzrechtlichen Hygienekonzepten investiert haben. Andererseits wird das Gewicht des von ihnen abverlangten „Opfers“ dadurch gemildert, dass ihnen staatlicherseits Kompensationen für die zu erwartenden Umsatzausfälle in durchaus erheblichem Umfang in Aussicht gestellt worden sind.¹⁶ Mit Blick auf die gravierenden, teils irreversiblen Folgen eines weiteren Anstiegs der Zahl von Ansteckungen und Erkrankungen für die hochwertigen Rechtsgüter Leib und Leben einer Vielzahl Betroffener sowie einer Überlastung des Gesundheitswesens ist der mit der vorübergehenden Betriebsschließung verbundene Eingriff in die Grundrechte der Art. 12, 14 GG hinzunehmen.¹⁷

¹⁶ vgl. den Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder v. 28.10.2020: "Für die von den temporären Schließungen erfassten Unternehmen, Betriebe, Selbständige, Vereine und Einrichtungen wird der Bund eine außerordentliche Wirtschaftshilfe gewähren, um sie für finanzielle Ausfälle zu entschädigen. Der Erstattungsbetrag beträgt 75% des entsprechenden Umsatzes des Vorjahresmonats für Unternehmen bis 50 Mitarbeiter, womit die Fixkosten des Unternehmens pauschaliert werden. Die Prozentsätze für größere Unternehmen werden nach Maßgabe der Obergrenzen der einschlägigen beihilferechtlichen Vorgaben ermittelt. Die Finanzhilfe wird ein Finanzvolumen von bis zu 10 Milliarden haben."

¹⁷ vgl. Beschluss des Senats vom 11.11.2020 - 2 B 313/20 - (Spielhalle), veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts; ebenso OVG Lüneburg, Beschluss vom 9.11.2020 - 13 MN 472/20 -, juris

b) Die von der Antragstellerin geltend gemachte Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG kann ebenfalls nicht festgestellt werden. In seiner Ausprägung als Willkürverbot gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, dass der Gesetzgeber im konkreten Zusammenhang von mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste oder gar 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.¹⁸ Das ist hier nicht der Fall. Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP angeordneten Betriebsverbote und -beschränkungen beruhen auf der nicht sachfremden Erwägung, dass ein ganz erheblicher Teil der für das Infektionsgeschehen relevanten sozialen Kontakte von vorneherein verhindert werden muss, und dass diese Verhinderung neben den ganz erheblichen Beschränkungen von Kontakten im privaten Bereich am gemeinwohlverträglichsten durch Verbote und Beschränkungen in den Bereichen Freizeit, Sport und Unterhaltung erreicht werden kann. Ganz allgemein ergibt sich eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht bereits daraus, dass die Verordnung keine einheitlichen Ge- und Verbote für alle unternehmerischen Tätigkeiten in den Bereichen Industrie, Gewerbe, Handel und Dienstleistungen vorsieht. Denn auch die insoweit getroffene Unterscheidung kann sachlich gerechtfertigt sein. Dabei ist die sachliche Rechtfertigung nicht allein anhand des infektionsschutzrechtlichen Gefahrengrades der betroffenen Tätigkeit zu beurteilen. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und Dritte und auch öffentliche Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.¹⁹ Vor diesem Hintergrund kann sich die Antragstellerin nicht mit Erfolg darauf berufen, es liege eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Kantinen vor, die nach § 7 Abs. 1 Satz 2 VO-CP von der Schließungsanordnung ausgenommen sind, denn Kantinen dienen ausschließlich der Verpflegung der Mitarbeiter eines Unternehmens oder

¹⁸ 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>

¹⁹ vgl. Beschluss des Senats vom 11.11.2020 - 2 B 313/20 - (Spielhalle), veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.4.2020 - 13 MN 77/20 -, juris

einer öffentlichen Einrichtung in den Arbeitspausen und unterscheiden sich von der übrigen Gastronomie durch die Zugangsbeschränkung für externe Personen. Ebenso wenig kann die Antragstellerin eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Friseurgeschäften für sich reklamieren, da es sich bei Gastronomiebetrieben und dem Friseurgewerbe um nicht vergleichbare wirtschaftliche Tätigkeiten handelt.

3. Auch bei „offenen“ Erfolgsaussichten in der Hauptsache und einer reinen Folgenabwägung in Anlehnung an den § 32 BVerfGG²⁰ hätten die Interessen der Antragstellerin, von der zeitlich befristeten Betriebsuntersagung sofort verschont zu bleiben, hinter den genannten 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 zurückzutreten. Dass die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen und die ohnehin nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommende „vorläufige“ Außervollzugsetzung der Verordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO) rechtfertigen, kann hier nicht angenommen werden.²¹

Würde der Senat die in § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP angeordnete Schließung von Gastronomiebetrieben für den Publikumsverkehr und Besuche außer Vollzug setzen, bliebe der Normenkontrollantrag in der Hauptsache aber ohne Erfolg, könnte die Antragstellerin zwar vorübergehend die mit der Schutzmaßnahme verbundene Schließung vermeiden. Ein durchaus wesentlicher Baustein der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie des Antragsgegners würde aber in seiner Wirkung deutlich reduziert, und dies in einem Zeitpunkt eines äußerst dynamischen Infektionsgeschehens. Die Möglichkeit, eine geeignete und erforderliche Schutzmaß-

²⁰ 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

²¹ vgl. auch dazu BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 – 4 VR 5.14 –, BRS 83Nr. 190

nahme 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 hingegen zumindest zeitweise bis zu einer Reaktion des Ordnungsgebers (irreversibel) ungenutzt. Würde hingegen die in § 7 Abs. 1 Satz 1 VO-CP angeordnete Schließung von Gastronomiebetrieben nicht vorläufig außer Vollzug gesetzt, hätte der Normenkontrollantrag aber in der Hauptsache Erfolg, wäre die Antragstellerin vorübergehend zu Unrecht zur Befolgung der - für den Fall der Nichtbefolgung bußgeldbewehrten - Schutzmaßnahme verpflichtet und müsste ihre Einrichtung für den Publikumsverkehr und Besuche schließen. Der damit jedenfalls verbundene Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG würde für die Dauer der Verpflichtung, längstens für die Dauer eines Hauptsacheverfahrens, verfestigt. Dieser Eingriff ist zwar von erheblichem Gewicht. Dieses Gewicht wird aber dadurch abgemildert, dass die Verordnung selbst Ausnahmen von der Betriebsschließung für „die Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen für den Verzehr außerhalb des Gastronomiebetriebs " ausdrücklich vorsieht. Soweit sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf beruft, dass die Bereitstellung eines Lieferservices für sie nicht rentabel ist, ist sie auf die staatlicherseits für die zu erwartenden Umsatzausfälle in durchaus erheblichem Umfang in Aussicht gestellte Kompensation zu verweisen. Der hiernach verbleibende Eingriff hat hinter dem mit der Maßnahme verfolgten legitimen Ziel eines effektiven Infektionsschutzes zurückzustehen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verordnung mit Ablauf des 15.11.2020 außer Kraft tritt (§ 14 Abs. 2 VO-CP). Damit ist sichergestellt, dass die Verordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Coronapandemie fortgeschrieben werden muss. Hierbei hat der Antragsgegner zu untersuchen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse etwa zu den Verbreitungswegen des Virus oder zur Gefahr einer Überlastung des Gesundheitssystems verantwortet werden kann, die Schließung - gegebenenfalls unter Auflagen - zu lockern.

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 Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier nicht angebracht.

Der Beschluss ist unanfechtbar.

gez. Dr. Kiefer

Vohl

Helling

Beglaubigt:

Saarlouis, den 13. November 2020

-elektronisch signiert-

Schirra, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle