

Az.: 3 B 370/20



**SÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT**

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium
für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt
Albertstraße 10, 01097 Dresden

- Antragsgegner -

prozessbevollmächtigt:

wegen

SächsCoronaSchVO vom 27. November 2020
hier: Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober und die Richterinnen am Obergerverwaltungsgericht Nagel, Schmidt-Rottmann und Dr. Helmert

am 2. Dezember 2020

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.

Der Streitwert wird auf 10.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin verfolgt mit ihrem Eilantrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO sinngemäß das Ziel, § 4 Abs. 1 Nr. 21 der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung - Sächs CoronaSchVO) vom 27. November 2020 (SächsGVBl. 2020, S. 666) insoweit einstweilen außer Vollzug zu setzen, als dort die Schließung von Gastronomiebetrieben angeordnet wird. Die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung hat - soweit hier streitgegenständlich - nachfolgenden Wortlaut:

„§ 4

Schließung von Einrichtungen und Angeboten

Untersagt ist mit Ausnahme zulässiger Onlineangebote der Betrieb von: (...)

21. Gastronomiebetrieben sowie Bars, Kneipen und ähnlichen Einrichtungen. Ausgenommen ist die Lieferung und Abholung von mitnahmefähigen Speisen und Getränken sowie der Betrieb von Kantinen und Mensen; (...)

(2) Von dem Verbot nach Absatz 1 sind das Betreten und Arbeiten durch Betreiber und Beschäftigte nicht erfasst.

§ 12
Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am 1. Dezember 2020 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung vom 10. November 2020 (Sächs-GVBl. S. 574) außer Kraft. (...)

(2) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 28. Dezember 2020 außer Kraft.“

2 Die Antragstellerin gibt in ihren Schriftsätzen vom 6. und 19. November 2020 an: Sie betreibe das „M.“ im L. Zentrum. Das Unternehmen bestehe aus einem Restaurant, einem Bio-Supermarkt, einem Bäcker und einer Markthalle. Das Unternehmen zeichne sich durch ein besonderes, ganzheitliches Konzept aus: Die Unternehmensteile würden nicht nur unter einem Label betrieben, sondern die besonderen Synergieeffekte würden genutzt. Lebensmittel aus dem Supermarkt würden im Restaurant angeboten, das Restaurant stelle Lebensmittel für den Verkauf im Supermarkt her. Durch die Schließung des Restaurants werde das Konzept erheblich gestört. Als „verbundenes Unternehmen“ erhalte der Betrieb keinerlei Förderung durch die öffentliche Hand. Die Regelungen verstießen gegen den Parlamentsvorbehalt. Durch den aktuellen Gesetzesentwurf seien keinerlei Besserungen zu erwarten; die im Rahmen der ersten Anhörung dazu aufgezeigten Mängel seien nicht vollständig behoben. Der Bestimmtheitsgrundsatz sei verletzt, da §§ 28, 32 IfSG nur Generalklauseln enthalte. Die Regelungen seien nicht begründet. Es sei kein Ermessen ausgeübt worden. Die angegriffenen Regelungen verstießen gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil Kantinen und Mensen weiterhin geöffnet sein dürften. Die L. Rathauskantine sei auch für externe Besucher geöffnet. Die Hygieneanforderungen könnten in einem Gastronomiebetrieb wie dem ihren besser eingehalten werden als dort. Die Schließung verstoße gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, da sie unverhältnismäßig sei. Die Gastronomie sei nach den Erkenntnissen kein Infektionsherd. Die Versorgung mit Intensivbetten sei nicht gefährdet. Wegen der Verlängerung der Maßnahmen sei die Schließung zumindest jetzt unverhältnismäßig.

3 Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

im Wege der einstweiligen Anordnung die Sächsische Coronaschutzverordnung vom 27. November 2020, hilfsweise § 4, äußerst hilfsweise § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO vom 27. November 2020 vorläufig außer Vollzug zu setzen.

4 Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge abzulehnen.

5 Zur Begründung legt er mit Schriftsatz vom 16. November 2020 im Einzelnen dar, weshalb die angegriffene Verordnung nach seiner Auffassung rechtmäßig ist. Maßnahmen wie die durch die angegriffene Verordnung im Freistaat Sachsen umgesetzten seien infolge des exponentiellen Anstiegs der täglich gemeldeten Neuinfektionen und der Gefahr, dass bei weiterer entsprechender Infektionsverbreitung sehr schnell eine Überlastung des vor allem stationär-intensivmedizinischen Gesundheitswesens eintreten würde, in der Folgezeit nahezu gleichermaßen in allen anderen Bundesländern und zeitgleich oder sogar zuvor schon in zahlreichen anderen europäischen Staaten erlassen worden. In vielen dieser Staaten gingen sie in ihrer Intensität und zeitlichen Ausdehnung noch weit über die nunmehr in der angegriffenen Verordnung enthaltenen hinaus. Insbesondere hätten verschiedene europäische Staaten entweder in den Nachtstunden oder ganz generell eine grundsätzliche Ausgangssperre verhängt, während derer das Verlassen der eigenen Häuslichkeit nur noch bei nachgewiesenem Vorliegen triftiger Gründe gestattet sei. Die Verordnung fände ihre Rechtsgrundlage in § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2 IfSG. Dies habe der Senat in dem Beschluss vom 29. April 2020 mit überzeugender Begründung bejaht. Auch wenn in den letzten Wochen und Monaten verstärkt, gerade auch im fachwissenschaftlichen Schriften, entsprechende Erwägungen angestellt worden und inzwischen intensiver Gegenstand politischer Erwägungen seien, könnten sie die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften nicht begründen. Es läge nunmehr ein Gesetzentwurf vor, der die Einfügung eines § 28a IfSG mit nachfolgend wiedergegebenen Wortlaut haben solle. Der Parlamentsvorbehalt stehe wegen der durch die Beteiligung des Parlaments eintretenden zeitlichen Verzögerung einer Verordnungsregelung nicht entgegen. Das Zitiergebot sei nicht verletzt. Nur noch eine übergreifende und globale Maßnahmenbündelung eröffne die Perspektive, das derzeit in Gang befindliche exponentielle Ansteigen der Infektionszahlen zu stoppen. Jegliche der nunmehr unterbundenen Einrichtungen, Veranstaltungen und Verhaltensweisen sei sinngemäß als Zweckveranlasser der durch sie ausgelösten oder in ihnen bestehenden Personenbegegnungen im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich mit ihren Ansteckungs- und Erkrankungsgefahren anzusehen. Derartige Personenbegegnungen seien in der derzeit gegebenen Lage soweit wie ir-

gend möglich auf das absolut erforderliche Minimum zu reduzieren. Die in den vergangenen Wochen an die Bevölkerung gerichteten Appelle hätten nicht gereicht, um die exponentiell gestiegene Zahl der Neuinfektionen zu verhindern. Dabei beruhe dieses exponentielle Ansteigen keineswegs vorrangig auf einer erhöhten Anzahl von Testungen, sondern vor allem darauf, dass der Prozentsatz der Infizierten je getesteter Personenzahl deutlich gestiegen sei und immer weiter steige. Dies belege die vermehrte Infizierung der Bevölkerung auch in Sachsen. Daher sei es unvermeidlich, überall dort, wo es nur irgendwie vertretbar sei, harte rechtsverbindliche Maßnahmen zu ergreifen. Lediglich die unverzichtbaren persönlichen Aktivitäten, einerseits zur Beschaffung der zur Lebensführung erforderlichen Gegenstände und Dienstleistungen, andererseits zur Aufrechterhaltung der beruflichen Tätigkeiten und der Offenhaltung der Schulen und Kindertageseinrichtungen sowie der engsten familiären Lebensführung, sollten daher noch möglich sein. Daher müsse bei allem Verständnis für die wirtschaftliche und auch menschliche Notlage, die die Maßnahmen für den jeweiligen Antragsteller hervorriefen, eine globale Betrachtungsweise eingenommen werden, da die Lage noch dramatischer als die seinerzeitige sei. Dies würde durch die in der Zeit der ersten Welle bei weitem nicht erreichten Zahlen der heutigen täglichen Neuinfektionen und deren exponentielles Ansteigen belegt, dem es entschlossen zu begegnen gelte. Die einzelnen Einschränkungen verfolgten zusammengefasst das Ziel, das Zusammentreffen von Menschen, das auf derartigen Veranstaltungen mit entsprechenden Infektionsgefahren stattfindet, zu minimieren. Es seien nur diejenigen Einrichtungen geöffnet, die für die unverzichtbaren persönlichen Aktivitäten wie die Beschaffung der zur Lebensführung notwendigen Gegenstände und Dienstleistungen, zur Berufsausübung und zur Aufrechterhaltung der Schulen und Kindertageseinrichtungen etc. notwendig seien. Hierzu gehöre der Betrieb der Antragstellerin nicht. Die Privilegierung von Mensen und Kantinen sei i. S. v. Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt, weil dadurch der Arbeits- und Bildungsbetrieb aufrechterhalten werde. Die Rathaukantine sei nach ihrer aktuellen Homepage nur für Betriebsangehörige der Stadtverwaltung geöffnet. Im Übrigen sei bei einer sich stetig verändernden Lage durch ein dynamisches Infektionsgeschehen nicht jede theoretisch denkbare Feinabstimmung möglich. Die Regelung sei nicht nur erforderlich, sondern auch verhältnismäßig. Die entstehenden wirtschaftlichen Härten würden durch flankierende Maßnahmen der öffentlichen Hand abgemildert, so dass auch die Folgenabschätzung zu ihren Lasten ausgehe. Sollte die Antragstellerin wie vorgetragen aus dem Entschädigungsprogramm herausfallen, wäre dies

gegenüber Betrieben, die anders als sie vollständig schließen müssten, hinnehmbar. Daher gehe auch die Folgenabwägung zu ihren Lasten aus.

II.

- 6 Der Antrag ist nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 24 Abs. 1 SächsJG statthaft. Danach entscheidet das Sächsische Obergerverwaltungsgericht über die Gültigkeit von im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften. Dazu gehören Verordnungen der Staatsregierung. Der Senat entscheidet gemäß § 24 Abs. 2 SächsJG hierüber in der Besetzung von fünf Berufsrichtern.
- 7 Dem Antrag steht nicht entgegen, dass er sich ursprünglich auf die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung bezog.
- 8 Denn dem Antragsbegehren ist zu entnehmen, dass es in entsprechender Anwendung von § 91 VwGO auf die neue, im Kern gleichlautende Nachfolgeregelung des seit dem 1. Dezember 2020 geltenden, mit der Vorgängerfassung identischen § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO umgestellt werden soll (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 47 Rn. 90 m. w. N.; SächsOVG, Beschl. v. 25. Mai 2020 - 3 B 187/20 -, juris Rn. 26). Aus prozessökonomischer Sicht und, weil sich die jeweiligen Verordnungen im Abstand von wenigen Wochen ablösen, zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG erscheint es daher hier sachgerecht, das Verfahren im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO in der aktuellen Fassung fortzuführen.
- 9 Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO, da sie geltend machen kann, in ihren Rechten verletzt zu sein. Als Betreiberin eines Gastronomiebetriebs kann sie sich auf eine mögliche Verletzung von Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG stützen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Antrag unter Berücksichtigung des Antragsziels gemäß § 88 VwGO nur den von der Schließung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO betroffenen Teilbereich des Gastronomiebetriebs, nicht aber die anderen Regelungen der Sächsischen Coronaschutzverordnung betreffen kann. Auch ein Verstoß gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG normierte Gleichbe-

handlungsgebot erscheint in Bezug auf die von den Beschränkungen oder der Schließungsanordnung ausgenommenen Gewerbe möglich.

10 Der so verstandene Antrag ist allerdings unbegründet.

11 Gemäß § 47 Abs. 6 VwGO kann das Oberverwaltungsgericht die Anwendung der Verordnung des Antragsgegners vorübergehend außer Vollzug setzen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Da sich der Wortlaut der Vorschrift an § 32 BVerfGG anlehnt, sind die vom Bundesverfassungsgericht hierzu entwickelten Grundsätze (BVerfG, Beschl. v. 8. November 1985 - 1 BvR 1290/85 -, juris Rn. 10 und v. 8. November 1994 - 1 BvR 1814/94 -, juris Rn. 21) auch bei § 47 Abs. 6 VwGO heranzuziehen. Als Entscheidungsmaßstab dienen die Erfolgsaussichten eines anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Hauptsacheverfahrens. Ergibt die Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht geboten. Ist hingegen voraussichtlich von einem Erfolg des Normenkontrollantrags auszugehen, wird die angegriffene Norm einstweilen außer Vollzug zu setzen sein, wenn der (weitere) Vollzug der angegriffenen Norm bis zum Ergehen einer Hauptsachentscheidung Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Erweisen sich die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, eine Hauptsache aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, einem anhängigen oder möglicherweise nachfolgenden Normenkontrollantrag aber der Erfolg zu versagen wäre. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist (SächsOVG, Beschl. v. 15. April 2020 - 3 B 114/20 -, juris Rn. 11 und Beschl. v. 15. März 2018 - 3 B 82/18 -, juris Rn. 16 m. w. N.). Mit diesen Voraussetzungen stellt § 47 Abs. 6 VwGO an die Aussetzung des Vollzugs einer untergesetzlichen Norm erheblich strengere Anforder-

rungen als § 123 VwGO sie sonst an den Erlass einer einstweiligen Anordnung stellt (BVerwG, Beschl. v. 18. Mai 1998 - 4 VR 2/98 -, juris Rn. 3).

12 Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung von § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO keinen Erfolg, da die angegriffene Vorschrift im Normenkontrollverfahren voraussichtlich standhalten wird. Auch eine Interessenabwägung geht zu Lasten der Antragstellerin aus.

13 1. Der Senat hat mit Beschluss v. 11. November 2020 (- 3 B 357/20 -, juris Rn. 15 ff. m. w. N.) im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage für die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung in §§ 32, 28 IfSG festgestellt, dass derzeit jedenfalls bei der gebotenen summarischen Prüfung keine durchgreifenden Bedenken dahingehend bestehen, dass die vorgenannte Bestimmungen eine ausreichende Verordnungsermächtigung für die durch die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung vorgenommenen Grundrechtseingriffe darstellen und sie insbesondere auch dem Wesentlichkeitsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechen. Angesichts der jüngst vorgenommenen Einführung eines neuen § 28a IfSG und anderer flankierender Regelungen in das Infektionsschutzgesetz sieht der Senat keine Veranlassung, von seiner bisher vertretenen Ansicht abzurücken. Maßgeblich ist insoweit auch der zeitlich beschränkte Gültigkeitszeitraum der Sächsischen-Corona-Schutz-Verordnung von nur vier Wochen. Sollten sich ihr vergleichbare oder darüber hinausgehende Grundrechtseingriffe anschließen, wofür angesichts der aktuellen Infektionssituation im Freistaat Sachsen und im gesamten Bundesgebiet Überwiegendes spricht, wird jedoch neu zu bewerten sein, ob das Zeitmoment eine andere Bewertung erfordert. Der Senat hat in der vorbezeichneten Entscheidung zudem darauf hingewiesen, dass die Tatsache, dass Art. 12 Abs. 1 GG in der in § 28 Abs. 1 Satz 4 IfSG enthaltenen Aufzählung von Grundrechten, die durch Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG eingeschränkt werden, keine Erwähnung findet, nicht zu einem Verstoß gegen das Zitiergebot in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG führt.

14 Zudem bestehen keine Bedenken an der formellen Rechtmäßigkeit der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung. Insbesondere genügt die Verordnung den Maßgaben von § 28a Abs. 5 IfSG, wonach Rechtsverordnungen, die nach § 32 i. V. m. § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu verse-

hen und zeitlich zu befristen sind. Die Geltungsdauer beträgt hiernach grundsätzlich vier Wochen; sie kann verlängert werden. Wie sich aus der Begründung zu § 4 Sächs-CoronaSchVO ergibt, listet die Vorschrift die geschlossenen Einrichtungen und Angebote abschließend auf. Ziel ist es hiernach, die Infektionsdynamik zu unterbrechen, indem alle Institutionen und Einrichtungen geschlossen werden, die der Freizeitgestaltung zuzuordnen sind. Um die Wirtschaft nicht zu gefährden, werden der Groß- und Einzelhandel nicht geschlossen. Ergänzend wird auf die Begründung zu § 5 Absatz 2 SächsCoronaSchVO verwiesen. In dem Allgemeinen Begründungsteil werden zudem die durch die Corona-Pandemie verursachten Gesundheitsgefahren, die aktuelle Gefährdungslage im Freistaat Sachsen und die hierdurch und durch die einschlägigen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes erforderlichen Maßnahmen aufgeführt und erläutert. Hierdurch werden die gesetzlich vorgesehenen Begründungsanforderungen auch in Bezug auf die Ermessensausübung des Verordnungsgebers erfüllt. Die Geltungsdauer beträgt gemäß § 12 Abs. 2 SächsCoronaSchVO unter einen Monat.

15 2. Die angegriffene Regelung erweist sich auch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als materiell rechtmäßig und ist daher nicht geeignet, die Antragstellerin in ihren Rechten zu verletzen.

16 2.1 Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung (§ 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) hat der Senat in dem vorbezeichneten Beschluss darauf abgehoben, dass angesichts der dort näher geschilderten Infektionslage, der Zahl der Patienten, die auf einer Intensivstation behandelt werden müssen, der Tatsache, dass es nach wie vor keine zugelassenen Impfstoffe gibt und der weiterhin für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland hohen, für Risikogruppen sehr hohen Gefährdungslage die zuständigen Behörden zum Handeln verpflichtet sind. Dabei kommt ihnen ein Einschätzungs-, Wertungs-, und Gestaltungsspielraum zu, welcher durch die Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall begrenzt wird. Wenn wie hier die Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtung weisen, haben der Gesetzgeber und auch die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungen wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte.

- 17 Der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung liegt die in der Beratung der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin vom 28. Oktober 2020 beschlossene Maßnahmekonzeption zugrunde. Danach ist es „zur Vermeidung einer akuten nationalen Gesundheitsnotlage (...) erforderlich, durch eine erhebliche Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung insgesamt das Infektionsgeschehen aufzuhalten und die Zahl der Neuinfektionen wieder in die nachverfolgbare Größenordnung von unter 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner in einer Woche zu senken.“ Denn ohne solche Beschränkungen würde das weitere exponentielle Wachstum der Infiziertenzahlen unweigerlich binnen weniger Wochen zu einer Überforderung des Gesundheitssystems führen und die Zahl der schweren Verläufe und der Todesfälle würde erheblich ansteigen. Die Konzeption sieht dabei in einem ersten Komplex vor, durch normative Beschränkungen wie auch Verhaltensappelle einen Ausschluss oder eine deutliche Verringerung persönlicher Kontakte in nicht als gesellschaftlich prioritär eingeordneten Bereichen wie privaten Treffen, Freizeit, Tourismus, Unterhaltung, Gastronomie und Körperpflege zu erreichen. Hierfür wird im Gegenzug für die in ihren Erwerbsmöglichkeiten Betroffenen die Gewährung finanzieller Hilfen zugesagt. In einem zweiten Komplex werden die geforderten Schutzmaßnahmen und Hygienekonzepte für die als gesellschaftlich prioritär bewerteten und deshalb von einer Schließung ausgenommenen Bereiche wie Handel, Schulen, Kindertagesstätten oder Unternehmen angepasst und es wird auch dort auf eine möglichst weitgehende Vermeidung persönlicher Kontakte hingewirkt. In einem dritten Komplex sieht das Konzept besondere Schutzvorkehrungen für vulnerable Gruppen und eine Stärkung der Kapazitäten der Krankenhäuser vor. Ein Kern der verabschiedeten Maßnahmen soll also eine deutliche Kontaktreduzierung unter den Bürgern sein, um Infektionsketten zu durchbrechen.
- 18 Diese Maßnahmekonzeption wurde durch den im Rahmen der Videoschaltkonferenz der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin am 25. November 2020 gefassten Beschluss vertieft und fortgeführt.
- 19 Daher handelt es sich nicht um eine willkürliche, sondern um eine von sachlichen Erwägungen getragene Entscheidung, einzelne Lebens- und Wirtschaftsbereiche herunterzufahren, um andere Bereiche, denen nachvollziehbar größeres Gewicht beigemessen wird, am Laufen zu halten (zu alledem SächsOVG, Beschl. v. 11. November 2020 a. a. O.). Dies gilt auch für das Infektionsschutzgesetz in der aktuellen Fassung.

20 2.2 Dafür, dass die Pandemie, wie die Antragstellerin meint, ihre Gefährlichkeit verloren haben könnte, ist nichts ersichtlich.

21 Der Senat hat hierzu jüngst festgestellt (Beschl. v. 17. November 2020 - 3 B 351/20 -, zur Veröfftl. bei juris vorgesehen Rn. 41 ff.), es sei fernliegend, dass der Verordnungsgeber seinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Feststellung einer durch das Coronavirus bedingten Gefährdungslage überschritten habe. Zwar mag es hiernach einzelne Aspekte geben, die isoliert betrachtet gegen eine Gefährdungslage sprechen könnten, aber bei wertender Gesamtbetrachtung ergibt sich eindeutig das Bild eines exponentiellen Wachstums der Infiziertenzahlen und die ernst zu nehmende Gefahr eines Gesundheitsnotstands, gerade auch in Sachsen. Dafür spricht auch die sog. Positivquote. Selbst wenn diese noch nicht wieder den Wert aus diesem Frühjahr erreicht haben sollte, so ist diese jedoch zwischen der 36. Kalenderwoche, bei der diese 0,77 % betrug, und der 45. Kalenderwoche, bei der sie sich auf 7,88 % belief, exponentiell angestiegen (Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 [COVID-19], Stand: 11. November 2020, S. 10, veröffentlicht unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-11-de.pdf?__blob=publicationFile).

22 Der Senat weiter:

„Soweit der Antragsteller geltend macht, dass die aktuell vorhandenen Infektionszahlen nicht aussagekräftig seien, da ein Meldeverzug die Statistik verzerre, ist ihm zuzugestehen, dass sich der Meldeverzug nach dem Robert-Koch-Institut seit der 32. Kalenderwoche stark erhöht hat (Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 [COVID-19], a. a. O. S. 12). Dabei scheint sich der Rückstau zuletzt auf rund 60.000 Proben belaufen zu haben. Ausgehend von rund 1,5 Millionen Testungen pro Woche (Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 [COVID-19], a. a. O. S. 10) ist dies zwar nicht schlechthin zu vernachlässigen, aber dennoch nicht geeignet, die Risikobewertung des Verordnungsgebers in Frage zu stellen. Denn trotz des Probenrückstaus hat das Robert-Koch-Institut die oben dargestellte Lagebewertung erstellt, so dass dieses ersichtlich nicht davon ausgeht, dass die derzeit gemeldeten positiven Testergebnisse von Proben stammen, die schon mehrere Wochen alt und daher nicht mehr aussagekräftig sind. Zum anderen lässt sich aus diesen Zahlen ebenso gut der Schluss ziehen, dass das Gesundheitssystem schon an seine Grenzen kommt, weil es die Zahl der vorzunehmenden Tests nicht mehr bewältigen kann. Dass diese Tests weit überwiegend von symptomlosen Patienten stammten, lässt sich dem Lagebericht ebenfalls nicht entnehmen, zumal die Bevölkerung anders als noch zu den Herbstferien aufgrund der bundesweit angeordneten Beherbergungsverbote der-

zeit keine Veranlassung hat, sich in nennenswertem Umfang anlasslos testen zu lassen.“

- 23 An der beschriebenen Gefährdungssituation hat sich aktuell nichts geändert. Das Robert-Koch-Institut weist in Sachsen für den 30. November 2020 1470 neue Fälle und mit 242 Fällen pro 100.000 Einwohnern in sieben Tagen die mittlerweile höchste Inzidenz bundesweit auf (vgl. Website des Robert-Koch-Instituts mit Stand: 30. November 2020). Zum 27. November 2020 sind 61 Todesfälle in Zusammenhang mit Corona hinzugekommen (vgl. Internetauftritt der Sächsischen Staatsregierung, Infektionsfälle in Sachsen Stand: 27. November 2020, 12:30 Uhr).
- 24 2.3 Die Betriebsschließung ist auch sonst rechtlich nicht zu beanstanden.
- 25 a. Im Hinblick auf das Verbot von Betrieben im Bereich der körpernahen Dienstleistung (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 SächsCoronaSchVO) hat der Senat in seinem Beschluss vom 11. November 2020 (a. a. O.) darauf abgestellt, dass die angeordnete Schließung nicht willkürlich, sondern insgesamt von sachlichen Gründen getragen ist. Die Maßnahme verfolge das legitime Ziel einer Vermeidung der Weiterverbreitung des Virus SARS-CoV-2 mittels einer Reduktion der physisch-sozialen Kontakte zu anderen Menschen als den Angehörigen des eigenen Hausstands auf ein absolutes Minimum und der Wahrung des nötigen Mindestabstands zu anderen Personen (§ 1 Abs. 1 SächsCoronaSchVO) und sei geeignet, erforderlich und aus epidemiologischen Gründen auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Auf die diesbezüglichen ausführlichen Ausführungen wird verwiesen.
- 26 Diese Überlegungen gelten auch für den Betrieb der gastronomischen Einrichtung der Antragstellerin, soweit diese unter die Schließungsanordnung des § 4 Abs. 1 Nr. 21 SächsCoronaSchVO fällt. Dabei ist darauf abzustellen, dass nicht die Betriebsteile der Antragstellerin betroffen sind, soweit diese der Erzeugung und dem Verkauf von Lebensmitteln dienen. Dies betrifft den Supermarkt, den Bäcker und die Markthalle. Es ist der Antragstellerin auch nicht verwehrt, in der Küche der Gaststätte Produkte herzustellen, die sodann im angeschlossenen Ladengeschäft veräußert werden. In Bezug auf die gastronomische Einrichtung hat der Senat mit Beschluss vom 20. November 2020 (- 3 B 356/20 -, zur Veröffentl. bei juris vorgesehen und in der Entscheidungsdatenbank des Sächsischen Obergericht abrufbar, Rn. 28 m. w. N.) darauf

abgehoben, dass die Einrichtung nicht nur Ansammlungen von Menschen hervorrufen, sondern zusätzliche Kontaktmöglichkeiten auf dem Weg zu und von der Einrichtung schaffen kann, denen auch mit Hygienekonzepten der Antragstellerin nicht begegnet werden könnte. Der Gaststättenbetrieb gehört nicht zu den Einrichtungen, für die es im Sinne der vorgenannten Ausführungen keinen unaufschiebbaren Bedarf gibt. Die gastronomische Einrichtung der Antragstellerin dient nämlich der Freizeitgestaltung (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 23. November 2020 - 3 MR 66/20 -, juris Rn. 31; OVG Saarland, Beschl. v. 10. November 2020 - 2 B 308/20 -, juris; OVG NRW, Beschl. v. 9. November 2020 - 13 B 1656/20.NE -, juris, jeweils in Bezug auf Gastronomiebetriebe).

- 27 b. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rügt, weil die Maßnahmen zum Einen über einen Monat hinaus fort dauerten und sie zum anderen nicht von den Fördermaßnahmen profitiere, gilt nichts anderes.
- 28 Auch wenn mit der nunmehr vorgesehenen Verlängerung die Betriebsschließung einen weiteren Monat fort dauert, ist die Verlängerung angesichts der oben angegebenen Infektionszahlen im Freistaat Sachsen unausweichlich. Zudem gibt nunmehr § 28a Abs. 3 Satz 10 IfSG vor, dass bei einer landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben sind.
- 29 Soweit von der Antragstellerin angegeben wird, dass sie bei einem „verbundenem Unternehmen“ wie dem ihren keinerlei Förderung durch die öffentliche Hand erhalte (vgl. Schriftsatz vom 6. November 2020, Seite 18), ist dies bereits nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Dazu würde es der Benennung konkreter rechtlicher Regelungen, die die Förderung der gastronomischen Betriebsteile ausschließen, bedürfen. Zudem wäre es in einem solchen Fall wenigstens erforderlich, dass ein entsprechender, seit dem 25. November 2020 möglicher Antrag unter Hinweis auf Ausschlussregelungen abgelehnt oder eine entsprechende Auskunft in diesem Sinne verbeschieden worden wäre. Der Senat ist nicht gehalten, die nicht weiter konkretisierte Behauptung der Antragstellerin auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.

- 30 c. Auch der geltend gemachte Gleichheitsverstoß liegt nicht vor.
- 31 Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, juris Rn. 40; Beschl. v. 15. Juli 1998 - 1 BvR 1554/89 u. a. -, juris Rn. 63). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an 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, Beschl. v. 18. Juli 2012 - 1 BvL 16/11 -, juris Rn. 30; Beschl. v. 21. Juni 2011 - 1 BvR 2035/07 - juris Rn. 65; Beschl. v. 21. Juli 2010 - 1 BvR 611/07 u. a. -, juris Rn. 79). Hieraus folgt, dass die sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergebenden Grenzen für die Infektionsschutzbehörde bei Regelungen eines dynamischen Infektionsgeschehens weniger streng sind (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. April 2020 - 11 S 22/20 -, juris Rn. 25; SächsOVG, Beschl. v. 29. April 2020 a. a. O. Rn. 49). Auch kann eine strikte Beachtung des Gebots innerer Folgerichtigkeit nicht eingefordert werden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26. März 2020 - 5 Bs 48/20 -, juris Rn. 13).
- 32 Ein sachlicher Differenzierungsgrund in Bezug auf Kantinen und Mensen liegt hier- nach vor. Der Senat hat mit Beschluss vom 17. November 2020 (- 3 B 369/20 -, juris Rn. 30) festgestellt:
- „(...) Die Entscheidung des Ordnungsgebers, Kantinen und Mensen als zur Verpflegung in den Betrieben und Bildungsstätten notwendig zu erachten, ist nachvollziehbar, da diese der Grundversorgung mit Mahlzeiten während eines Arbeits- und Studientags dienen, zumal Mahlzeiten auch häufig nicht am Arbeitsplatz eingenommen werden können (vgl. OVG Schl.-H., Beschl. v. 9. November 2020 - 3 MR 60/20 -, juris Rn. 42). Hingegen ist die Bevölkerung regelmäßig nicht darauf angewiesen, sich in Einrichtungen der Gastronomie niederzulassen, um sich mit Mahlzeiten zu versorgen. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots folgt auch nicht aus einer etwaigen öffentlichen Zugänglichkeit der Kantinen und Mensen auch für Betriebs- und Einrichtungsfremde. Insoweit kann auch da-

hinstehen, ob sich der Ausnahmeregelung für Kantinen und Mensen durch Auslegung die Einschränkung entnehmen lässt, dass sie nicht für die Nutzung durch Externe gilt, wie der Antragsgegner meint. Denn auch von nicht zur Trägereinrichtung gehörenden Kunden werden Kantinen und Mensen typischerweise mit dem bloßen Ziel der zügigen Einnahme einer Mahlzeit aufgesucht. Sie dienen hingegen - anders als die Gastronomie - auch diesen Kunden regelmäßig nicht dem längeren geselligen Verweilen. Dies rechtfertigt auch eine Entscheidung des Verordnungsgebers, Kantinen und Mensen für diesen Kundenkreis gleichfalls den Einrichtungen zuzurechnen, für die es einen unabwiesbaren Bedarf gibt, während gastronomische Einrichtungen typischerweise der Freizeitgestaltung dienen. Da sich das Regelungskonzept des Verordnungsgebers bezüglich der Kontaktvermeidung nach dem oben Gesagten in zulässiger Weise daran ausrichtet, welche Bedeutung den einzelnen Tätigkeiten und Bereichen für die Bevölkerung zukommt, kann es auch nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen, dass der Antragsteller geltend macht, die Infektionsrisiken seien in Kantinen und Mensen höher als in der Gastronomie. Der Frage, ob dieser Vortrag unter den Bedingungen der für Kantinen und Mensen geltenden Hygienekonzepte zutrifft, ist daher nicht nachzugehen.“

33 Hieran wird festgehalten.

34 2.4 Überdies wäre der Antrag auch dann unbegründet, wenn die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags bei summarischer Prüfung als offen anzusehen wären.

35 Die von der Antragstellerin angegriffene Norm bewirkt zwar einen gravierenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Andererseits währt dieser Eingriff in zeitlicher Hinsicht, auch wenn die Betriebsschließungen bis Ende Dezember 2020 verlängert worden ist, insgesamt nur kurz und das durch die Inhaber der geschlossenen Einrichtungen erbrachte Sonderopfer wird durch die angekündigten Ausgleichszahlungen, deren Nichtauszahlung die Antragstellerin nicht glaubhaft hat machen können, weitgehend kompensiert. Dies rechtfertigt es, die Interessen der Antragstellerin hinter dem Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), welche angesichts des derzeitigen Infektionsgeschehens sehr stark gefährdet sind, zurücktreten zu lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11. November 2020 - 1 BvR 2530/20 -, juris Rn. 13 ff.).

36 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2, § 39 Abs. 1 GKG. Da die angegriffene Regelung mit Ablauf des 28. Dezember 2020 außer Kraft tritt, zielt der Antrag inhalt-

lich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, sodass eine Reduzierung des Auf-
fangstreitwerts für das Eilverfahren nicht veranlasst ist.

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

gez.:
v. Welck

Kober

Nagel

gez.:
Schmidt-Rottmann

Helmert