

Az.: 3 B 381/20



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 9. 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. 4 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 - SächsCoronaSchVO) vom 27. November 2020 (SächsGVBl. 2020, S. 666) insoweit einstweilen außer Vollzug zu setzen, als dort auch die Schließung von EMS-Sportstudios angeordnet wird. Die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung hat - soweit hier streitgegenständlich - nachfolgenden Wortlaut:

„§ 4

Schließung von Einrichtungen und Angeboten

- (1) Untersagt ist mit Ausnahme zulässiger Onlineangebote der Betrieb von: (...)
4. Fitnessstudios und ähnlichen Einrichtungen, soweit sie nicht medizinisch notwendigen Behandlungen dienen. (...)

§ 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 betreibt in Sachsen ein EMS-Sportstudio, in dem durch EMS (Elektromyo- bzw. Elektrostimulations-)-Training unter persönlicher Betreuung und mit spezieller Kleidung die Muskelzellen in Kombination mit unterschiedlichen Übungen durch elektrische Reize erregt werden.

- 3 Die Antragstellerin gibt in ihrem Schriftsatz vom 10. November 2020 an: Der Antragsgegner subsumiere ein EMS-Sportstudio unter den Begriff Fitnessstudio, dagegen wende sie sich mit dem hier gestellten Normenkontrollantrag. Unabhängig von der Frage, ob § 28 IfSG eine taugliche Rechtsgrundlage für das gerügte Berufsverbot sei, ob dessen tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt seien und ob die Maßnahme verhältnismäßig sei, verstoße § 28 IfSG jedenfalls gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG; daran änderten auch die in der Zwischenzeit erfolgten gesetzlichen Änderungen nichts. Die streitgegenständliche Regelung verstieße gegen den Parlamentsvorbehalt. Darüber hinaus setze § 28 Abs. 1 IfSG für das Treffen von Schutzmaßnahmen voraus, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider in dem Sportstudio der Antragstellerin festgestellt worden seien. Dies sei aber nicht der Fall. Der Betrieb der Antragstellerin sei nicht eingestellt worden, weil dort Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt worden seien. Grundlage der Betriebsschließung seien auch keine regionalen Entwicklungen. Es sei hier deshalb allein der Anwendungsbereich des **§ 16 IfSG** eröffnet. Für diese Maßnahmen sei der Antragsgegner aber weder zuständig noch existiere danach eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der streitgegenständlichen Verordnung. Für Maßnahmen nach § 16 IfSG eröffne § 65 IfSG Entschädigungsansprüche. Durch die fehlerhafte Rechtsanwendung des § 28 IfSG werde die Antragstellerin auf Amtshaftungsansprüche reduziert. Das hier getroffene Berufsverbot sei von § 28 Abs. 1 IfSG nicht gedeckt. Dies folge aus den Regelungen des § 28 Abs. 2

IfSG in Bezug auf Tätigkeitsverbote, deren Voraussetzungen aber nicht vorlägen. § 31 IfSG finde ebenfalls keine Anwendung.

- 4 Die angeordnete Maßnahme sei aber auch weder geeignet, erforderlich noch verhältnismäßig (im engeren Sinne). Sie verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG und gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Antragsgegner gehe fehlerhaft davon aus, dass (trotz umfangreicher Hygieneregeln) von dem Betrieb eines EMS-Sportstudios ein erhöhtes Infektionsrisiko ausgehe, dem nur mit einer Schließung begegnet werden könne. Der Antragsgegner, der beweispflichtig sei, habe insoweit aber keine belastbaren Erkenntnisse benannt. Die Höhe der Infektionszahlen besitze dafür ebenso wenig eine Aussagekraft wie die Reproduktionszahl oder der Inzidenzwert.
- 5 Auch für eine Überlastung des Gesundheitssystems durch den Betrieb von EMS-Sportstudios sei nichts dargetan. Nur erkrankte Menschen könnten eine Überlastung des Gesundheitssystems auslösen. Die Anzahl der Erkrankten im Zusammenhang mit Besuchen in EMS-Sportstudios sei unklar. Dies gilt auch für die Anzahl der Kunden, die danach eine medizinische Behandlung benötigten. Es gelte vielmehr, dass EMS-Sportstudios keine Infektionstreiber seien. Weder in dem Betrieb der Antragstellerin noch bundesweit oder anderswo seien im Zusammenhang mit der Öffnung von EMS-Sportsstudios Infektionsketten feststellbar. Da von dem Betrieb von EMS-Sportstudios keine Gefahr ausgehe, sei die Schließungsanordnung auch nicht geeignet, sich positiv auf das Infektionsgeschehen auszuwirken. Letzteres werde auch wissenschaftlich infrage gestellt. Die angeordnete Schließung sei unverhältnismäßig. Von dem Betrieb eines EMS-Sportstudios gehe eine geringere Infektionsgefahr als von Einzelhandelsbetrieben aus, denn in der Anlage der Antragstellerin befinde sich immer nur ein Kunde auf der gesamten Trainingsfläche. Da Termine vergeben würden, sei auch eine Nachverfolgung gewährleistet. Es werde eine Branche bestraft, von der kein erhöhtes Infektionsrisiko ausgehe. Fehlerhaft sei die Pauschalierung von Infektionsrisiken.
- 6 Der Antragsgegner habe zudem außer Acht gelassen, dass es sich bei einem EMS-Sportstudio um ein Gesundheitsstudio und keine „stumpfe Muckibude“ handle.
- 7 Es liege auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor. Der Gewerbebetrieb der Antragstellerin sei nicht anders zu behandeln als die unter Auflagen erlaubten Gottesdienste, Fri-

seurbetriebe und Gewerbe des Einzelhandels. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung i. S. v. § 47 Abs. 6 VwGO sei dringend geboten. Es handle sich hier um Individualsport, der in anderen Bundesländern auch wieder gestattet worden sei.

8 Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

im Wege der einstweiligen Anordnung die Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 (Sächsische Corona-Schutz-Verordnung - SächsCoronaSchVO) vom 27. November 2020 außer Vollzug zu setzen, soweit diese den Betrieb von EMS-Sportstudios untersagt.

9 Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

10 Zur Begründung führt er mit Schriftsatz vom 12. November 2020 aus, § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO sei rechtmäßig. Auf die Begründung des Beschlusses des Senats vom 29. April 2020 - 3 B 144/20 - werde verwiesen.

11 Die angegriffene Bestimmung der Rechtsverordnung sei auch formell und materiell rechtmäßig. Rechtsgrundlage der Schließungsanordnung sei § 32 S. 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 InfSchG. Die Bestimmungen seien mit dem Verfassungsrecht vereinbar.

12 Es gehe nicht mehr darum, Maßnahmen isoliert daraufhin zu überprüfen, ob gerade die konkret betroffene Art von Einrichtungen in der jüngsten Vergangenheit nach vorliegenden Erkenntnissen eine besonders relevante Infektionsquelle dargestellt habe. Aufgrund der aktuellen Lage könne nur noch eine übergreifende und globale Maßnahmenbündelung, wie sie in der angegriffenen Verordnung - und darüber hinaus in der ganzen Bundesrepublik Deutschland sowie weithin auch im umgebenden Ausland - erfolgt sei, die Möglichkeit eröffnen, das exponentielle Ansteigen der Infektionszahlen mit allen seinen Auswirkungen zu stoppen. Es müsse deshalb grundsätzlich jede der von den Einschränkungen betroffenen Veranstaltungen, Einrichtungen, Verhaltensweisen usw. derzeit als potentielle Auslöserin vermehrter persönlicher Kontakte und damit auch als Ansteckungs- und Erkrankungsgefahren behandelt werden. Dies gelte

unabhängig davon, inwieweit der einzelnen Einrichtung eine tatsächliche Kausalität nachgewiesen werden könne. Es genüge die nicht auszuschließende Möglichkeit einer solchen Kausalität. Jegliche der nunmehr unterbundenen Kontakte in Einrichtungen, bei Veranstaltungen und durch Verhaltensweisen seien sinngemäß als Zweckveranlasser der durch sie ausgelösten Personenbegegnungen mit Ansteckungs- und Erkrankungsgefahren anzusehen. Derartige Personenbegegnungen seien in der derzeit gegebenen Lage, soweit wie irgend 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. Es sei deshalb 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.

- 13 Nicht maßgeblich sei, inwieweit eine bestimmte Einrichtung, Veranstaltung oder Verhaltensweise für eine Infektionsverbreitung kausal sei, sondern umgekehrt, inwiefern eine solche Kausalität in einem konkreten Zusammenhang eindeutig verneint werden könne. Auch wenn Infektionsschwerpunkte - etwa in Alten- und Pflegeheimen - erkennbar seien, ändere dies nichts daran, dass angesichts eines im Übrigen diffusen Infektionsgeschehens jede menschliche Begegnung, so auch in Fitnessstudios im Allgemeinen und EMS-Sportstudios im Speziellen als Infektionsquelle nicht ausgeschlossen werden könnten.
- 14 Es liege weder ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor.

II.

- 15 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 Verord-

- nungen der Staatsregierung. Der Senat entscheidet gemäß § 24 Abs. 2 SächsJG hierüber in der Besetzung von fünf Berufsrichtern.
- 16 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.
- 17 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. 4 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. 4 SächsCoronaSchVO in der aktuellen Fassung fortzuführen.
- 18 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. Sie ist als Betreiberin eines im Freistaat Sachsen ansässigen EMS-Sportsstudios von den angeordneten Schließungen und Beschränkungen aufgrund § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO betroffen. Die angeordneten Schließungen und Beschränkungen lassen es möglich erscheinen, dass die Antragstellerin in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) verletzt ist. Auch ein Verstoß gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG normierte Gleichbehandlungsgebot erscheint in Bezug auf die von den Beschränkungen oder der Schließungsanordnung ausgenommenen Gewerbe möglich.
- 19 Der so verstandene Antrag ist allerdings unbegründet.
- 20 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 Hauptsacheentscheidung 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 Anforderungen 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).

- 21 Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Antrag auf vorläufige Außervollzugsetzung von § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO keinen Erfolg, da die angegriffene Vorschrift im Normenkontrollverfahren voraussichtlich standhalten wird. Auch eine Interessenabwägung geht zu Lasten der Antragstellerin aus.
- 22 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 vorgenannten 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. Zudem bestehen keine Bedenken an der formellen Rechtmäßigkeit der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung. Dies hat der Senat mit Beschluss vom 7. Dezember 2020 (- 3 B 396/20 -, zur Veröffentl. bei juris vorgesehen Rn. 17 ff.) bestätigt.

23 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.

24 2.1 Im Hinblick auf die Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung (§ 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a IfSG) hat der Senat in seinem Beschluss vom 11. November 2020 (a. a. O.) 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 Verfassungs wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte.

25 Der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung liegt die in der Beratung der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin vom 28. Oktober 2020 beschlossene Maßnahme-

konzeption 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.

- 26 Diese Maßnahmekonzeption wurde durch den im Rahmen der Videoschaltkonferenz der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin am 25. November 2020 gefassten Beschluss vertieft und fortgeführt.
- 27 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.).

28 Dies gilt auch für das Infektionsschutzgesetz in der aktuellen Fassung. Der Senat hat
 jüngst die Rechtsprechung bestätigt und angesichts der dort näher analysierten Infekti-
 onslage in Sachsen auch festgestellt, dass für eine Abnahme der Gefährlichkeit der
 Pandemie nichts ersichtlich sei (Beschl. v. 4. Dezember 2020 a. a. O. Rn. 22 ff.).

29 2.2 Die Betriebsschließung ist auch sonst rechtlich nicht zu beanstanden.

30 a. Im Hinblick auf das Verbot von Betrieben im Bereich der körpernahen Dienstlei-
 tung (§ 4 Abs. 1 Nr. 22 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 Sächs-
 CoronaSchVO) und sei geeignet, erforderlich und aus epidemiologischen Gründen
 auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Auf die diesbezüglichen ausführlichen Aus-
 führungen wird verwiesen.

31 b. Der Senat hat in mehreren Entscheidungen (Beschl. v. 17. November 2020 - 3 B
 363/20 -, juris Rn. 21 ff.; v. 20. November 2020 - 3 B 353/20 -, Rn. 24 ff., sowie - 3 B
 355/20 -, Rn. 29 ff.) festgestellt, dass die oben angesprochenen Überlegungen auch für
 den Betrieb von Fitnessstudios i. S. v. § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO gelten.
 Denn der Betrieb eines Fitnessstudios oder wie hier eines EMS-Sportstudios hat mit
 diesen Einrichtungen gemeinsam, dass er nicht nur Ansammlungen von Menschen
 hervorruft, sondern zusätzliche Kontaktmöglichkeiten auf dem Weg zu und von der
 Einrichtung schafft, denen auch mit dem Hygienekonzept der Antragstellerin nicht be-
 gegnet werden könnte.

32 Der Senat hat weiter ausgeführt (Beschl. v. 17. November 2020, a. a. O. Rn. 21 ff.):

„Fitnessstudios gehören zudem insgesamt zu den Einrichtungen, für die es im
 Sinne der vorgenannten Ausführung keinen unaufschiebbaren Bedarf gibt. Diese
 Einrichtungen dienen nämlich der Freizeitgestaltung und dem Freizeitsport. So-
 weit die Antragstellerinnen darauf hinweisen, dass gerade der Fitnessbereich der
 körperlichen Fitness und damit der Gesundheit des Einzelnen diene, ändert dies

nichts an dem Umstand, dass es sich um eine Freizeitaktivität handelt, die zu vermehrten Kontakten führt, denen gerade entgegengewirkt werden soll. Die von den Antragstellerinnen angegriffene Vorschrift enthält im Übrigen Regelungen, die auch solche Einrichtungen von der Schließung ausnehmen, soweit sie einen besonderen Bedarf decken. Dies gilt gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO namentlich für Fitnessstudios und ähnliche Einrichtungen, soweit sie medizinisch notwendigen Behandlungen dienen. Diese Ausnahmeregelung lässt hinreichend klar erkennen, dass hierunter Therapien fallen, die ärztlich verordnet sind und darauf zielen, Krankheiten, Behinderungen und Verletzungen positiv zu beeinflussen; sie ist damit auch bestimmt genug gefasst. Die obigen Feststellungen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit im weiteren und engeren Sinne gelten auch für die hier angegriffene Vorschrift, so dass hierauf verwiesen werden kann (vgl. OVG LSA, Beschl. v. 13. November 2020 - 3 R 219/20 und 3 R 223/20 -, juris, in Bezug auf Gaststätten und Bars; OVG Saarland, Beschl. 13. November 2020 - 2 B 320/20 und 2 B 327/20 -, juris, in Bezug auf Gastronomiebetriebe; OVG Saarland, Beschl. v. 10. November 2020 - 2 B 308/20 -, juris; und OVG Bremen, Beschl. v. 9. November 2020 - 1 B 339/20 und 1 B 342/20, juris, jeweils in Bezug auf Fitnessstudios; OVG NRW, Beschl. v. 9. November 2020 - 13 B 1656/20.NE -, juris, in Bezug auf Gastronomiebetriebe und Beschl. v. 6. November 2020 - 13 B 1657/20 NE -, juris, in Bezug auf Freizeit und Amateursport, Fitnessstudios).

Insbesondere ist auch die Wertung des Verordnungsgebers nicht zu beanstanden, dass es in der gegenwärtigen Lage einer rasanten Ausbreitung der Pandemie kein gegenüber dem Regelungskonzept der erheblichen Kontaktminimierung gleich geeignetes und damit milderes Mittel darstellt, lediglich die Gesundheitsbehörden über das bereits Erfolgte hinaus weiter massiv aufzustocken, um so die Infektionsketten besser nachverfolgen zu können. Die Kontaktnachverfolgung stellt nur einen der Bausteine in der Pandemiebekämpfung dar. Eine nachträgliche Ermittlung von Kontakten und die nachträgliche Unterbrechung hieraus resultierender, weiterer Infektionsketten ist hierbei schon per se nicht in gleicher Weise geeignet, die Ausbreitung der Infektionen in der Bevölkerung zu verhindern, wie die originäre Verhinderung von Infektionen durch eine Vermeidung von potentiell infektiösen Kontakten. Dies gilt umso mehr deshalb, weil die Effizienz der Kontaktnachverfolgung davon abhängig ist, dass die Betroffenen aussagekräftige Angaben zu ihren Kontakten machen (können), was in der Vergangenheit nicht in hinreichendem Maß der Fall war (vgl. etwa <https://www.tagesschau.de/gesundheitsaemter-kontaktnachverfolgung-101.html>). Es tritt hinzu, dass die Kontaktnachverfolgung nur auf Personen mit höherem und geringerem Infektionsrisiko zielt (und zielen kann) (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Kontaktperson/Grafik_Kontakt_allg.pdf?__blob=publicationFile), nicht hingegen auf Kontakte mit einem sehr geringen Infektionsrisiko, zumal diese häufig flüchtig und persönlich unbekannt sind. Auch Kontakte mit einem sehr geringen Infektionsrisiko würden aber, wenn sich die Bevölkerung weiterhin in dem gleichen hohen Maß mobil verhalten würde wie sie es vor den Appellen und Anordnungen zur Kontaktreduzierung getan hat, und Kontakte nicht reduzieren würde, entsprechend der dann hohen Gesamtzahl dieser eingegangenen Kontakte und des hierfür verbleibenden Restrisikos in der Gesamtschau zu dem Ansteigen der Infektionszahlen beitragen. Wie ausgeführt, ist seit Beginn der Pandemie für den Großteil aller bestätigten Infektionen das Infektionsumfeld völlig unbekannt (vgl.

<https://www.spektrum.de/news/wo-stecken-sich-bloss-alle-mit-covid-19-an/1785182>). In einer Situation wie der derzeitigen, in der der massive exponentielle Anstieg der Infektionen eine schnelle und effektive Bremsung des Ausbreitungsgeschehens erfordert, kann der Ordnungsgeber deshalb auf bloße Maßnahmen der Kontaktnachverfolgung, deren alleinige hinreichende Wirksamkeit evident zweifelhaft ist und die sich im Sommer 2020 schon vor der starken Belastung der Gesundheitsämter nicht als hinreichend erwiesen haben, um den dann erfolgten Anstieg der Infektionen zu verhindern, nicht verwiesen werden.

Es trifft ferner nicht zu, dass der Ordnungsgeber verpflichtet wäre, auf nach dem oben Gesagten geeignete, erforderliche und im engerem Sinn verhältnismäßige Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie zugunsten weniger einschneidender, aber nicht hinreichend wirksamer Maßnahmen zu verzichten, um sich für etwaige künftige Verschlechterungen der Pandemielage gewissermaßen im Sinne einer Spiegelbildlichkeit noch eine Verschärfung der Maßnahmen offen halten zu können. Ein derartiges Rechtsprinzip existiert nicht. Vielmehr ist es dem Ordnungsgeber, wie ausgeführt, unbenommen, bereits auf die im Oktober 2020 zu verzeichnende exponentielle Entwicklung des Infektionsgeschehens und die hieraus prognostisch folgenden Gefahren für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen mit weitreichenden Maßnahmen zur Pandemieeindämmung mittels Kontaktminimierung zu reagieren, um die Infektionszahlen schnell und effektiv wieder auf ein tolerables Maß zu senken und so nicht erst eine Situation entstehen zu lassen, die noch gravierendere oder jedenfalls zeitlich längerdauernde Maßnahmen erforderlich macht.“

- 33 Hieran hält der Senat fest.

- 34 Dabei gelten die vorgenannten Erwägungen auch für den Betrieb des EMS-Sportstudios, das nach Auffassung des Senats von dem Begriff des Fitnessstudios erfasst wird. Denn auch EMS-Sportstudio unterbreiten ihren Kunden Angebote zur Verbesserung der körperlichen Leistungsfähigkeit. Es werden in diesen ebenso wie in einem allgemeinen Fitnessstudio Geräte bereitgestellt und es wird die Möglichkeit eingeräumt, unter persönlicher Anleitung zu trainieren. Zwar mag die individuelle Betreuung in einem EMS-Sportstudio ausgeprägter sein, jedoch geht es auch in einem solchen zuvörderst darum, in der Freizeit die körperliche Fitness - ohne ärztliche Verordnung - zu trainieren.

- 35 c. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rügt, gilt nichts anderes.

- 36 Auch wenn mit der nunmehr vorgesehenen Verlängerung die Betriebsschließung einen weiteren Monat fort dauert, ist die Verlängerung angesichts der oben angegebenen In-

fektionszahlen im Freistaat Sachsen unausweichlich. Zudem gibt § 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.

37 Auch der von der Antragstellerin geltend gemachte Gleichheitsverstoß liegt nicht vor. 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).

38 Soweit die Antragstellerin rügt, dass Gottesdienste, der Einzelhandel und Friseurbetriebe erlaubt blieben, während der Betrieb des Fitnessstudios gänzlich untersagt werde, fehlt es bereits an wesensgleichen Sachverhalten. Bei den in Bezug genommenen Bereichen handelt es sich nämlich nicht um Freizeiteinrichtungen. Es gibt aber auch sachlich vertretbare Gründe für eine weitere Öffnung der genannten Bereiche. Für die weitere Ermöglichung von Gottesdiensten ergibt sich das daraus, dass Gottesdienste

als wesentliche Form der Ausübung der Religionsfreiheit durch Art. 4 GG in besonderer Weise geschützt sind und ein Verbot nur unter sehr engen Voraussetzungen in Betracht kommt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29. April 2020, - 1 BvQ 44/20 -, juris). Die Offenhaltung von Einzelhandelsbetrieben sichert die Versorgung der Bevölkerung wie auch der Wirtschaft mit Waren und Dienstleistungen, auf die auch für die vergleichsweise kurze Dauer von knapp einem Monat nicht ohne erhebliche Beeinträchtigungen verzichtet werden könnte. Da Einrichtungen wie Fitnessstudios, zu denen auch EMS-Sportstudios gehören, überwiegend dem Freizeitbereich zuzurechnen sind, erscheint die Einschätzung des Verordnungsgebers jedenfalls nicht willkürlich. Zudem bleibt der Individualsport allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Haushalts, der auch im Freien oder zu Hause ausgeübt werden kann, auch bei Schließung der Fitnessstudios einschließlich von EMS-Sportstudios möglich.

- 39 Eine Ungleichbehandlung dieser Betriebe ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 12. November 2020 (- 20 NE 20.2463 -, juris), der seiner Entscheidung die achte Bayrische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung zugrunde gelegt hat. Danach sei Individualsport grundsätzlich weiterhin zulässig. Anknüpfungspunkt bezogen auf den Individualsport ist nach der Sächsischen Corona-Schutz-Verordnung aber nicht § 4 Abs. 1 Nr. 4 Sächs-CoronaSchVO, sondern § 4 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 und 2 SächsCoronaSchVO, der Individualsport bereits nicht im Zusammenhang mit Fitnessstudios (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 4 SächsCoronaSchVO), die vielmehr geschlossen werden sollen, sondern im Zusammenhang mit der im Weiteren angeordneten Schließung von Anlagen und Einrichtungen des Freizeit- und Amateursportbetriebs nennt. Danach ist Individualsport als Ausnahme allein, zu zweit oder mit dem eigenen Hausstand oder im Rahmen des Schulsports (auch) in Einrichtungen des Freizeit- und Amateursportbetriebs möglich (§ 4 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 SächsCoronaSchVO). Es handelt sich insoweit bereits um keinen wesensgleichen Sachverhalt. Denn anders als bei Fitnessstudios und EMS-Sportstudios findet der Sport nicht in einer gewerblichen Einrichtung, sondern beispielsweise auf dem Sportplatz oder in der (Schul-) Sporthalle und innerhalb eines bestimmten Personenkreises (allein, zu zweit, mit dem eigenen Hausstand, Schulklasse) statt.

- 40 Weitere Ausnahmen für Einrichtungen des Freizeit- und Amateursportbetriebs enthält § 4 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 SächsCoronSchVO, der sportliche Betätigungen auf diesen Anlagen für Profisportler, Sportkader, Schüler der vertieften sportlichen Ausbildung und Sportler sportwissenschaftlicher Studiengänge erlaubt. Diesen Ausnahmen liegt im Hinblick auf EMS-Sportstudios aber voraussichtlich ebenfalls kein wesensgleicher Sachverhalt zugrunde. Denn während für Kunden von Fitnessstudios die Möglichkeit, sich sportlich für die Erhaltung der körperlichen Fitness und Gesundheit zu betätigen, regelmäßig auch außerhalb des Fitnessstudios und vergleichbarer Einrichtungen - sei es durch Bewegung im Freien, sei es durch in der eigenen Häuslichkeit ausführbare Übungen - in hinreichendem Maß besteht, können solche Athleten ihren Trainingsstand typischerweise nicht von Anlagen und Einrichtungen des Sportbetriebs halten. Für sie ist deshalb davon auszugehen, dass eine Trainingspause von einem Monat sie in ihrer sportlichen Leistungsentwicklung erheblich zurückzuwerfen droht. Es überschreitet voraussichtlich nicht den Regelungsspielraum des Verordnungsgebers, dieses besondere Bedürfnis jener Athleten zum Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung zu machen.
- 41 2.3 Überdies wäre der Antrag auch dann unbegründet, wenn die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags bei summarischer Prüfung als offen anzusehen wären.
- 42 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 über das Jahresende 2020 verlängert werden, 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.).
- 43 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 inhaltlich auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, sodass eine Reduzierung des Auffangstreitwerts für das Eilverfahren nicht veranlasst ist.

- 44 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