



## **Verwaltungsgericht Hamburg**

# **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 3, am 10. Mai 2021 durch

...

### **beschlossen:**

Soweit der Antrag zurückgenommen wurde, wird das Verfahren eingestellt.

Im Übrigen wird die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, Verstöße der Antragsteller gegen die sich aus § 3a der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ergebende nächtliche Ausgangsbeschränkung sanktionsfrei zu dulden, sofern die Antragsteller zum Zeitpunkt des Verstoßes einen negativen Corona-Schnelltest oder Corona-PCR-Test vorweisen können, der nicht älter als 12 Stunden ist.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragsteller als Gesamtschuldner und die Antragsgegnerin jeweils zur Hälfte.

Der Streitwert wird auf 20.000 Euro festgesetzt.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Soweit das Verfahren eingestellt wurde, ist der Beschluss unanfechtbar. Im Übrigen steht den Beteiligten gegen diesen Beschluss und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form (s.o.) beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

## G r ü n d e

I. Soweit die Antragsteller den ursprünglichen Hauptantrag, mit dem sie begehrt hatten, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu verpflichten, Verstöße der Antragsteller gegen die sich aus § 3a der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (v. 23.4.2021, HmbGVBl. 2021, 205, HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) ergebende nächtliche Ausgangsbeschränkung sanktionsfrei zu dulden, mit Schriftsatz vom 23. April 2021 zurückgenommen haben, war das Verfahren gemäß § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen.

II. Der aufrechterhaltene Antrag hat Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig. Er ist insbesondere gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO mit Blick auf eine mögliche negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft (vgl. zur Statthaftigkeit eines Antrags auf Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zur vorläufigen sanktionsfreien Duldung eines Verhaltens OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.). Dem steht nicht entgegen, dass die Vorschrift des § 3a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in § 3a Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO lediglich auf die bundesrechtlich kodifizierte nächtliche Ausgangsbeschränkung von 22 Uhr bis 5 Uhr gemäß § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG verweist – wobei sie den Beginn der Ausgangsbeschränkung um eine Stunde auf 21 Uhr vorverlegt – und die Antragsteller im Hinblick auf das Bundesrecht auf die Möglichkeit zu verweisen wären, das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde anzurufen. Die

Rechtmäßigkeit der bundesrechtlichen Ausgangsbeschränkung ist im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts nicht (mehr) Streitgegenstand. Die Bundesregelung in § 28b Abs. 1 IfSG ist zum 6. Mai 2021 in Hamburg außer Kraft getreten (<https://www.hamburg.de/allgemeinverfuegungen/15046592/2021-05-05-ausserkrafttreten-der-bundesnotbremse/>, Abruf v. 10.5.2021). Damit hat im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts allein die hamburgische Regelung zur nächtlichen Ausgangsbeschränkung gemäß § 3a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, deren Rechtmäßigkeit ohne Zweifel Gegenstand des vorliegenden Eilantrags sein kann, Regelungswirkung.

Dem Antrag fehlt auch nicht vor dem Hintergrund, dass die Antragsgegnerin angekündigt hat, die nächtliche Ausgangsbeschränkung mit Wirkung zum 12. Mai 2021 aufzuheben, das Rechtsschutzbedürfnis. Im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung betrifft der Antrag noch die Nacht vom 10. auf den 11. Mai 2021 und jedenfalls den Zeitraum von 21 Uhr bis 23:59 Uhr am 11. Mai 2021. Im Übrigen ist eine die Regelung der Ausgangsbeschränkung aufhebende Änderung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts auch bislang nicht erfolgt.

2. Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung nötig erscheint, insbesondere auch, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Erforderlich sind danach ein Anordnungsgrund, der die Eilbedürftigkeit der Sache bezeichnet, sowie ein Anordnungsanspruch, also ein Anspruch auf die begehrte Maßnahme. Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO obliegt es dem Antragsteller Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch in tatsächlicher Hinsicht glaubhaft zu machen.

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Die von den Antragstellern begehrte Feststellung stellt sich allerdings wegen der Ankündigung der Antragsgegnerin, die landesrechtliche nächtliche Ausgangsbeschränkung zum 12. Mai 2021 aufzuheben bzw. jedenfalls angesichts der gemäß § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO befristeten Geltung der nächtlichen Ausgangsbeschränkung bis einschließlich 21. Mai 2021 als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird – wie hier – die Hauptsache vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19

Abs. 4 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache, sowie schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache voraus (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.).

Gemessen an diesen Maßstäben liegen sowohl ein Anordnungsanspruch (dazu unter a)) als auch ein Anordnungsgrund (dazu unter b)) vor. Der ausgesprochene Tenor berücksichtigt, dass das Gericht den Antragstellern nicht mehr als (noch) begehrt zusprechen darf (dazu unter c)).

a) Der Anordnungsanspruch der Antragsteller ergibt sich daraus, dass die Regelung zur Ausgangsbeschränkung nach § 3a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sich nach der im Eilverfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung als rechtswidrig erweist (vgl. zum Folgenden bereits eingehend VG Hamburg, Beschl. v. 4.5.2021, 13 E 1718/21, UA S. 5 ff., abrufbar auf der Homepage des Gerichts unter „Aktuelles“). Sie verletzt die Antragsteller in ihrem Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (zu diesem Grundrecht umfassend Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 93. EL Oktober 2020, Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 1 ff.).

Zwar ist es der Antragsgegnerin grundsätzlich erlaubt, gegenüber § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG weitergehende Schutzmaßnahmen wie eine unabhängig vom Bundesrecht geltende nächtliche Ausgangsbeschränkung zu erlassen (dazu unter (1)). Im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung kann das Gericht jedoch mangels hinreichender Gefährdungsprognose nicht erkennen, dass die besonderen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (dazu unter (2)).

(1) Gemäß § 28b Abs. 5 IfSG bleiben weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes unberührt. Bereits der weit gefasste Wortlaut der Norm spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Landesparlamenten, Landesregierungen und Infektionsschutzbehörden umfassende Gestaltungsmöglichkeiten zubilligen wollte, gegenüber den in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Maßnahmen intensiveren Infektionsschutz herbeizuführen. Dieser Befund steht im Einklang mit der genetischen Auslegung der Vorschrift. Denn in der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es zu § 28b Abs. 4 IfSG-E, welcher der jetzigen Fassung des § 28b Abs. 5 IfSG entspricht, ausdrücklich, dass Maßnahmen getroffen werden dürfen, „soweit sie über die in § 28b vorgesehenen infektionsschutzrechtlichen Einschränkungen hinausgehen, d.h. gleichsam zu einem stärkeren Infektionsschutz führen, oder soweit die nach dieser Vorschrift maßgeblichen Inzidenzwerte nicht

überschritten oder wieder unterschritten werden. Die bundeseinheitlichen Maßnahmen dienen lediglich dazu, ein Mindestmaß an Schutzmaßnahmen bei besonderem Infektionsgeschehen sicherzustellen.“ (BT-Drs. 19/28444 v. 13.4.2021, S. 15). Nach dem Sinn und Zweck der Norm dient § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG daher dazu, bei Überschreitung des Schwellenwertes von 100 bundeseinheitlich ein gewisses Schutzniveau infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen sicherzustellen, ohne dabei strengere Maßnahmen der Länder auszuschließen (vgl. auch Johann/Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, Eckart/Winkelmüller, 4. Edition, Stand: 1.5.2021, § 28b Rn. 53-55). Vor diesem Hintergrund ist § 3a Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wonach § 3a Abs. 2 dieser Verordnung gilt, wenn Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG gemäß § 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG außer Kraft sind, mit § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG vereinbar. Denn insoweit ergibt sich – wie vom Gesetzgeber ausdrücklich in der oben genannten Begründung als zulässig angeführt – die Rechtsfolge, dass auch bei einer andauernden Unterschreitung des Schwellenwertes der Sieben-Tage-Inzidenz von 100, d.h. bei Werten, die nicht an drei aufeinanderfolgenden Tagen den Schwellenwert von 100 übersteigen (§ 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG), auf dem Gebiet der Antragsgegnerin eine nächtliche Ausgangsbeschränkung gilt, mithin ein höheres Maß an Infektionsschutz gewährleistet ist.

(2) Auch wenn nach § 28b Abs. 5 IfSG weitergehende Schutzmaßnahmen zulässig sind, entbindet dies den Ordnungsgeber nicht davon, bei Erlass einer gegenüber § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG strengeren Ausgangsbeschränkung nach § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG durch Rechtsverordnung die weiterhin geltenden Bestimmungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG einzuhalten. Nach § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG ist die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre. Mit Blick auf § 3a Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO kann mangels hinreichender Gefährdungsprognose von einer derartigen erheblichen Gefährdung nicht ausgegangen werden. Es lässt sich nicht feststellen, ob die besonderen Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG vorliegen (so im Ergebnis auch bereits VG Hamburg, Beschl. v. 4.5.2021, 13 E 1718/21, UA S. 6 ff., abrufbar auf der Homepage des Gerichts unter „Aktuelles“). Im Einzelnen:

Mit der Regelung des § 28a Abs. 2 IfSG wollte der Gesetzgeber ausweislich der Empfehlung des Ausschusses für Gesundheit Schutzmaßnahmen im Hinblick auf ihre spezifische Eingriffsintensität grundrechtsdeterminiert eingrenzen (vgl. BT-Drs. 19/24334 v. 16.11.2020, S. 73). Die Regelung betont das Gebot der Erforderlichkeit der Maßnahme,

indem sie klarstellt, dass von besonders grundrechtsintensiven Maßnahmen erst dann Gebrauch gemacht werden darf, wenn mildere Mittel zur wirksamen Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 nicht ebenso erfolgversprechend sind (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 4.3.2021, 3 B 26/21, juris Rn. 47; VGH Mannheim, Beschl. v. 5.2.2021, 1 S 321/21, juris Rn. 32 ff.; VGH München, Beschl. v. 12.1.2021, 20 NE 20.2933, juris Rn. 40 ff.). Die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung kann – ebenso wie die weiteren in § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG angeführten Maßnahmen – nur als ultima ratio in Betracht kommen (OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021, 13 ME 166/21, juris Rn. 28; vgl. auch Gerhardt, in: Gerhardt, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 28a Rn. 91). Bereits der Wortlaut („erheblich“) und die erkennbare Zielsetzung des Gesetzgebers, den im verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Grundsatz der Erforderlichkeit wegen der großen Eingriffsintensität von Ausgangsbeschränkungen besonders hervorzuheben, lassen den Schluss zu, dass Ausgangsbeschränkungen nicht bereits dann zulässig sind, wenn ihr Unterlassen zu jeglichen Nachteilen in der Pandemiebekämpfung führt, sondern dass sie nur dann in Betracht kommen, wenn der Verzicht auf Ausgangsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer wesentlichen, im Umfang der Gefahrenrealisierung gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen würde (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 5.2.2021, 1 S 321/21, juris Rn. 37). Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, ob in dem jeweiligen Gebiet andere als die in § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG genannten Schutzmaßnahmen (etwa unter Orientierung an den Regelbeispielen des § 28a Abs. 1 IfSG) zur Verfügung stehen. Ist dies der Fall und wurden diese noch nicht ergriffen oder nicht hinreichend wirksam durchgesetzt, müssen zunächst diese zur Anwendung gebracht werden, sofern sie geeignet sind, die Verbreitung von COVID-19 einzudämmen (vgl. Gerhardt, in: Gerhardt, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 28a Rn. 93).

Zur Beurteilung der Frage, ob ohne die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 im Sinne des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG erheblich gefährdet wäre, ist von der diese Maßnahme anordnenden Behörde eine auf die jeweilige Pandemiesituation abstellende Gefährdungsprognose zu erstellen, der eine ex-ante Betrachtung zugrunde liegt (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 4.3.2021, 3 B 26/21, juris Rn. 48; VGH Mannheim, Beschl. v. 5.2.2021, 1 S 321/21, juris Rn. 38; VGH München, Beschl. v. 11.1.2021, 20 NE 20.3032, juris Rn. 25). Die begründungspflichtige (vgl. § 28a Abs. 5 Satz 1 IfSG) und darlegungsbelastete Antragsgegnerin muss ausgehend von einer auf den aktuellen Erkenntnissen beruhenden, nachvollziehbaren Prognose substantiiert darlegen, dass der Verzicht auf die Anordnung der Ausgangsbeschränkung auch bei Berücksichtigung der übrigen Maßnahmen und ausgehend von dem konkreten und aktuellen

Pandemiegeschehen voraussichtlich einen wesentlichen, im Umfang gewichtigen Anstieg der Infektionszahlen oder vergleichbar schwerwiegende Folgen für die wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 zur Folge hätte. Diese Darlegungsanforderungen dürfen auf der anderen Seite auch nicht überspannt werden, da zu berücksichtigen ist, dass die Antragsgegnerin – was vom Willen des Bundesgesetzgebers umfasst ist – eine ex ante-Prognose auf der Grundlage des derzeit nur vorhandenen, sich in der dynamischen Pandemie stets fortentwickelnden Erkenntnismaterials zu treffen hat.

Gemessen an diesen Anforderungen hat der Hamburgische Ordnungsgeber § 3a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in seiner Fassung vom 23. April 2021 keine hinreichende Prognose zugrunde gelegt (so auch VG Hamburg, Beschl. v. 4.5.2021, 13 E 1718/21, UA S. 9 ff., abrufbar auf der Homepage des Gerichts unter „Aktuelles“). In der Begründung der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 23. April 2021 (HmbGVBl. 2021, 247 f.) heißt es lediglich:

„[...] Darüber hinaus regelt § 3a Absatz 1 Satz 2 Infektionsschutzgesetz als weitergehende Schutzmaßnahmen, dass die in § 3a Absatz 2 geregelte nächtliche Ausgangsbeschränkung gilt, soweit die Maßnahmen nach § 28b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Infektionsschutzgesetz nach § 28b Absatz 2 Infektionsschutzgesetz außer Kraft sind. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass diese Schutzmaßnahme in dem erforderlichen Maße fort gilt, auch wenn sie nach dem § 28b Absatz 2 Infektionsschutzrecht ihre Geltung verliert. Denn diese Schutzmaßnahme, die die übrigen Maßnahmen zur Reduktion persönlicher Kontakte in der Bevölkerung ergänzt, ist in der gegenwärtigen Lage und auch im Falle des erstmaligen Unterschreitens der in § 28b Absatz 2 Infektionsschutzgesetz genannten Inzidenzschwelle weiterhin dringend erforderlich, um die erforderliche Reduktion von Kontakten weiter zu gewährleisten – insbesondere im Hinblick auf die nach den bisherigen Erfahrungen besonders infektionsgefährdenden privaten Zusammenkünfte, bei denen die durchgehende Einhaltung von Abstands- und Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken typischerweise nicht gewährleistet ist. [...]

Der Ordnungsgeber wird seiner Pflicht zur kontinuierlichen Beobachtung und Evaluation der epidemiologischen Lage und der Erforderlichkeit der Schutzmaßnahmen weiter nachkommen und diese Schutzmaßnahmen umgehend anpassen bzw. aufheben, sobald die epidemiologische Lage dies zulässt.

Durch die Schutzmaßnahme der nächtlichen Ausgangsbeschränkung wird die Anzahl privater Zusammenkünfte in der Freizeit nicht nur im öffentlichen Raum, sondern auch an privaten Orten stark reduziert, da diese Orte in den von der Ausgangsbeschränkung erfassten Zeiträumen nicht aufgesucht werden können. Hierdurch wird die Anzahl der infektionsträchtigen Kontakte in der Bevölkerung insgesamt erheblich reduziert. Die Wirkung der Schutzmaßnahme wird durch die Beobachtungen der Polizei zu dem Rückgang des Personenaufkommens im öffentlichen Raum in dem von der Ausgangsbeschränkung erfassten Zeitraum bestätigt. Ferner wird durch die Schutzmaßnahme die Anzahl zufälliger Kontakte zwischen

Menschen in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Fluren eines Mehrfamilienhauses verhindert. Diese Ausgangsbeschränkung trägt deshalb mit besonders hoher Wirksamkeit zu der weiterhin dringend erforderlichen Eindämmung des Coronavirus in der Freien und Hansestadt Hamburg bei.

Neben den Erfahrungen in anderen europäischen Staaten bei der Eindämmung des Coronavirus belegen auch wissenschaftliche Untersuchungen zu der Wirksamkeit von regulatorischen Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus die Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahme [...]. Auch die Entwicklung der epidemiologischen Lage in der Freien und Hansestadt Hamburg seit dem erstmaligen Inkrafttreten dieser Schutzmaßnahme bestätigt diese Bewertung.

Die in § 3a geregelte nächtliche Ausgangsbeschränkung ist vor dem Hintergrund der unter C. dargestellten kritischen epidemiologischen Lage weiter dringend in dem bisher geregelten Umfang dringend erforderlich, um der akuten Ausweitung des Infektionsgeschehens und dem Wachstum der Neuinfektionszahlen in der Freien und Hansestadt Hamburg wirksam entgegenzuwirken und die drohende Überlastung des Gesundheitssystems abzuwenden. Auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen wäre ohne die Verlängerung dieser Schutzmaßnahme die wirksame Eindämmung des Coronavirus erheblich gefährdet, da die Entwicklung der epidemiologischen Lage vor dem Inkrafttreten dieser Schutzmaßnahme gezeigt hat, dass die bereits vorher getroffenen umfassenden Schutzmaßnahmen allein nicht ausgereicht haben, um die Infektionszahlen in der Freien und Hansestadt Hamburg hinreichend zu reduzieren. Unter Berücksichtigung der in § 3a Absatz 1 Satz 2 Nummern 1 bis 7 und Absatz 2 aufgeführten Ausnahmen stehen in der derzeitigen kritischen epidemiologischen Lage die mit § 3a einhergehende Beschränkungen deshalb weiterhin in einem angemessenen Verhältnis zu den mit ihr verfolgten Zielen der dringend erforderlichen Eindämmung des Infektionsgeschehens sowie der Bewahrung des Gesundheitssystems vor einer Überlastung.“

Diesen Ausführungen lässt sich eine ausreichende Gefährdungsprognose dahingehend, weshalb auch bei Berücksichtigung der weiterhin geltenden mildereren Maßnahmen (§ 28a Abs. 1 IfSG) sowie des andauernden Absinkens des Inzidenzwertes unter den Schwellenwert von 100 eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre, nicht entnehmen. Die Kammer 13 des Verwaltungsgerichts Hamburg (Beschl. v. 4.5.2021, 13 E 1718/21, UA S. 11 f., abrufbar auf der Homepage des Gerichts unter „Aktuelles“; siehe auch kritisch zur hinreichenden Darlegung der Gefährdungsprognose bereits VG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2021, 9 E 1693/21, UA S. 10 ff.; Beschl. v. 7.4.2021, 2 E 1621/21, UA S. 5 ff.) hat hierzu ausgeführt:

„Zur Beurteilung der Frage, ob ohne Ausgangsbeschränkung nach § 3a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, d.h. bei einer Unterschreitung des Schwellenwertes von 100 an fünf aufeinander folgenden Werktagen (§ 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG), eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre, findet sich in der Begründung kein Tatsachenstoff – wie etwa die Belegung von Intensivbetten bei einem andauernden Inzidenzwert unter 100 –, aus dem ersichtlich wäre, dass der Ordnungsgeber insofern überhaupt eine Prognose angestellt hat. Die Begründung ist nicht auf ein



konkretes Infektionsgeschehen bezogen, sodass sie nahezu auf jedwedes Infektionsgeschehen mit deutlich niedrigeren Inzidenzwerten ebenso Anwendung finden könnte. Sofern der Ordnungsgeber einleitend ausführt, dass nach § 3a Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sichergestellt werden solle, dass die Ausgangsbeschränkung in dem erforderlichen Maße fortbestehe, auch wenn sie nach dem § 28b Abs. 2 IfSG ihre Geltung verliere, so lässt sich der gesamten Begründung nicht entnehmen, was der Ordnungsgeber in diesem Zusammenhang als das „erforderliche Maß“ ansieht. Soweit der Ordnungsgeber die Fortgeltung damit begründet, dass diese Schutzmaßnahme, die die übrigen Maßnahmen zur Reduktion persönlicher Kontakte in der Bevölkerung ergänze, in der gegenwärtigen Lage und auch im Falle des erstmaligen Unterschreitens der in § 28b Abs. 2 IfSG genannten Inzidenzschwelle weiterhin dringend erforderlich sei, um die erforderliche Reduktion von Kontakten weiter zu gewährleisten – insbesondere im Hinblick auf die nach den bisherigen Erfahrungen besonders infektionsgefährdenden privaten Zusammenkünfte, bei denen die durchgehende Einhaltung von Abstands- und Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken typischerweise nicht gewährleistet sei – hilft dies nicht weiter. Denn diese Begründung steht in keinem Zusammenhang zu einem konkreten Infektionsgeschehen. Die Formulierungen sind pauschal und allgemeingültig. Der Ordnungsgeber stellt auch keine konkrete Gefährdungsprognose an, indem er pauschal darauf hinweist, er werde seiner Rechtspflicht zur kontinuierlichen Beobachtung und Evaluation der epidemiologischen Lage und der Erforderlichkeit der Schutzmaßnahmen weiter nachkommen und diese Schutzmaßnahmen umgehend anpassen bzw. aufheben, sobald die epidemiologische Lage dies zulasse. Insofern hätte er die hierfür maßgeblichen Parameter, wie etwa den R-Wert und die Auslastung der Krankenhäuser, nennen und erläutern müssen, weshalb die Ausgangsbeschränkung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Rechtsverordnung auch bei einem Inzidenzwert von unter 100 nach dem Maßstab von § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG geboten sein soll. Zwar ist zuzugeben, dass sich eine derartige Prognose besonders schwierig gestaltet, da Ungewissheit darüber besteht, wie sich das Infektionsgeschehen bis zum 21. Mai 2021 auf dem Gebiet der Antragsgegnerin entwickelt. Möchte der Ordnungsgeber jedoch nicht abwarten, wie sich das Infektionsgeschehen unter Geltung der Ausgangsbeschränkung nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG darstellt, sondern bereits für den Fall des Außerkrafttretens der Vorschrift nach § 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG eine neuerliche Ausgangsbeschränkung anordnen, entbindet ihn das nicht von seiner Pflicht, im Rahmen einer nachvollziehbaren Prognose substantiiert darzulegen, dass auch bei Berücksichtigung der milderer Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG und ausgehend von dem konkreten und aktuellen Pandemiegeschehen ohne die Ausgangsbeschränkung die wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre. Nach alledem fehlt es an einer auf Tatsachen gestützten hinreichenden Erläuterung, weshalb auch bei einem Infektionsgeschehen unter dem Schwellenwert von 100 nicht die in § 28a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Maßnahmen hinreichend sind.“

Diesen Ausführungen schließt sich die Kammer aus eigener Überzeugung an und weist daraufhin, dass es im Übrigen schon zweifelhaft erscheint, ob die Antragsgegnerin überhaupt am 23. April 2021 eine seriöse Einschätzung dahingehend, dass zu einem beliebigen – für die Antragsgegnerin nicht vorhersehbaren – Zeitpunkt des erstmaligen Außerkrafttretens der bundesrechtlichen Ausgangsbeschränkung bis zum 21. Mai 2021 aufgrund der

dann gegebenen Pandemielage ohne die Anordnung einer landesrechtlichen Ausgangsbeschränkung eine erhebliche Gefährdung im Sinne von § 28a Abs. 2 IfSG anzunehmen wäre, hätte abgeben können.

Ergänzend ist festzustellen, dass sich die in der Verordnungsbegründung unterlassenen Darlegungen auch nicht in dem Schriftsatz vom 7. Mai 2021 finden, mit dem die Antragsgegnerin dazu Stellung genommen hat, warum nach ihrem Dafürhalten die Fortgeltung der landesrechtlich geregelten Ausgangsbeschränkung nach Außerkrafttreten der Bundesregelung (zunächst) dringend erforderlich ist, sodass dahinstehen kann, ob die Nachholung einer unterlassenen hinreichenden Gefährdungsprognose bzw. Aktualisierung einer einmal getroffenen Gefährdungsprognose im gerichtlichen Verfahren überhaupt möglich wäre. Mit ihrer Stellungnahme liefert die Antragsgegnerin weiterhin nicht den fehlenden Tatsachenstoff und bleibt eine konkrete Gefährdungsprognose schuldig. Dabei wäre eine Befassung mit dem konkreten Pandemiegeschehen bereits deshalb angezeigt gewesen, weil die Sieben-Tage-Inzidenz im Zeitpunkt der Stellungnahme der Antragsgegnerin am 7. Mai 2021 – auch nach der Hamburgischen Berechnungsmethode – im Vergleich zum Zeitpunkt der erstmaligen Einführung der Ausgangsbeschränkung Anfang April 2021 von über 160 auf einen Wert von jedenfalls knapp unter 100 gesunken ist, während gleichzeitig ein Anstieg der Zahl der erfolgten Impfungen zu verzeichnen ist und sich die Auslastung der Intensivstationen weiter verringert hat (vgl. zum Erfordernis der Berücksichtigung dieser Aspekte bereits VG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2021, 9 E 1693/21, UA S. 13; siehe auch Gerhardt, in: Gerhardt, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 28a Rn. 93: Weitere Aspekte können die aktuelle Sterblichkeitsrate, die aktuelle Rate der Beatmungspflichtigen, die Auslastung des Gesundheitssystems einschließlich der Gesundheitsämter, die Möglichkeit des Contact-Tracings und der Art und Grad der Ausbreitung von Corona-Infektionen in der Bevölkerung – diffuse Ausbreitung oder klar definierte Hot-Spots – sein.).

In ihrem Schriftsatz vom 7. Mai 2021 bringt die Antragsgegnerin stattdessen vor, dass sie die nächtliche Ausgangsbeschränkung trotz Außerkrafttretens der Bundesregelung nach Maßgabe des Landesrechts aufrechterhalten durfte, weil die Inzidenzwerte, die das Robert-Koch-Institut ermittelt und die für die Geltung der bundesweit einheitlichen Schutzmaßnahmen maßgeblich sind, unzureichend seien, da sie ein unvollständiges Bild abliefern. Aus technischen Gründen seien in diesen Zahlen keine Nachmeldungen enthalten. Der Verordnungsgeber sehe sich daher veranlasst, eigene Zahlen zugrunde zu legen, die das aktuelle Infektionsgeschehen treffender abbildeten. Das Robert-Koch-Institut selbst korrigiere seine Zahlen nachträglich – unter Einbeziehung der Nachmeldungen – und veröffentliche diese auf seiner Homepage in einer gesonderten Aufstellung. Ob die Antragsgegnerin berechtigt

ist, im Zusammenhang mit der Begründung der Anordnung von landesrechtlichen Maßnahmen gemäß § 28a IfSG alternative Inzidenzberechnungen heranzuziehen und ob die Inzidenzberechnungsmethode der Antragsgegnerin tatsächlich eine zeitgerechtere und verlässlichere Bewertung der Pandemielage ermöglicht, braucht die Kammer an dieser Stelle nicht zu bewerten. Für die Beantwortung der Frage, ob in Hamburg im Sinne von § 28b Abs. 2 IfSG an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 unterschritten hat, sind gemäß § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG ohne Zweifel allein die vom Robert-Koch-Institut unter <https://www.rki.de/inzidenzen> tagesaktuell veröffentlichten Inzidenzzahlen maßgeblich, nicht die nachträglich korrigierten und gesondert veröffentlichten Zahlen des Robert-Koch-Instituts und nicht die nach der Methode der Antragsgegnerin vom Hamburger Institut für Hygiene und Umwelt errechneten Werte. Vor diesem Hintergrund hilft auch der Hinweis der Antragsgegnerin auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2021 (1 BvR 781/21 u.a., juris) nicht weiter, das das Abstellen auf den – bundeseinheitlich berechneten – Schwellenwert von 100 als maßgebliches Kriterium für den Erlass von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen nicht beanstandet hat. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betraf zudem die Verfassungsmäßigkeit der bundesrechtlichen Ausgangsbeschränkung gemäß § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG und hatte sich dementsprechend nicht damit zu befassen, welchen Anforderungen ein Verordnungsgeber im Hinblick auf seine Darlegungs- und Begründungslast gemäß § 28a Abs. 2 IfSG zu genügen hat. Ungeachtet dessen erscheint es nach Auffassung der Kammer keinesfalls ausgemacht, dass die Anordnung einer nächtlichen Ausgangsbeschränkung, die an einen unter 100 liegenden Schwellenwert anknüpft, nicht nach Maßgabe von § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG rechtmäßig sein könnte, wenn die Antragsgegnerin eine Gefährdungsprognose anstellt, die so hinreichend konkret ist, dass das Gericht sie – unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative der Antragsgegnerin – überprüfen könnte. Hingegen war die Antragsgegnerin nicht berechtigt, eine derart schwerwiegende Einschränkung wie eine nächtliche Ausgangsbeschränkung wie vorliegend geschehen „auf Vorrat“ und ohne Anknüpfung an ein konkretes Pandemiegeschehen anzuordnen. Die von der Antragsgegnerin gesehene Notwendigkeit, nach Auslaufen der Bundesregelung die nächtliche Ausgangsbeschränkung gemäß § 3a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 HmbSARS-CoV2-EindämmungsVO „für einen kurzen Zeitraum fortgelten“ zu lassen, um die „Situation sodann neu zu evaluieren“, kann die Kammer nicht erkennen, weil es zu einem Außerkrafttreten der Regelungen des § 28b Abs. 1 IfSG nach § 28b Abs. 2 IfSG erst kommt, wenn die Sieben-Tage-Inzidenz an fünf aufeinander folgenden Werktagen unter dem Schwellenwert von 100 gelegen hat und auch dann die Maßnahmen erst am übernächsten Tag ihre Gel-

tung verlieren, sodass der Antragsgegnerin – schon vor Außerkrafttreten der bundesrechtlichen Beschränkungen – hinreichend Zeit bliebe, um kurzfristig – wenn die Pandemielage dies erfordert – durch Erlass einer landesrechtlichen Regelung zu reagieren.

b) Die Antragsteller haben auch die einen Anordnungsgrund begründenden Tatsachen hinreichend glaubhaft gemacht. Dieser ergibt sich zum einen bereits aus der Befristung der streitgegenständlichen Vorschrift bis zum 21. Mai 2021 (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) bzw. ihrer angekündigten Aufhebung zum 12. Mai 2021, weil es den Antragstellern infolgedessen nicht möglich wäre, die in Rede stehende schwerwiegende Einschränkung ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in einem Hauptsacheverfahren zur Überprüfung zu stellen. Die Freiheit der Person nimmt einen hohen Rang („unverletzlich“) unter den Grundrechten ein und ist letztlich Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers (vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.7.2019, 2 BvR 382/17, juris Rn. 24). Zum anderen haben die Antragsteller auch glaubhaft dargelegt, dass ihnen im Falle der weiteren Einhaltung der Ausgangsbeschränkung unzumutbare und irreversible Nachteile drohen. So tragen sie vor, aufgrund ihrer erheblichen zeitlichen Beanspruchung durch berufliche Verpflichtungen ihre Freizeitgestaltung vornehmlich in die Abendstunden zu verlegen. Sie hätten in der Vergangenheit regelmäßig im von der Ausgangsbeschränkung erfassten Zeitfenster ein Verhalten an den Tag gelegt, das nach der Regelung des § 3a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sanktionswürdig wäre. Hierzu zählten insbesondere Spaziergänge und sonstige Aufenthalte im Freien im Familien- und Freundeskreis. Aufgrund des genannten hohen Rangs der Freiheit der Person war von den Antragstellern eine weitere Glaubhaftmachung im Hinblick auf ihre beabsichtigte Freizeitgestaltung nicht zu verlangen.

c) Die tenorierte Verpflichtung der Antragsgegnerin enthält die Einschränkung, dass die Antragsteller nur dann gegen die nächtliche Ausgangsbeschränkung verstoßen dürfen, wenn sie ein negatives Coronatestergebnis vorweisen können, weil die Antragsteller ihren Antrag entsprechend beschränkt haben und das Gericht ihnen nicht mehr als begehrt zusprechen darf („ne ultra petita“, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO). Da das Gericht – wie dargelegt – bereits die Voraussetzung des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG nicht als erfüllt ansieht, ist mit der Entscheidung nicht die Bestätigung der von den Antragstellern vertretenen Rechtsauffassung verbunden, dass eine Ausgangsbeschränkung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit für Personen keine Geltung beanspruchen kann, die einen negativen Corona-Schnelltest oder einen negativen PCR-Test vorweisen können.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 155 Abs. 1, Abs. 2, 159 VwGO. Die Streitwertfestsetzung in Höhe von 20.000 Euro folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG. Für jeden der vier Antragsteller ist jeweils der Auffangstreitwert in Höhe von 5.000 Euro anzusetzen. Eine Halbierung des Streitwerts entsprechend Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist vor dem Hintergrund, dass die Antragsteller angesichts der begrenzten Geltungsdauer der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt haben, nicht angezeigt.

...

...

...