



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 219/21  
9 E 3826/21

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 10. September 2021 durch

.....

.....

.....

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 9. September 2021 geändert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz mit dem Ziel, dass auf seiner für den 11. September 2021 geplanten Geburtstagsfeier ohne Maskenpflicht getanzt werden darf.

Der Antragsteller plant für den 11. September 2021 eine (nachgeholte) Geburtsfeier. Er hat zu diesem Zweck über eine Eventveranstaltungsagentur in einem Hochhaus in Hamburg-St. Pauli eine 270 Quadratmeter große Räumlichkeit mit zwei Außenterrassen („.....“) gebucht. Eingeladen sind 98 Gäste, die laut seinen Angaben, ebenso wie das Service-Personal, der DJ und die Fotografin alle vollständig gegen das Corona-SARS-CoV-2 Virus geimpft oder genesen sind („2 G Konzept“).

Am 7. September 2021 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Hamburg beantragt, „die Maskenpflicht beim Tanzen während meiner Geburtstagsfeier (40.) aufzuheben“.

Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten. Sie hat u. a. vorgetragen, das neu geschaffene 2-G-Zugangsmodell sei Teil eines umsichtigen Lockerungskonzepts, das erst durch die gewissenhafte Einhaltung der essenziellen Infektionsschutzvorgaben epidemiologisch vertretbar sei. Gerade die angegriffene Maskenpflicht leiste einen elementaren Beitrag zur

Sicherung des Mindestschutzniveaus, und zwar sowohl für den immunisierten als auch für den nicht-immunisierten Teil der Bevölkerung. Die Impfung biete angesichts der in Hamburg bisher festgestellten 1.170 Impfdurchbrüche keinen vollkommenen Schutz gegen SARS-CoV-2 mitsamt seinen gefährlichen Folgewirkungen. Der Kenntnisstand zur Virusübertragungsfähigkeit der Geimpften sei derzeit zu wenig gesichert, um auf die Maskenpflicht im 2-G-Zugangsmodell verzichten zu können. Die Maskenpflicht diene damit auch dem Schutz nicht-immunisierter Bevölkerungsteile; Immunisierte könnten sich bei einem Verzicht auf die Maskenpflicht unter den Gegebenheiten des 2-G-Zugangsmodells leichter infizieren und das Virus untereinander sowie auf Personen ohne Immunisierung übertragen. Die Gefahr sei bei großen Feierlichkeiten umso größer, die Zahl möglicher Drittbetroffener sei hoch.

Die Hamburgische SARS-CoV-Eindämmungsverordnung (i. F.: CoronaVO) enthält in § 4 a die folgende Regelung zu privaten Zusammenkünften und privaten Feierlichkeiten:

„(1) Zusammenkünfte im Familien-, Freundes- oder Bekanntenkreis an öffentlichen Orten, in Fahrzeugen zum Zwecke der Freizeitgestaltung oder im privaten Wohnraum und dem dazugehörigen befriedeten Besitztum sind nur mit den folgenden Personen zulässig:

1. den Angehörigen eines gemeinsamen Haushalts,
2. Personen, zwischen denen ein familienrechtliches Sorge- oder Umgangsrechtsverhältnis besteht oder
3. den Angehörigen weiterer Haushalte;

bei Zusammenkünften von Angehörigen eines gemeinsamen Haushalts (Nummer 1) mit Personen nach Nummer 2 oder Nummer 3 sind insgesamt bis zu zehn Personen zulässig; Kinder dieser Haushalte bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres werden nicht mitgerechnet; es wird empfohlen, die körperlichen Kontakte auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren und geeignete Hygienemaßnahmen einzuhalten. § 4 Absatz 1 Satz 1 Nummern 8 und 9 gilt entsprechend.

(2) Für private Feierlichkeiten mit bis zu zehn Personen gelten unabhängig vom Ort der Durchführung die Vorgaben nach Absatz 1; die bereichsspezifischen Vorgaben, insbesondere für private Feierlichkeiten in Veranstaltungsräumen, Festsälen oder gastronomischen Betrieben bleiben unberührt.

(3) Für private Feierlichkeiten, die über die Vorgaben nach den Absätzen 1 und 2 hinausgehen, gelten unabhängig vom Ort der Durchführung die allgemeinen Vorgaben für

Veranstaltungen nach § 9 mit der Maßgabe, dass § 9 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 für die private Gastgeberin oder den privaten Gastgeber keine Anwendung findet; die bereichsspezifischen Vorgaben, insbesondere für private Feierlichkeiten in Veranstaltungsräumen, Festsälen oder gastronomischen Betrieben, bleiben unberührt.

(4) Im Übrigen findet diese Verordnung im privaten Wohnraum und dem dazugehörigen befriedeten Besitztum keine Anwendung.“

Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag mit Beschluss vom 9. September 2021 stattgegeben. Es hat vorläufig festgestellt, dass das Tanzen ohne Mund-Nasen-Bedeckung bei der Feier des Antragstellers bei Einhaltung der von ihm angekündigten Hygienemaßnahmen, die insbesondere die Anwesenheit ausschließlich geimpfter oder genesener Personen umfassten, nicht verboten sei. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Bestimmungen der CoronaVO keine Maskenpflicht für das Tanzen auf der Feier des Antragstellers vorgäben. Maßgeblich sei allein § 4 a Abs. 2 CoronaVO. Danach gälten für private Feierlichkeiten unabhängig vom Ort der Durchführung nur die Vorgaben nach § 4 a Abs. 1 CoronaVO, die keine Maskenpflicht beim Tanzen vorsähen. Diese Bestimmung sei anzuwenden, denn nach § 8 Abs. 2 der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung des Bundes (SchAusnahmV) zählten vollständig Geimpfte bei der Ermittlung der 10 Personen in § 4 a Abs. 2 CoronaVO nicht mit, und sämtliche auf der Feier zu erwartende Personen seien vollständig geimpft oder genesen. Soweit nach § 4 a Abs. 2 Hs. 2 CoronaVO bereichsspezifische Vorgaben für private Feierlichkeiten unberührt blieben, wirke sich dies nicht aus, da es solche bereichsspezifischen Vorgaben für die Feier des Antragstellers nicht gebe. Die für Gaststätten maßgebliche Regelung in § 15 CoronaVO sei nicht einschlägig, da es sich bei der für die Feier gebuchten Räumlichkeit nicht um eine Gaststätte handele. Die auf der Feier vorgesehene Gelegenheit zum Tanzen sei auch keine „Tanzlustbarkeit“ im Sinne des § 15 a CoronaVO, nach dessen Abs. 2 das Tanzen in geschlossenen Räumen nur im Rahmen eines 2-G-Zugangsmodells bei Tragen einer Maske während des Tanzens erlaubt sei. Denn unter „Tanzlustbarkeiten“ in diesem Sinne seien Tanzveranstaltungen zu verstehen, die sich als kommerzialisierte Vergnügungen darstellten (vgl. BVerwG, Urt. v. 7.9.1981, 1 C 43.78, juris Rn. 26). Dies sei bei der Feier des Antragstellers mit annähernd 100 Personen und einer im Vergleich zur Cateringfläche und zum Sitz- und Barbereich eher kleinen Tanzfläche nicht der Fall.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit der vorliegenden Beschwerde.

II.

Die Beschwerde der Antraggeberin hat Erfolg.

Die Prüfung der mit der Beschwerde dargelegten Gründe ergibt, dass der angefochtene Beschluss mit der dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben kann (1.). Damit ist das Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet, ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO über die Beschwerde in eigener Kompetenz zu entscheiden. Diese Prüfung führt zur Ablehnung des streitgegenständlichen Antrags (2.).

1. Die Antragsgegnerin trägt mit ihrer Beschwerdebegründung u. a. vor, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts führe § 8 Abs. 2 SchAusnahmV nicht dazu, dass für Feierlichkeiten der hier geplanten Art allein § 4 a Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 CoronaVO einschlägig sei. Denn § 8 Abs. 2 SchAusnahmV setze voraus, dass durch Vorschriften des (auf der Grundlage des 5. Abschnitts des IfSG erlassenen) Landesrechts die Zahl der Teilnehmer bei einer privaten Zusammenkunft oder bei ähnlichen sozialen Kontakten beschränkt werde; nur in solchen Fällen seien vollständig Geimpfte nicht mitzuzählen. So liege es bei § 4 a CoronaVO jedoch nicht. Hinsichtlich privater Feierlichkeiten beschränke diese Norm nicht die Teilnehmerzahl, sondern sie regle lediglich, welche Regelungen dafür Anwendung fänden. Bis zu einer Personenzahl von 10 seien nach Abs. 2 nur die Vorgaben nach Abs. 1 für Zusammenkünfte im Familien-, Freundes- oder Bekanntenkreis anzuwenden. Ab einer Personenzahl von 11 gälten dagegen nach Abs. 3 unabhängig vom Ort der Durchführung durch die Verweisung auf § 9 CoronaVO die allgemeinen Vorgaben für Veranstaltungen. Kapazitäre Regelungen, die die Zahl der Teilnehmer begrenzen, fänden sich deshalb erst in § 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO, der Teilnehmerzahlen festlege. Erst in diesem Rahmen könne § 8 Abs. 2 SchAusnahmV zur Anwendung kommen. Dieses Konzept sei auch stimmig, weil dadurch vergleichbare Sachverhalte gleichbehandelt würden. Private Feierlichkeiten wiesen in den Fällen des § 4 a Abs. 3 CoronaVO den gleichen Infektionsgefahrengrad auf wie Veranstaltungen nach § 9 CoronaVO. Das Verständnis des Verwaltungsgerichts würde demgegenüber dazu führen, dass private Feierlichkeiten überhaupt keinen infektionsschutzrechtlichen Vorgaben mehr unterlägen, was vor dem Hintergrund der nach wie vor gerade bei privaten Feierlichkeiten weiter zu beklagenden häufigen Infektionen ein unververtretbares Ergebnis sei. Was die Maskenpflicht anbelange, sei außerdem zu beachten, dass die SchAusnahmV gemäß ihrem § 1 Abs. 2 Nr. 1 gerade nicht bewirken solle, dass die Nichtberücksichtigung geimpfter Personen zu Lasten einer an sich geltenden Masken-

pflicht führe; darauf laufe es hier nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Ergebnis aber hinaus. § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 CoronaVO regle auch das Tanzen. Die Bestimmung gelte auch für 2-G-Veranstaltungen (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 3 CoronaVO). Sie verweise auf § 15 a CoronaVO für die Tanzlustbarkeiten, dessen Absatz 2 das Tanzen nur erlaube, wenn alle Anwesenden voll immunisiert seien und eine Maske trügen. Entgegen dem Verwaltungsgericht seien auch Tanzgelegenheiten wie solche auf der Feier des Antragstellers „Tanzlustbarkeiten“. Dieser Begriff sei nicht gewerberechtlich, sondern gefahrenabwehrrechtlich zu verstehen. Seine Voraussetzungen seien dann erfüllt, wenn die typischen Ansteckungsgefahren des Tanzens bei Feierlichkeiten aufträten (erhöhte Atemfrequenz mit stärkerer Ausatmung und entsprechend vermehrtem Aerosolausstoß, bei zugleich vielfacher Unterschreitung der Mindestabstände mit wechselnden Personen).

Jedenfalls die Argumentation der Antragsgegnerin zu § 4 a Abs. 2 und 3 CoronaVO und §§ 1 Abs. 2 Nr. 1, 8 Abs. 2 SchAusnahmV schlägt durch. Das Beschwerdegericht versteht die Bestimmung des § 4 a CoronaVO dahin, dass diese zwar in ihrem Absatz 1 eine Begrenzung der Höchstzahl bei privaten Zusammenkünften vorsieht (10 Personen, wobei Kinder der beteiligten Haushalte bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres nicht mitgezählt werden); insoweit ist auch § 8 Abs. 2 SchAusnahmV anzuwenden. Für private Feierlichkeiten hingegen sind § 4 a Abs. 2 und 3 CoronaVO in ihrem Zusammenspiel dahin zu verstehen, dass hierfür keine Höchstgrenze von 10 Personen gelten soll. Vielmehr ergeben sich (deutlich höhere) Höchstgrenzen insoweit allein aus § 4a Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaVO, mit der Folge, dass diesbezüglich ebenfalls § 8 Abs. 2 SchAusnahmV anzuwenden ist. § 4 a Abs. 2 und 3 CoronaVO beschränken hingegen als solche für private Feierlichkeiten nicht die zulässige Teilnehmerzahl auf 10. Sie normieren vielmehr unterschiedliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit privater Feierlichkeiten je nachdem, ob daran bis zu 10 Personen oder mindestens 11 Personen teilnehmen, ohne dass es insoweit darauf ankäme, ob diese geimpft oder genesen sind. Bei Feiern bis zu 10 Personen gelten die lediglich leichten Vorgaben des § 4 a Abs. 1 CoronaVO, während bei Feiern mit größerer Personenzahl die strengeren Anforderungen für Veranstaltungen nach § 9 CoronaVO Anwendung finden. Dies führt, wie die Antragsgegnerin zutreffend darlegt, zu der gebotenen Gleichbehandlung infektionsträchtiger Feier-Veranstaltungen unabhängig davon, ob sie privat oder geschäftlich organisiert sind.

Dass all dies im Ergebnis dazu führen kann, dass private Zusammenkünfte ohne Feiercharakter durch die nach § 8 Abs. 2 SchAusnahmV gebotene Nichtmitzählung geimpfter oder genesener Personen eine größere Personenzahl als 10 umfassen können und dafür nur

die leichteren Vorgaben des § 4 a Abs. 1 CoronaVO gelten, während bei privaten Feierlichkeiten unabhängig vom „2-G-Status“ der teilnehmenden Personen bereits ab 11 Teilnehmern die strengeren Vorgaben des § 9 CoronaVO gelten, ist in der Systematik der genannten Bestimmungen angelegt. Dieses Ergebnis ist auch nicht abwegig, weil private Feierlichkeiten, wie die Antragsgegnerin zutreffend ausführt, besondere Infektionsgefahren in sich bergen, die bei schlichten privaten Zusammenkünften so nicht gegeben sind. Soweit dies in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen schlichten privaten Zusammenkünften und privaten Feierlichkeiten führen könnte, ist dazu hier nichts Näheres auszuführen; das von dem Antragsteller geplante „Event“ ist jedenfalls angesichts seiner Größenordnung und des geplanten Konzepts eindeutig eine Feierlichkeit.

2. Die somit für das Beschwerdegericht eröffnete, nicht mehr nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO begrenzte Prüfung führt zur Ablehnung des streitgegenständlichen Antrags. Der für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsanspruch liegt nicht vor. Der Antragsteller kann nicht beanspruchen, dass die an seiner in geschlossenen Räumen stattfindenden Feier teilnehmenden Personen ohne Maske tanzen dürfen.

a) Angesichts der vorstehenden Ausführungen (unter „1.“) ergibt sich hier die Anwendbarkeit von § 4 a Abs. 3 CoronaVO mit der Folge, dass auch die Regelungen für Veranstaltungen in § 9 CoronaVO Anwendung finden. Danach führt bereits § 9 Abs. 1 Nr. 5 CoronaVO dazu, dass die anwesenden Personen bei ihrem gesamten Aufenthalt in geschlossenen Räumen der Maskenpflicht nach § 8 CoronaVO unterliegen; die dortigen Ausnahmen beziehen sich nicht auf das Tanzen. Soweit das Tanzen nach § 9 Abs. 1 Nr. 6 Hs. 2 i. V. m. § 15 a Abs. 2 CoronaVO in geschlossenen Räumen nach Maßgabe des 2-G-Zugangsmodells erlaubt ist (was die Antragsgegnerin für den vorliegenden Fall nicht in Abrede stellt), gilt auch nach dieser Vorschrift eine Maskenpflicht während des Tanzens.

b) Die somit für die Feier des Antragstellers beim Tanzen in den geschlossenen Räumlichkeiten geltende Maskenpflicht dürfte, jedenfalls im Rahmen der hier für die Beschwerdeentscheidung nur begrenzt zur Verfügung stehenden Zeit, auch im Lichte höherrangigen Rechts nicht zu beanstanden sein. Insoweit, insbesondere zu ihrer Verhältnismäßigkeit, nimmt das Beschwerdegericht Bezug auf die diesbezüglichen Ausführungen der Antragsgegnerin (vgl. die Antragsrüge vom 9.9.2021, S. 15 ff.; Beschwerdebegründung vom 10.9.2021, S. 3 ff.) zur Maskenpflicht bei Veranstaltungen mit 2-G-Zugangskonzept (soweit sie im jeweiligen Regelungsbereich vorgesehen ist).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.