

Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

5 Bs 57/21
14 E 955/21

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 5. Senat, am 25. März 2021 durch

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 12. März 2021 – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung – geändert und der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

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

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, ein „Outdoor-Trainingsgelände“ auf dem Parkplatz ihres Fitnessstudios für den Publikumsverkehr öffnen zu dürfen.

Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die ... Fitnessstudios betreibt. Eines dieser Studios der Kette ... befindet sich in ... Hamburg. Dieses Fitnessstudio ist seit dem 2. November 2020 aufgrund der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) vom 30. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 365), derzeit in der Fassung vom 19. März 2021 (HmbGVBl. S. 145) geschlossen.

Am 13. Februar 2021 eröffnete die Antragstellerin bundesweit an 10 Standorten, u.a. auf dem Parkplatz des Studios ..., „Outdoor-Trainingsgelände“ auf dem ihre Kunden an Fitnessgeräten, mit Hanteln oder Gewichten trainieren können. Auf dem streitgegenständlichen Trainingsgelände, das mit Ein- und Ausgangsbereich eine Gesamtfläche von ca. 200 qm aufweist und das von einem sichtschtzenden Bauzaun umgeben ist, sind zwei Zelte mit einer Grundfläche von jeweils 72 qm aufgestellt, deren Seitenwände nach Angaben der Antragstellerin während des Trainingsbetriebs geöffnet sind und nur nachts geschlossen werden.

Für den Betrieb dieser „Outdoor-Trainingsgelände“ im gesamten Bundesgebiet während der Corona-Pandemie hat die Antragstellerin ein einheitliches „Hygiene- und Maßnahmenhandbuch für Outdoor Trainingsanlagen“ (im Folgenden: Hygienekonzept) erarbeitet. Danach sind auf dem „Outdoor-Trainingsgelände“ die Fitnessgeräte, deren Anzahl in den verschiedenen in den Akten befindlichen Aufbauplänen zwischen 19 und 25 variiert, so aufzustellen, dass der Abstand von Gerätemitte zu Gerätemitte zwei Meter beträgt. Auf dem Gelände dürfen sich maximal 20 Kunden gleichzeitig aufhalten. Ein Gerät darf nur von einem Kunden zurzeit benutzt werden. Das anwesende Personal (mindestens ein Mitarbeiter im Ein- und Ausgangsbereich und mindestens

ein Mitarbeiter auf der Trainingsfläche) ist gehalten, auf einen Mindestabstand von zwei Metern zwischen den Kunden zu achten. Die Trainingszeit pro Kunde ist auf 45 Minuten begrenzt und muss vorab im Internet gebucht werden. Das Angebot gilt nur für bereits registrierte Bestandskunden. Die Daten werden für eine etwaige Kontaktnachverfolgung gespeichert. Die Kunden müssen während der gesamten Aufenthaltszeit einen geeigneten Mund- und Nasenschutz tragen und die Geräte nach der Benutzung desinfizieren. Allen Kunden wird am Eingang eine antibakterielle Mundspülung angeboten. Das Hauptstudio samt den Kundentoiletten, Duschen und Umkleiden ist geschlossen. Für die Kunden sind mobile Toilettenkabinen aufgestellt.

Dieses Hygienekonzept beruht maßgeblich auf der gutachterlichen Stellungnahme des Arztes für Hygiene- und Umweltmedizin vom 9. Februar 2021. Nach dieser Stellungnahme sei die Weiterverbreitung von SARS-CoV-2-Viren bei der Nutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ ausgeschlossen, wenn die vorgesehenen Hygienemaßnahmen befolgt würden.

Bei einem Polizeieinsatz am 13. Februar 2021 erklärte eine Mitarbeiterin des Bezirksamts Wandsbek nach einer Inaugenscheinnahme mündlich gegenüber dem vor Ort anwesenden Bezirksleiter der Antragstellerin und telefonisch gegenüber der Rechtsabteilung der Antragstellerin, dass der Betrieb der Trainingsanlage untersagt sei. Außerdem wurde ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet. Die Antragstellerin schloss daraufhin die Anlage.

Mit E-Mail vom 14. Februar 2021 führte die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus, dass das Angebot der Antragstellerin als Fitnessstudio im Sinne des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO anzusehen und deshalb untersagt sei.

Hiergegen erhob die Antragstellerin am 23. Februar 2021 Widerspruch und beantragte, die sofortige Vollziehung der mündlichen Untersagung vom 13. Februar 2021 sowie des feststellenden Verwaltungsakts in Gestalt der E-Mail vom 14. Februar 2021 gemäß § 80 Abs. 4 VwGO auszusetzen.

Den Widerspruch verwarf die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 23. Februar 2021 als unzulässig, weil kein Verwaltungsakt vorliege. Hiergegen hat die Antragstellerin am 8. März 2021 Klage beim Verwaltungsgericht Hamburg erhoben (14 K 1061/21), die noch anhängig ist.

Bereits zuvor, am 2. März 2021, hatte die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Hamburg einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt.

Mit Beschluss vom 12. März 2021 hat das Verwaltungsgericht dem Antrag stattgegeben und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Sportbetrieb auf dem „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin vorläufig sanktionsfrei zu dulden. Dies gelte mit

der Maßgabe, dass ihr Hygienekonzept eingehalten werde und dass die Zelte während der Öffnungszeiten an allen Seiten vollständig geöffnet seien. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht u.a. ausgeführt, dass sich die Untersagung des Betriebs des Trainingsgeländes nicht rechtmäßig auf § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO stützen lasse.

Dagegen hat die Antragsgegnerin Beschwerde eingelegt. Im Beschwerdeverfahren hat die Antragstellerin eine ergänzende eidesstattliche Versicherung von ... vom 18. März 2021 zum Infektionsrisiko beim Betrieb des „Outdoor-Trainingsgeländes“ vorgelegt.

II.

1. Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beschwerdebegründung erschüttert die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts, es liege eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen einerseits der Sportausübung auf dem Outdoor-Trainingsgelände der Antragstellerin, das nach Auffassung der Antragsgegnerin als Fitnessstudio im Freien oder vergleichbare Anlage gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zu schließen sei und andererseits der nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erlaubten Individualsportausübung auf öffentlichen und privaten Sportanlagen im Freien, vor.

Die Antragsgegnerin bringt mit ihrer Beschwerdebegründung hiergegen den durchgreifenden Einwand vor, dass eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem nicht vorliege. Das Angebot der Antragstellerin sei schon nicht mit der Ausübung von Individualsport auf Sportanlagen im Freien vergleichbar. Nach der konkreten Ausgestaltung dieses Angebots stelle es sich als eine bloße Verlagerung des Fitnessstudios ins Freie dar. Dies mache den kommerziellen Betrieb des Fitnessstudios im Freien aber nicht wesensgleich mit dem Angebot für Individualsport nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO.

Vor diesem Hintergrund ist das Beschwerdegericht nicht mehr an die Beschränkungen des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO gebunden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.9.2006, 3 Bs 298/05, NJW 2007, 1225, juris Rn. 3 m.w.N.), sondern nimmt eine vollumfängliche Prüfung der Sach- und Rechtslage vor. Diese führt zu dem Ergebnis, dass der Eilantrag der Antragstellerin keinen Erfolg hat. Der Hauptantrag ist bereits unzulässig (hierzu a). Der Hilfsantrag ist zwar zulässig (hierzu b) aber unbegründet (hierzu c).

a) Der Hauptantrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die mündliche Untersagung vom 13. Februar 2021 und die E-Mail vom 14. Februar 2021 anzuordnen, ist

unzulässig. Denn es fehlt an einem Verwaltungsakt, der für die Statthaftigkeit eines Antrags gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO erforderlich ist. Nach dem plausiblen Vortrag der Antragsgegnerin hat die Mitarbeiterin des Bezirksamts Wandsbek im Rahmen des Polizeieinsatzes am 13. Februar 2021 lediglich auf die bestehende Rechtslage hingewiesen. Hierin ist eine Regelung, wie sie für einen Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 HmbVwVfG notwendig wäre, nicht zu erkennen. Insbesondere der Wortlaut der E-Mail vom 14. Februar 2021 spricht gegen den Regelungscharakter, denn in dieser E-Mail führt die Mitarbeiterin des Bezirksamts Wandsbek einfühend aus: „gerne erläutere ich Ihnen die in Hamburg geltende Rechtslage“ und legt dann dar, welche Vorschriften der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung auf das „Outdoor-Trainingsgelände“ anwendbar seien. Darüber hinaus enthält diese E-Mail weder einen Hinweis auf die Rechtsgrundlage für eine – von der Antragstellerin angenommene – Regelung noch eine Rechtsbehelfsbelehrung.

Nichts anderes folgt aus dem weiteren Vorbringen der Antragstellerin:

Die Antragstellerin weist insoweit zunächst darauf hin, dass die Leiterin des Fachamtes Verbraucherschutz, Gewerbe und Umwelt in einem Telefonat am 19. Februar 2021 in Aussicht gestellt habe, bei jedem Betrieb der „Outdoor-Trainingsfläche“ würde ein Bußgeld in Höhe von 5.000,- Euro verwirkt. Dies spreche für die Verwaltungsaktsqualität der mündlichen Untersagung vom 13. Februar 2021. Dieser Einwand überzeugt nicht, denn ein mögliches Bußgeld beruht nicht auf einem (feststellenden) Verwaltungsakt, sondern folgt unmittelbar aus § 39 Abs. 1 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO.

Darüber hinaus verweist die Antragstellerin auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Würzburg vom 23. November 2020 (W 8 S 20.1793, juris Rn. 19). In diesem Beschluss hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass selbst wenn in einer Quarantäneanordnung nur ein Realakt zu sehen sei, dieser jedenfalls im Zusammenspiel mit der zugrundeliegenden Allgemeinverfügung eine Einzelfallregelung mit Außenwirkung gegenüber dem Antragsteller bewirken würde, die Gegenstand eines Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO sein könne. Dem Antragsteller müsse jedenfalls eine einstweilige Rechtsschutzmöglichkeit gegen in seine Grundrechte eingreifende Hoheitsakte zur Verfügung stehen.

Diese Ausführungen sind auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Denn in Hamburg ergibt sich das Verbot, das „Outdoor-Trainingsgelände“ für den Publikumsverkehr zu öffnen, nicht aus einer Allgemeinverfügung, die nach § 35 Satz 2 HmbVwVfG ein Verwaltungsakt wäre, sondern unmittelbar aus der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, die eine Rechtsverordnung darstellt, die nicht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin selbst davon ausgegangen ist, dass es nicht notwendig ist, durch einen feststellenden Verwaltungsakt

verbindlich zu klären, ob sie ihr „Outdoor-Trainingsgelände“ für den Publikumsverkehr öffnen darf. Einen entsprechenden Antrag hat sie nicht gestellt. Vielmehr ist sie davon ausgegangen, dass sich die rechtliche Zulässigkeit der Öffnung unmittelbar aus dem durch die Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung gezogenen Rechtsrahmen ergibt und hat das Trainingsgelände geöffnet, ohne vorher Kontakt zur Antragsgegnerin aufzunehmen.

Selbst wenn von der Statthaftigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO ausgegangen würde, wäre der Hauptantrag jedenfalls unbegründet. Wenn die mündliche Untersagung vom 13. Februar 2021 und die E-Mail vom 14. Februar 2021 als Verwaltungsakte anzusehen wären, würden sich diese nach summarischer Prüfung aus den nachfolgend dargestellten Gründen (siehe unten c) als rechtmäßig erweisen und die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzen.

b) Der Hilfsantrag, im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festzustellen, dass der von der Antragstellerin angebotene Sportbetrieb auf ihrem „Outdoor-Trainingsgelände“ unter Einhaltung der Hygiene-, Abstands- und Schutzvorschriften der jeweils geltenden Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung sowie gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gestattet ist, ist zulässig. Das Beschwerdegericht legt diesen Antrag gemäß §§ 150, 122 Abs. 1, 88 VwGO als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt aus, die Antragsgegnerin vorläufig zu verpflichten, sanktionsfrei zu dulden, dass die Antragstellerin ihr „Outdoor-Trainingsgelände“ nach den Maßgaben ihres Hygienekonzepts für den Publikumsverkehr öffnet. Der so verstandene Eilantrag ist zulässig, insbesondere als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.).

c) Der Hilfsantrag ist aber unbegründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsgrunds, also die Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung, als auch eines Anordnungsanspruchs, d.h. des materiellen Anspruchs, für den der Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz sucht, glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Dabei dient das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 8; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 17). Das Begehren der Antragstellerin stellt sich allerdings angesichts der befristeten Geltung des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-

EindämmungsVO bis zum Ablauf des 28. März 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wobei die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder in ihrer Videokonferenz am 22. März 2021 eine Verlängerung der Maßnahmen bis zum 18. April 2021 beschlossen haben) als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird 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.

Das Erfordernis sehr hoher Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren ergibt sich auch aus der Ähnlichkeit mit einem Eilantrag in einem Normenkontrollverfahren, in dem nach § 47 Abs. 6 VwGO erheblich strengere Anforderungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung bestehen, als es sonst nach § 123 VwGO der Fall ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.5.1998, 4 VR 2/98, NVwZ 1998, 1065, juris Rn. 3; OVG Weimar, Beschl. v. 9.3.2021, 3 EN 105/21, juris Rn. 21; Wysk in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 94 m.w.N.). Zwar betrifft der vorliegende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, anders als Eilanträge im Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Abs. 6 VwGO, unmittelbar nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens (vgl. hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 17). Jedoch könnten, wenn der Betrieb des „Outdoor-Trainingsgeländes“ zu dulden wäre, auch andere Fitnessstudiobetreiber mit vergleichbaren Angeboten durch Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowie den sich für die Antragsgegnerin ergebenden Druck auf Gleichbehandlung die Bestimmung des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bezüglich ihrer Trainingsangebote im Freien faktisch außer Kraft setzen.

Gemessen an diesen Maßstäben hat die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch nicht mit dem für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht. Bei dem „Outdoor-Trainingsgelände“ handelt es sich um ein Fitnessstudio im Sinne des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (hierzu unter aa). Bei der im vorliegenden Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung stellen §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 Nr. 6 IfSG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung des Betriebs des „Outdoor-Trainingsgeländes“ dar (hierzu unter bb), ist dieses Verbot formell rechtmäßig (hierzu unter cc) und hält es sich im Rahmen der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage (hierzu unter dd). Außerdem dürfte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt sein (hierzu unter ee) und das Verbot nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen (hierzu unter ff).

aa) Das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin unterfällt dem Verbotstatbestand des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Danach dürfen Fitness-, Sport- und Yogastudios sowie vergleichbare Einrichtungen sowohl in geschlossenen Räumen als auch im Freien nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden. Das gewerbliche, an ihre Bestandsmitglieder gerichtete Sportangebot der Antragstellerin auf dem „Outdoor-Trainingsgelände“ ist als Öffnung eines Fitnessstudios im Freien für den Publikumsverkehr anzusehen (vgl. VG Saarlouis, Beschl. v. 12.3.2021, 6 L 210/21, juris Rn. 10 ff.; VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 27 f.; VG Schwerin, Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 8). Zwischen den Beteiligten ist nicht streitig, dass die Antragstellerin auf dem Grundstück ... ein Fitnessstudio betreibt. Dass auch die Trainingsangebote eines solchen Fitnessstudios im Freien von dem Verbotstatbestand erfasst werden sollen, hat der Verordnungsgeber durch die Einunddreißigste Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 11. Februar 2021 (HmbGVBl. S. 55) klargestellt, in dem er in § 4b Abs.1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die Wörter „sowohl in geschlossenen Räumen als auch im Freien“ eingefügt hat. Nach der Begründung dieser Änderung sollen damit alle Angebote der bezeichneten Einrichtungen unter freiem Himmel erfasst werden (vgl. HmbGVBl. S. 57).

Ob das grundsätzlich einschlägige Verbot des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der vorliegenden Konstellation dadurch relativiert wird, dass das Sportangebot der Antragstellerin – wie von ihr vorgetragen – (zumindest auch) als Individualsport im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erfasst wird, dürfte angesichts des klaren Wortlauts des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO keine Frage der Auslegung dieser Norm, sondern der Vereinbarkeit des Schließungsgebots mit Art. 3 Abs. 1 GG sein (hierzu unter ff).

bb) Die maßgeblichen Vorschriften in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 IfSG stellen – auch angesichts der grundrechtlichen Betroffenheit der Antragstellerin, zumindest in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit – aller Voraussicht nach eine hinreichende, dem Parlamentsvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage für das Verbot des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dar (vgl. allgemein zur Rechtslage seit Einführung des § 28a IfSG: OVG Hamburg, Beschl. v. 2.2.2021, 5 Bs 217/20, juris Rn. 7; OVG Münster, Beschl. v. 15.12.2020, 13 B 1731/20.NE, juris Rn. 23 ff.). Insoweit kann dahinstehen, ob die Untersagung, Fitnessstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, auf § 28a Abs. 1 Nr. 8 und 14 (so OVG Münster, Beschl. v. 15.12.2020, a.a.O.) oder – wofür aus der Sicht des Beschwerdegerichts einiges sprechen dürfte – auf § 28a Abs. 1 Nr. 6 und 14 (so OVG Weimar, Beschl. v. 9.3.2021, 3 EN 105/21, juris Rn. 40) zu stützen ist. Denn die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für eine Untersagung oder Beschränkung des Betriebs von Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung zuzurechnen sind (§ 28a Abs. 1 Nr. 6 IfSG) und der

Untersagung oder Beschränkung von Sportveranstaltungen und der Sportausübung (§ 28a Abs. 1 Nr. 8 IfSG) unterscheiden sich nicht.

cc) Die formellen Voraussetzungen für den Erlass des Verbots des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sind eingehalten. Die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG erlassene Rechtsverordnung ist gemäß § 28a Abs. 5 IfSG mit einer allgemeinen Begründung versehen. Sie ist zudem befristet und tritt mit Ablauf des 28. März 2021 außer Kraft (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wobei mit einer – erneut befristeten – Verlängerung zu rechnen ist, s.o. c).

dd) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 IfSG sind aufgrund der gegenwärtig bestehenden Corona-Pandemie weiterhin erfüllt. Der Deutsche Bundestag hat – wie in § 28a Abs. 1 IfSG vorausgesetzt – am 25. März 2020 aufgrund der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite von unbestimmter Dauer festgestellt (Plenarprotokoll 19/154, S. 19169C) und deren Fortbestehen am 18. November 2020 bestätigt (Plenarprotokoll 19/191, S. 24109C).

Das Verbot, Fitnessstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist eine Maßnahme, die der Bundesgesetzgeber in §§ 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 Nr. 6, 8 und 14 IfSG als eine mögliche notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 zur Pandemiebekämpfung vorsieht.

Der Ordnungsgeber ist bundesrechtlich gemäß § 28a Abs. 3 Satz 10 IfSG verpflichtet, 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 zu ergreifen. Dieser Schwellenwert wird zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Stand 24. März 2021) deutlich überschritten, denn die 7-Tage-Inzidenz in der Freien und Hansestadt Hamburg liegt nach dem täglichen Situationsbericht des Robert Koch-Instituts (im Folgenden: RKI) bei 99 (www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-24-de.pdf, S. 4). Der Wert der 7-Tage-Inzidenz ist nach den Hamburger Erhebungen bzw. Berechnungen (vgl. www.hamburg.de/corona-zahlen) noch deutlich höher.

Darüber hinaus bestimmt § 28a Abs. 3 Satz 9 IfSG, dass bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben sind. Auch dieser Schwellenwert ist derzeit mit

einem Wert von 108 deutlich überschritten (vgl. S. 4 des Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021).

ee) Das aus § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Verbot, Fitnessstudios auch im Freien – wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist voraussichtlich auch verhältnismäßig. Dieses Verbot dient einem legitimen Zweck [hierzu unter (1)] und ist angesichts des dem Ordnungsgeber weiterhin zustehenden Einschätzungsspielraums [hierzu unter (2)] als zur Erreichung dieses Zwecks geeignet [hierzu unter (3)], erforderlich [hierzu unter (4)] und auch vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Betroffenheit der Antragstellerin angemessen [hierzu unter (5)] anzusehen.

(1) Das Verbot dient einem legitimen Zweck. Mit den in der Verordnung enthaltenen Schutzmaßnahmen verfolgt der Ordnungsgeber das in § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG vorgegebene Ziel, Leben und Gesundheit der Bevölkerung und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen. Um dieses Ziel zu erreichen, zielt der Ordnungsgeber darauf ab, die Kontakte in der Bevölkerung zu reduzieren und damit das Infektionsgeschehen einzudämmen (vgl. ausführlich: Begründung zur Dreiundzwanzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 27. November 2020, HmbGVBl. S. 603 ff.; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn.26).

(2) Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass dem Ordnungsgeber bei der Beurteilung komplexer Gefahrenlagen, wie sie bei der aktuellen Corona-Pandemie gegeben ist, bezüglich der Auswahl der geeigneten, erforderlichen und angemessenen Schutzmaßnahmen ein weiter Einschätzungsspielraum zusteht (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 28; Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, juris Rn. 21, jeweils m.w.N.). Dieser Einschätzungsspielraum stand dem Ordnungsgeber auch im Rahmen der „zweiten Welle“ (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 28) und steht ihm gegenwärtig im Rahmen der „dritten Welle“ wegen der weiterhin bestehenden komplexen Gefahrenlage, einer weiterhin unzureichenden Tatsachengrundlage über die genauen Infektionsquellen und wegen der noch nicht abschätzbaren Folgen der Virusvarianten auf das Infektionsgeschehen und die Krankheitsverläufe (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html) zu (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 19.3.2021, 13 B 252/21.NE, juris Rn. 32 f.).

(3) Die Untersagung, Fitnessstudios und ihre Trainingsangebote im Freien – zu denen das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin zählt – für den Publikumsverkehr zu öffnen, erscheint geeignet, den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Maßnahme geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte

Erfolg gefördert werden kann, wobei die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Dabei kommt es darauf an, ob die Maßnahme objektiv tauglich ist, den jeweiligen legitimen Zweck zu fördern (BVerfG, Beschl. v. 9.2.2001, 1 BvR 781/98, juris Rn. 22). Hingegen ist der Nachweis nicht notwendig, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird; es genügt, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt (vgl. Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, Stand: August 2020, Art. 20 Rn. 112 m.w.N.).

Gemessen an diesem Maßstab ist die Einschätzung des Ordnungsgebers nicht zu beanstanden, dass die Schließung des Betriebs von Fitnessstudios auch im Freien, wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin, geeignet ist, um Kontakte in der Bevölkerung zu reduzieren und damit das Infektionsrisiko zu verringern und das Infektionsgeschehen einzudämmen. Denn es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass von der Nutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ der Antragstellerin eine Infektionsgefahr ausgeht, die mit der Schließung der Anlage bekämpft wird. Das Infektionsgeschehen ist weiterhin dadurch gekennzeichnet, dass es nicht nur durch einzelne besondere „Treiber der Pandemie“ aufrechterhalten bzw. verstärkt wird. Vielmehr findet eine diffuse Ausbreitung von Infektionen in der Bevölkerung statt, ohne dass bei einem Großteil der Fälle der Infektionsort bekannt ist (vgl. S. 2 des Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021). Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des Ordnungsgebers, vor allem auf eine Kontaktreduzierung in der Bevölkerung zu setzen, zu der das streitgegenständliche Verbot beiträgt, nicht fehlerhaft.

Nichts anderes folgt aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ein Infektionsgeschehen bei der Nutzung ihres „Outdoor-Trainingsgelände“ bei Einhaltung ihres Hygienekonzepts nicht zu befürchten sei. Zwar dürfte wegen der besseren Lüftung mit der Sportausübung auf dem „Outdoor-Trainingsgelände“ eine geringere Infektionsgefahr einhergehen als in einem Fitnessstudio in geschlossenen Räumen. Jedoch dürfte auch bei dem Betrieb des „Outdoor-Trainingsgeländes“ ein Infektionsrisiko bestehen bleiben, zu dessen Bekämpfung die Untersagung geeignet ist. Nach dem Aufstellplan der Trainingsgeräte (vgl. S. 19 des im Widerspruchsverfahren von der Antragstellerin vorgelegten Hygienekonzepts in der nicht paginierten Sachakte) sind 19 bis 23 Trainingsgeräte in zwei Zelten mit einer Grundfläche von jeweils 72 Quadratmetern vorgesehen (die genaue Anzahl ist unklar, weil vier Geräte in einem dünnen Grau eingezeichnet sind, so dass das Beschwerdegericht nicht erkennen kann, ob diese Geräte tatsächlich vorhanden sind und die Antragstellerin die Anzahl der Geräte weder im Widerspruchsverfahren noch im vorliegenden Eilverfahren konkretisiert hat). Damit ist pro Trainingsgerät eine Fläche von durchschnittlich höchstens knapp 7,6 Quadratmetern (144 qm / 19) vorgesehen. Angesichts dieser Vielzahl der Trainingsgeräte auf relativ engem Raum und der bis zu 20 gleichzeitig trainierenden Mitglieder zuzüglich des anwesenden Personals dürfte ein Risiko der Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus durch in der Luft verbliebene Tröpfchen und

Aerosole bestehen bleiben. Gerade bei sportlicher Betätigung ist mit einem erhöhten Ausstoß von Tröpfchen und Aerosolen zu rechnen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 29, 33). Vor diesem Hintergrund erscheint auch der Einsatz einer medizinischen Mund-Nasen-Bedeckung nicht ausreichend. Diese schützt vorwiegend vor Tröpfchen, weniger vor Aerosolen (vgl. hierzu und zum Folgenden: VG Schwerin, Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Überdies lässt ihre Filter- und Schutzwirkung umso mehr nach, je feuchter die Maske durch Atmen oder Schweiß wird. Dies wird durch die offenen Seitenwände der Zelte nicht ausgeglichen. Eine hinreichende Durchlüftung wird dadurch nicht gewährleistet, zumal die Zeltdecke eine verhältnismäßig geringe Höhe aufweist und sich Tröpfchen und Aerosole nicht ungehindert nach oben verteilen können.

Daran ändern auch die gutachterliche Stellungnahme des Arztes für Hygiene- und Umweltmedizin ... vom 9. Februar 2021 und seine eidesstattliche Versicherung vom 18. März 2021 nichts. Darin führt ... aus, dass bei sachgerechter Durchführung aller in seiner gutachterlichen Stellungnahme genannten Maßnahmen (desinfizierende Mund-Rachen-Spülung für mindestens 30 Sekunden, Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes oder einer FFP2-Maske, hygienische Händedesinfektion, „doppelte“ Desinfektion der Trainingsgeräte mit Mitteln auf Alkoholbasis, Einhaltung der Abstände) eine Weiterverbreitung von SARS-CoV-2-Viren ausgeschlossen sei. Dies gelte auch dann, wenn die Außenanlage mit einem oder mehreren Zeiten überdacht werde, bei dem die Seitenwände während des Trainings geöffnet seien.

Diese Stellungnahmen sind nicht ausreichend substantiiert, um das Beschwerdegericht davon zu überzeugen, dass bei der Anwendung des beschriebenen Hygienekonzepts eine Infektionsgefahr tatsächlich ausgeschlossen ist. Angesichts der Vielzahl der Trainingsgeräte auf relativ engem Raum ist das Beschwerdegericht schon nicht überzeugt davon, dass sich während der Benutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ die Mindestabstandsregeln durchgängig einhalten lassen würden. Davon unabhängig begründet ... seine Behauptungen nicht weiter durch Bezugnahme auf wissenschaftliche Untersuchungen und empirische Datenerhebung, was aber notwendig gewesen wäre, um die Plausibilität seiner Stellungnahmen überprüfen zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung von Mindestabständen und das Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen das Infektionsrisiko insbesondere im Außenbereich stark reduzieren, aber beide Maßnahmen nicht zur vollständigen Infektionsprävention führen (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand 18. März 2021, unter 2. „Übertragungswege“, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Dies gilt gegenwärtig umso mehr, als die zunehmende Verbreitung und Dominanz der wesentlich übertragbareren Variante **B** 1.1.7 (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html) in Deutschland die Wirksamkeit der bislang erprobten Infektionsschutzmaßnahmen erheblich vermindert (S. 2 des

Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-24-de.pdf).

Auch der Hinweis der Antragstellerin auf die Stellungnahme der Kommission Innenraumlufthygiene am Umweltbundesamt vom 12. August 2020 mit dem Titel „Das Risiko einer Übertragung von SARS-CoV-2 in Innenräumen lässt sich durch geeignete Lüftungsmaßnahmen reduzieren“ (www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/2546/dokumente/irk_stellungnahme_lueften_sars-cov-2_0.pdf) führt zu keinem anderen Ergebnis. Zum einen kommt auch diese Stellungnahme nicht zu dem Ergebnis, dass eine Infektionsgefahr bei sportlicher Aktivität im Freien ausgeschlossen ist. Vielmehr werden nach dieser Stellungnahme potenziell virushaltige Partikel in der Außenluft in Verbindung mit den fast immer vorhandenen Luftbewegungen (Wind, Turbulenzen) zwar rasch verdünnt. Dadurch sei das Risiko einer Übertragung von SARS-CoV-2 durch Aerosole im Außenbereich aber nicht ausgeschlossen, sondern lediglich sehr gering, wenn der Sicherheitsabstand eingehalten wird (S. 2 der Stellungnahme). Zum anderen konnte diese Stellungnahme aufgrund ihres Erscheinungsdatums im August 2020 keine Aussagen zur Ansteckungsgefahr im Freien bei den Virusvarianten, von denen erstmals im Dezember 2020 berichtet wurde (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html), treffen.

(4) Die Untersagung, Fitnessstudios auch im Freien – wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – für den Publikumsverkehr zu öffnen, erscheint auch erforderlich, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Die Erforderlichkeit ist nur ausgeschlossen, wenn mildere aber zur Infektionsbekämpfung gleich effektive Maßnahmen zur Verfügung stehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014, 1 BvR 2998/11, BVerfGE 135, 90, juris Rn. 80, m.w.N.). Insoweit ist kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens ersichtlich. Das bestehende Infektionsrisiko beim Aufeinandertreffen von Menschen auf dem „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin [s.o. (3)] lässt sich durch Hygienemaßnahmen nicht vergleichbar effektiv wie mit einer vollständigen Schließung der Anlage verhindern. Die von der Antragstellerin vorgeschlagene Öffnung unter Verwendung ihres Hygienekonzepts ist zwar ein milderes, jedoch nicht gleich geeignetes Mittel (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 32).

(5) Das aus § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Verbot, Fitnessstudios auch im Freien – wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist gegenwärtig auch angemessen. Angemessen, d. h. verhältnismäßig im engeren Sinne, ist eine freiheitseinschränkende Regelung, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit

erwachsenden Vorteilen steht (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, juris Rn. 265 m.w.N.). Hierbei ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig. Die Interessen des Gemeinwohls müssen umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Zugleich wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus der Grundrechtsausübung erwachsen können. Diese Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann dazu führen, dass der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde. Nur so kann die Prüfung der Angemessenheit staatlicher Eingriffe ihren Sinn erfüllen, geeignete und gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen.

Davon ausgehend dürfte die Schließung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ der Antragstellerin für den Publikumsverkehr nicht zu beanstanden sein, weil die Schwere der damit erneut verbundenen Grundrechtseingriffe voraussichtlich noch nicht außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Zweck steht.

Allerdings greift das Verbot in ganz erheblicher Weise zumindest in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ein, weil ihr dadurch im Zusammenspiel mit dem – nicht streitgegenständlichen – Verbot, die Innenräume ihres Fitnessstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, der Betrieb ihres Fitnessstudios vollständig untersagt wird. Zwar dürfte sich die wirtschaftliche Belastung durch die vorübergehende Schließung für Fitnessstudios weniger dramatisch darstellen als für andere, auf die ständige Erwirtschaftung von täglichen Einnahmen angewiesene Gewerbebetriebe, weil Fitnessstudios sich üblicherweise durch Mitgliedsbeiträge oder -gebühren der Kunden finanzieren, die monatlich oder jährlich geleistet werden. Dadurch sind den Fitnessstudios (anders als etwa den Betrieben in der Gastronomie) durch die Schließung nicht sofort sämtliche Einnahmen weggebrochen, sondern sie konnten und können mit weiteren Einnahmen in Gestalt der Mitgliedsbeiträge rechnen. Jedoch verkennt der Senat nicht, dass gleichwohl erhebliche Einbußen eintreten können, weil Kunden diese Entwicklung möglicherweise zum Anlass nehmen, ihre Mitgliedschaft zu kündigen, und weil es den Betreibern der Fitnessstudios während der Schließungszeit deutlich erschwert ist, neue Mitglieder zu gewinnen (zum Vorstehenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 34 f.; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 38). Dem letztgenannten Aspekt dürfte angesichts des mittlerweile seit über vier Monaten andauernden Verbots zunehmend größeres Gewicht zukommen. Allerdings hat die Antragstellerin auch im

laufenden Beschwerdeverfahren nicht substantiiert zu den wirtschaftlichen Auswirkungen vorgetragen und keine akute existentielle finanzielle Bedrohung geltend gemacht.

Dieser Eingriff in die Berufsfreiheit erweist sich aber gemessen an dem damit bezweckten Gesundheitsschutz der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) angesichts der gravierenden und teils irreversiblen Folgen, die ein erneuter unkontrollierter Anstieg der Zahl von Neuinfektionen für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hätte, voraussichtlich als gerechtfertigt. Dabei verkennt der Senat nicht, dass aufgrund des Hygienekonzepts der Antragstellerin und der Verlagerung ihres Trainingsgeländes unter Zelte in den Außenbereich die mit der Nutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ einhergehende Infektionsgefahr erheblich reduziert sein dürfte. Jedoch ist die Schließung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ wegen des dennoch weiterbestehenden Infektionsrisikos angesichts der aktuellen Entwicklung der Pandemie auch dann noch angemessen, wenn dieses Risiko gering sein sollte.

Denn zum einen kommt den Gemeinwohlbelangen, die den Eingriff in die Berufsfreiheit der Antragstellerin rechtfertigen gegenwärtig ein besonders hohes Gewicht zu. Die Gefahren für Leben und Gesundheit der Bevölkerung, deren Abwehr die Infektionsschutzmaßnahmen wie das streitgegenständliche Verbot dienen, sind kein fernliegendes Risiko, sondern konkret und alltäglich (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 19.3.2021, 13 B 252/21.NE, juris Rn. 61 ff.). Entgegen den Angaben der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 24. März 2021 sinken die Infektionszahlen nicht. Vielmehr ist gegenwärtig ein erneuter exponentieller Anstieg von Infektionen aufgrund einer nach wie vor stark ausgeprägten Viruszirkulation – auch der Virusvariante B.1.1.7 – zu befürchten. Die 7-Tages-Inzidenz für ganz Deutschland – auch für die Freie und Hansestadt Hamburg – steigt seit Mitte Februar 2021 stark an. Etwa seit dem 10. März 2021 hat sich der Anstieg der Fallzahlen beschleunigt. Der 7-Tage-R-Wert lag seit Anfang März 2021 über 1 und liegt derzeit um 1. Die COVID-19-Fallzahlen steigen in allen Altersgruppen wieder an. Der Anstieg der Fallzahlen insgesamt und der Infektionen durch die Variante B 1.1.7. werden zu deutlich ansteigenden Hospitalisierungen führen (zum Vorstehenden: S. 2 f. des Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-24-de.pdf). Intensivmediziner weisen anhand eines Simulationsmodell darauf hin, dass eine erneute kritische Auslastung der Intensivkapazitäten droht, wenn bei einer Inzidenz von über 100 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner keine zusätzlichen Schutzmaßnahmen getroffen werden (vgl. DIVI Prognosemodell, Stand 18. März 2021, www.divi.de/register/divi-prognosemodell).

Zum anderen hat die Antragsgegnerin mit der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ein Gesamtkonzept zur Bewältigung der Corona-Krise entwickelt, das sich auf zahlreiche Wirtschafts- und Lebensbereiche belastend auswirkt (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 37; Beschl. v.

20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 39, m.w.N.). In einer Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie muss der Ordnungsgeber die Situation fortlaufend beobachten und evaluieren, um entscheiden zu können, ob Lockerungen im Hinblick auf die betroffenen (Grund-)Rechtspositionen bereits zugelassen werden können, und wenn ja, in welchen Bereichen und in welchem Umfang. Dabei wird er vor allem darauf abstellen, inwieweit Infektionsschutz gewährleistet werden kann, zudem aber auch den Rang der betroffenen Rechtsgüter sowie etwaige finanzielle, wirtschaftliche und soziale Folgen in den Blick nehmen. In diesem Zusammenhang ist nicht unbedingt allein der infektionsschutzrechtliche Gefahrengrad der betroffenen Tätigkeit zu beachten. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und für Dritte und nicht zuletzt auch die öffentlichen Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.

Allerdings erscheint dem Senat im Rahmen des Gesamtkonzepts der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung durchaus zweifelhaft, dass das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin als Teil eines Fitnessstudios nach § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auch bei Einhaltung strenger Hygienevorgaben nicht öffnen darf, während Dienstleistungen mit Körperkontakt (wie Kosmetikstudios, Massagesalons, Tattoo-Studios) nach § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO unter Einhaltung strenger Hygienevorgaben öffnen dürfen. Der Anwendungsbereich des § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO wurde durch die Sechsendreißigste Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (36. Änderungsverordnung) vom 19. März 2021 sogar um die Sonnenstudios erweitert (HmbGVBl. S. 145). Insoweit ist – worauf die Antragstellerin zutreffend hinweist – auch zu berücksichtigen, dass sich die Öffnung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ der Antragstellerin positiv auf die Gesundheit der Trainierenden auswirken dürfte. Den Mitgliedern des Fitnessstudios würde ermöglicht, regelmäßig Sport zu treiben, was zur Stärkung ihrer Abwehrkräfte beitragen könnte. Außerdem würde das Risiko körperlicher Schäden und Erkrankungen (wie Diabetes und Adipositas) aufgrund von zu wenig oder falscher Bewegung verringert. Demgegenüber erscheint es dem Senat eher fernliegend, dass vergleichbare Vorteile mit der Öffnung einiger der Einrichtungen, die Dienstleistungen mit Körperkontakt anbieten (etwa Kosmetikstudios oder Tattoo-Studios), verbunden sein könnten. Auch trifft die vom Ordnungsgeber für die Privilegierung der Einrichtungen in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gegebene Begründung, dass diesen Betrieben – anders als im Bereich des Einzelhandels oder der Gastronomie – alternative Formen der Leistungserbringung in Form von Fernabsatzverkauf oder in der Form des Absatzes mittels „Click-and-Collect“ (§ 4c Absatz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) nicht möglich sind (Begründung zur 36. Änderungsverordnung, HmbGVBl. S. 149), auch auf Fitnessstudios zu.

Jedoch steht nicht mit der erforderlichen weit überwiegenden Wahrscheinlichkeit fest, dass der Verordnungsgeber im Rahmen seines Gesamtkonzepts durch die Öffnung der Betriebe, die Dienstleistungen mit Körperkontakt anbieten nach § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bei gleichzeitig fortdauernder Schließung anderer Gewerbebetriebe wie Fitnessstudios oder die Außengastronomie seinen Einschätzungsspielraum überschritten hat. Denn der Verordnungsgeber hat sich bewusst für ein Stufenmodell der Öffnung entschieden, um im Rahmen eines Modellversuchs zu untersuchen, ob strenge Hygieneauflagen verbunden mit einem System der Testungen von Personal und Kundinnen und Kunden als Maßnahme des Infektionsschutzes geeignet sind und bei der der Öffnung in anderen Bereichen eingesetzt werden können. Der Verordnungsgeber hat in der Begründung zur 36. Änderungsverordnung dazu ausgeführt (HmbGVBl. S. 149):

„Deshalb sieht der Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 auch im Fall der Überschreitung der 7-Tage-Inzidenz pro 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner auf über 100 keine umgehende Schließung der von § 14 erfassten Betriebe vor, sondern deren Fortsetzung unter den in § 14 Nummern 1 bis 7 geregelten strengen Hygieneauflagen. Auf diese Weise soll zugleich in einem beschränkten Bereich des Wirtschaftslebens die Geeignetheit von strengen Hygieneauflagen verbunden mit einem System der Testungen von Personal und Kundinnen und Kunden als Maßnahme des Infektionsschutzes erprobt werden, um Rückschlüsse auf die Einsetzbarkeit eines solchen Systems in anderen Bereichen erlangen zu können. Nach dem Stufenmodell des Beschlusses der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 ist ein solches System von strengen Hygieneauflagen verbunden mit Testpflichten künftig auch in anderen Wirtschaftsbereichen vorgesehen, wenn sich seine Wirksamkeit in der Praxis der Betriebe nach § 14 bestätigt hat und das Infektionsgeschehen die damit verbundene Zunahme der persönlichen Kontakte innerhalb der Bevölkerung wieder zulässt. Das hier geregelte System der Hygiene- und Testauflagen ist in der aktuellen epidemiologischen Lage deshalb nicht auf andere Wirtschaftsbereiche übertragbar. In der gegenwärtigen Lage ist seine Verwendung in anderen Wirtschaftsbereichen deshalb auch nicht in dem Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 vorgesehen. Sollte die Entwicklung des Infektionsgeschehens es erforderlich machen, dass über die in der Verordnung geregelten Maßnahmen hinaus weitere Schutzmaßnahmen umgesetzt werden, durch die die Gesamtzahl persönlicher Kontakte innerhalb der Bevölkerung reduziert wird, um eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens zu bewirken (vgl. § 28a Absatz 3 Satz 5 IfSG, sog. Wellenbrechmaßnahmen, vgl. die Begründung zur Dreiundzwanzigste Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 27. November 2020, HmbGVBl. S. 595, 604), können auch erneut Betriebsuntersagungen der Betriebe nach § 14 erforderlich werden.

Dieser bewussten Entscheidung des Verordnungsgebers, einen abgegrenzten Bereich als Experimentierfeld für zukünftige Öffnungsstrategien auszuwählen, kommt angesichts der weiterhin bestehenden Ungewissheiten über die Wirksamkeit der Infektionsschutzmaßnahmen im Hinblick auf die sich ausbreitenden Virusvarianten besondere Bedeutung zu, um Öffnungsperspektiven im Rahmen eines effektiven Infektionsschutzes entwickeln zu können und gleichzeitig Gefährdungen für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) auf ein möglichst geringes Maß zu beschränken. Vor diesem Hintergrund ist dieses

Gesamtkonzept noch vom weiten Ermessen des Ordnungsgebers gedeckt, solange der Ordnungsgeber seinen Beobachtungs- und Evaluationspflichtungen, die im Hinblick auf den Experimentiercharakter des Regelungskonzepts gesteigert sein dürften, hinreichend nachkommt.

ff) Das aus § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Verbot, Fitnessstudios im Freien – wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist aller Voraussicht nach mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 18.7.2018, 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222, juris Rn. 64; Beschl. v. 18.7.2012, 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179, juris Rn. 30 f.; Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, juris Rn. 63 ff.). 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.

Dieser Maßstab gilt für die normsetzende Exekutive entsprechend. Der Ordnungsgeber muss nach dem Gleichheitssatz im wohlverstandenen Sinn der ihm erteilten Ermächtigung handeln und darf sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen (BVerfG, Beschl. v. 26.2.1985, 2 BvL 17/83, BVerfGE 69, 150, juris Rn. 39).

Im Gefahrenabwehrrecht, zu dem das Infektionsschutzrecht gehört, besteht ein weiterer Entscheidungsspielraum des Ordnungsgebers, weil die Verwaltung ihre Entscheidungen oftmals unter Zeitdruck aufgrund einer unsicheren Tatsachengrundlage und unter den Bedingungen einer unsicheren, sich ständig verändernden Lage zu treffen hat (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 28; Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, GewArch 2020, 289, juris Rn. 53). Dem weiten Entscheidungsspielraum des Ordnungsgebers entspricht eine zurückhaltende gerichtliche Kontrolle der verordnungsrechtlichen Regelungen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.3.2020, 5 Bs 48/20, juris Rn. 13; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 MN 479/20, juris Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.4.2020, OVG 11 S 22/20, juris Rn. 25; BayVerfGH, Entscheidung v. 21.10.2020, Vf. 26-VII-20, juris Rn. 24). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin können sich Sachgründe für eine Differenzierung im vorliegenden

Regelungszusammenhang nicht nur aus dem infektionsrechtlichen Gefahrengrad der betroffenen Tätigkeit, sondern auch aus sonstigen relevanten Belangen, wie der Relevanz der jeweiligen Tätigkeit für das öffentliche Leben, ergeben (OVG Münster, Beschl. v. 23.12.2020, 13 B 1707/20.NE, juris Rn. 105; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.5.2020, 13 MN 156/20, juris Rn. 36).

Gemessen an diesem Maßstab verstößt es – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass der Ordnungsgeber entschieden hat, Fitnessstudios gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auch im Freien – wie das „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – für den Publikumsverkehr zu schließen, während nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO Sport im Freien insbesondere auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des gemeinsamen Haushalts ausgeübt werden darf. Mit der Annahme, dass es sich um wesensverschiedene Sachverhalte handelt, so dass keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt, überschreitet der Ordnungsgeber nicht die Grenzen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums. Denn der Betrieb eines Fitnessstudios im Freien ist – wie das Angebot der Antragstellerin exemplarisch zeigt – nicht mit der Ausübung von Individualsport auf Sportanlagen im Freien vergleichbar (vgl. VG Saarlouis, Beschl. v. 12.3.2021, 6 L 210/21, juris Rn. 17 ff.; VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Schwerin, Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Insbesondere handelt es sich bei diesem Angebot nicht mehr um Individualsport. Nach dem Konzept der Antragstellerin können in der begrenzten Trainingszeit von 45 Minuten gleichzeitig 20 Personen aus 20 verschiedenen Haushalten trainieren. Vor Ort sind außerdem mindestens zwei Mitarbeiter der Antragstellerin anwesend. Das ganze erfolgt auf der relativ engen Trainingsfläche mit einer Grundfläche von 144 Quadratmetern. Bei dieser Form der Sportausübung handelt es sich um ein Gruppenangebot bzw. die kollektive Sportausübung, die sich von der privaten, nichtinstitutionalisierten Zusammenkunft unterscheidet (vgl. VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Hannover, Beschl. v. 1.2.2021, 15 B 343/21, juris Rn. 11). Darüber hinaus findet der nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässige Individualsport, anders als die Nutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ nicht in einer gewerblichen Einrichtung statt (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 9.12.2020, 3 B 381/20, juris Rn. 39). Die Nutzung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ wird nicht dadurch zum Individualsport, dass die Abstandsregeln eingehalten werden und der Sport an einem Gerät jeweils nur alleine ausgeübt wird. Die Beschränkung auf den Individualsport mit zwei Personen zielt vielmehr darauf ab, eine gleichzeitige Kontakthäufung und den Anreiz, sich überhaupt zusammenzufinden, zu vermeiden (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.3.2021, 13 MN 67/21, juris Rn. 27). Auch wenn die eigentliche Sportausübung alleine erfolgt, führt das institutionalisierte Angebot der Antragstellerin, anders als es bei der Form des zugelassenen Individualsports regelmäßig der Fall ist, in erheblich größerem Umfang zu

Sozialkontakten zwischen den Kunden und dem betrieblichen Personal sowie den Kunden untereinander, sei es vor, während (etwa bei dem nicht ausgeschlossenen Gerätewechsel) oder nach dem Sport (hierzu und zum Folgenden: VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Schwerin, Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Das Angebot der Antragstellerin entfaltet zudem eine erheblich höhere Sogwirkung für sportliche Aktivitäten als die Möglichkeit des Individualsports, bei dem sich größere Menschenansammlungen eher zufällig und selten über den ganzen Tag bilden.

Unabhängig davon spricht die – aus Infektionsschutzgesichtspunkten besonders bedeutende – räumliche Betrachtung dagegen, dass der Ordnungsgeber aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet gewesen wäre, den Betrieb von Fitnessstudios im Freien – wie dem „Outdoor-Trainingsgelände“ der Antragstellerin – als Individualsport auf einer Sportanlage im Freien nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO anzusehen. Denn Sportanlagen im Freien weisen regelmäßig eine erhebliche Größe und damit hinreichend Platz für eine parallele Ausübung von Individualsport durch mehrere Einzelpersonen oder zulässige Kleingruppen auf (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.3.2021, 11 S 24/21, juris Rn. 11). So hat ein gewöhnliches Fußballfeld, bei dem es sich um eine der häufiger vorkommenden Sportanlagen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO handeln dürfte, eine Grundfläche von etwa 5.000 Quadratmetern (100 Meter mal 50 Meter). Davon unterscheiden sich die Außenangebote von Fitnessstudios grundlegend, wie das Angebot der Antragstellerin mit einer Trainingsfläche von lediglich 144 Quadratmetern zeigt.

Soweit sich die Antragstellerin auf eine Ungleichbehandlung zu den „Bewegungsinseln“ der Antragsgegnerin (vgl. www.hamburg.de/bewegungsinseln) beruft, greift dieser Einwand schon deshalb nicht durch, weil die Argumentation der Antragstellerin auf einer unrichtigen Prämisse beruht. Die Antragstellerin geht davon aus, dass Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus bei dem Betrieb ihres „Outdoor-Trainingsgeländes“ unter Beachtung ihres Hygienekonzepts nicht stattfinden werden. Diese Annahme trifft nicht zu, denn nach den dem Beschwerdegericht vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen erscheint es gerade nicht ausgeschlossen, dass von der Nutzung dieses „Outdoor-Trainingsgeländes“ eine Infektionsgefahr ausgeht [s.o. dd) (3)]. Darüber hinaus fehlt es bezüglich der „Bewegungsinseln“ an einem gewerblich organisierten sportlichen Angebot und damit an einem vergleichbaren Sachverhalt.

Unabhängig davon kann die Antragstellerin ihren Anspruch auf Öffnung ihres „Outdoor-Trainingsgeländes“ nicht darauf stützen, dass die „Bewegungsinseln“ in einer Intensität genutzt werden, die die Grenzen des nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässigen Individualsports überschreitet. Sollte es beim Betrieb der „Bewegungsinseln“ tatsächlich zu der von der Antragstellerin geschilderten übermäßigen Frequentierung nicht nur in Einzelfällen kommen, dürfte es sich dabei aller Voraussicht nach nicht mehr um zulässigen

Individualsport nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO handeln. In diesem Fall wäre die Antragsgegnerin verpflichtet, die Bewegungsiseln zu schließen oder ihren Betrieb effektiv zu beschränken, nicht aber den Fitnessstudios ebenfalls eine solche die Grenzen des zulässigen Individualsports überschreitende Nutzung zu ermöglichen.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache sieht das Beschwerdegericht – wie das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 12. März 2021 – von einer Reduzierung des Auffangstreitwerts im Eilverfahren ab. Die zur vorübergehenden Schließung von Fitnessstudios aufgrund der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ergangene Rechtsprechung, wonach grundsätzlich ein Streitwert in Höhe von 10.000,- Euro anzusetzen ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 45; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 44), ist vorliegend nicht anwendbar, weil die Antragstellerin nur die Öffnung des „Outdoor-Trainingsgeländes“ begehrt und dieser Teilöffnung im Verhältnis zum Regelbetrieb eine deutlich geringere wirtschaftliche Bedeutung zukommen dürfte.