



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 209/20
13 E 4550/20

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 18. November 2020 durch

.....
.....
.....

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 10. November 2020 geändert und der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes für das gesamte Verfahren wird, auch unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts, auf 80.000,- Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin betreibt in Hamburg acht Fitnessstudios, deren Betrieb für den Publikumsverkehr seit dem 2. November 2020 durch § 4b Abs. 1 Nr. 28 der hamburgischen Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 (HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, im Folgenden: Corona-VO) vom 30. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 365) - nunmehr - in der Fassung vom 6. November 2020 (GVBl. S. 569) untersagt ist; dieses Verbot gilt bis zum Ablauf des 30. November 2020 (§ 40 Abs. 2 Corona-VO).

Mit gerichtlichem Eilantrag vom 3. November 2020 beehrte die Antragstellerin, ihr vorläufig den weiteren Betrieb der Fitnessstudios zu ermöglichen.

Mit Beschluss vom 10. November 2020 gab das Verwaltungsgericht dem Antrag statt und verpflichtete die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung, den Betrieb der Fitnessstudios der Antragstellerin einstweilen sanktionsfrei zu dulden unter der Maßgabe, dass die Antragstellerin das von ihr erstellte Sicherheits- und Hygienekonzept einhält.

Dagegen wendet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beschwerdebegründung, insbesondere die Bezugnahme auf verschiedene anderslautende obergerichtlichen Entscheidungen, erschüttert die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts, unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes reiche die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 InfSG nicht mehr als Ermächtigungsgrundlage für (erneute) Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten aus, und im Hinblick auf diese Rechtsfrage bleibe auch kein Raum mehr für eine Folgenabwägung.

Das Beschwerdegericht ist daher nicht mehr an die Beschränkungen des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO gebunden, sondern nimmt eine vollumfängliche Prüfung der Sach- und Rechtslage vor.

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Das Begehren der Antragstellerin stellt sich allerdings insbesondere angesichts der befristeten Geltung des § 4b Abs. 1 Nr. 28 Corona-VO bis zum Ablauf des 30. November 2020 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. 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. Jedoch könnten, wenn das Verbot des Betriebes von Fitnessstudios gegenüber der Antragstellerin wegen Verfassungswidrigkeit für unwirksam erklärt würde, auch die anderen Betreiber von Fitnessstudios durch Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowie den sich für

die Antragsgegnerin ergebenden Druck auf Gleichbehandlung die Bestimmung des § 4b Abs. 1 Nr. 28 Corona-VO faktisch außer Kraft setzen. Auch dieser Umstand unterstreicht das Erfordernis sehr hoher Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren.

Nach diesen Maßstäben liegt die erforderliche weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs der Antragstellerin in der Hauptsache hier nicht vor. Bei summarischer Prüfung bestehen gegen das bis zum 30. November 2020 befristete Verbot der Öffnung von Fitnessstudios keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die angegriffene Norm einen zeitlich befristeten Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit des Betriebs der Antragstellerin begründet. Dieser Eingriff ist aber von einer verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage getragen. Zudem erweist sich die Regelung in § 4 b Abs. 1 Nr. 28 Corona-VO nach der im Eilverfahren gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung als rechtmäßig.

1. Der Senat ist bisher davon ausgegangen, dass die Corona-VO in §§ 32 Satz 1 und 2, 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage findet, weil die Verordnungsermächtigung mit höherrangigem Recht vereinbar ist und insbesondere die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und des Parlamentsvorbehalts beachtet (vgl. dazu Beschl. des Senats v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 20). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch angesichts der seit dem Ausbruch der Pandemie verstrichenen Zeit fest (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 9.11.2020, 1 B 342/20, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 6.11.2020, OVG 11 S 97/20, juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 433/20, juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 5.11.2020, 6 B 11353/20.OVG; juris; andere Obergerichte halten diese Frage jedenfalls für offen, vgl. OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2020, 13 B 1657/20.NE, juris; auch das Bundesverfassungsgericht hat insofern bisher keine Bedenken geäußert, vgl. zuletzt Beschl. v. 11.11.2020, 1 BvR 2530/20, juris Rn. 16; vgl. auch BayVGh, Beschl. v.16.11.2020, Vf. 90-VII-20).

Durch § 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Ge- und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG lautet folgendermaßen:

„Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie

sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.“

Die Verordnungsermächtigung nach § 32 Sätze 1, 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG verstößt nach Auffassung des Senats nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, den Parlamentsvorbehalt bzw. das Wesentlichkeitsprinzip.

Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt im Hinblick auf Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive überlassen darf. Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt sein muss, sondern auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben. Inwieweit es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstands ab. Auch Gesetze, die zu Rechtsverordnungen und Satzungen ermächtigen, können den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts genügen, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage bei Delegation einer Entscheidung auf den Verordnungsgeber aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen, stellt insoweit eine notwendige Ergänzung und Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG führt als eine Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts den staatlichen Eingriff durch die Exekutive nachvollziehbar auf eine parlamentarische Willensäußerung zurück. Eine Ermächtigung darf daher nicht so unbestimmt sein, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.9.2018, 2 BvF 1/15 u.a., juris Rn. 198 ff.; Beschl. v. 21.9.2016, 2 BvL 1/15, juris Rn. 54 ff.).

a) Nach diesen Maßstäben kann ein Verstoß von § 32 Satz 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht festgestellt werden.

§ 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG enthält keine unzulässige Globalermächtigung für den Verordnungsgeber. Zwar ist die Regelung als offene Generalklausel ausgestaltet, um den Infektionsschutzbehörden bzw. über den Verweis in § 32 Satz 1 IfSG dem Verordnungsgeber ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen zu eröffnen (BVerwG, Urt. v. 22.3.2012, 3 C 16.11, juris Rn. 24). Denn der Gesetzgeber ist bei Erlass der Regelung davon ausgegangen, dass sich die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei einem Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht von vornherein übersehen lässt. Allerdings hat er unter anderem bereits mit der nur beispielhaften Aufzählung in § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG, wonach unter den Voraussetzungen von Satz 1 Veranstaltungen und sonstige Ansammlungen von Menschen beschränkt oder verboten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon geschlossen werden können, deutlich gemacht, dass in Konkretisierung der mit der Generalklausel eröffneten Handlungsmöglichkeiten auch weitreichende Maßnahmen gegenüber der Allgemeinheit in Betracht kommen. Denn § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und Satz 2 IfSG stehen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in einem Spezialitätenverhältnis; vielmehr können alle notwendigen Schutzmaßnahmen auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG gestützt werden.

Dass nach Inhalt und Zweck der Ermächtigung in § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG grundsätzlich auch Betriebsschließungen als eine mögliche Schutzmaßnahme verordnet werden können, ist vor diesem Hintergrund nicht zweifelhaft. Denn Betriebe mit Publikumsverkehr – wie auch Fitnessstudios – ähneln den in Satz 2 der Vorschrift ausdrücklich genannten Veranstaltungen und sonstigen Zusammenkünften insoweit, als dass sie ebenso wie diese Anziehungspunkte für Menschen an einem begrenzten Ort sind und damit ein besonderes Risiko für die Weiterverbreitung einer von Mensch zu Mensch übertragbaren Krankheit darstellen.

Schließlich hat der Parlamentsgesetzgeber auch das Ausmaß der dem Verordnungsgeber erteilten Rechtsmacht bestimmt. Diese beschränkt sich auf „notwendige Schutzmaßnahmen“. Innerhalb des dem Verordnungsgeber hierdurch zuwachsenden

Regelungsermessens ist damit eine Normierung zulässig, soweit und solange diese zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung einer übertragbaren Krankheit geboten ist und gegenüber den davon Betroffenen nicht unverhältnismäßig wirkt (BVerwG, Urt. v. 22.3.2012, a.a.O.).

b) § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dürfte auch dem Parlamentsvorbehalt („Wesentlichkeitstheorie“) genügen. Der im Rechtsstaatsprinzip und im Demokratiegebot wurzelnde Parlamentsvorbehalt gebietet, dass in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst getroffen werden. Wann es einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den dort verbürgten Grundrechten zu entnehmen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 1.4.2014, 2 BvF 1/12, juris Rn. 101 ff; Urt. v. 24.9.2003, 2 BvR 1436/02, juris Rn. 67 f.). Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Er verlangt vielmehr auch, dass alle wesentlichen Fragen vom Gesetzgeber selbst entschieden und nicht anderen Normgebern überlassen werden, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur mit Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen. Aus der Zusammenschau mit dem Bestimmtheitsgrundsatz ergibt sich, dass die gesetzliche Regelung desto detaillierter ausfallen muss, je intensiver die Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung der Betroffenen sind. Die erforderlichen Vorgaben müssen sich dabei nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben; vielmehr genügt es, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte der Regelung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12, juris Rn. 182).

Nach diesen Maßstäben begegnet es auch unter Berücksichtigung der erheblichen Eingriffsintensität keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass die Regelung des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als offene Generalklausel ausgestaltet ist. Regelungsziel ist es, den Infektionsschutzbehörden bzw. über den Verweis in § 32 Satz 1 IfSG dem Verordnungsgeber ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen zu eröffnen. Denn die Bandbreite an Schutzmaßnahmen, die bei Auftreten einer übertragbaren

Krankheit in Frage kommen können, lässt sich im Vorfeld nicht abschließend bestimmen. Der Sinn gefahrenabwehrrechtlicher Generalklauseln besteht gerade darin, auf kaum bzw. schwer vorhersehbare – in diesem Sinne atypische, weil nicht abschließend in typisierenden Standardbefugnissen abbildbare – Gefahrenlagen reagieren zu können. Das behördliche Ermessen wird dadurch beschränkt, dass es sich um „notwendige“ Schutzmaßnahmen handeln muss, nämlich Maßnahmen, die zur Verhinderung der (Weiter-)Verbreitung der Krankheit geboten sind, so dass dem Ermessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von vornherein Grenzen gesetzt sind.

Der Umstand, dass die Regierungsfractionen am 3. November 2020 den Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/23944) in den Bundestag eingebracht haben, der unter anderem vorsieht, in einem neuen § 28a IfSG einen nicht abschließenden Beispielskatalog für notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG zu regeln, lässt nicht darauf schließen, dass die bisherige Ermächtigungsgrundlage den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG nicht genügt. Denn in der Begründung wird angegeben, dass „durch Absatz 1 (...) die Regelbeispiele in § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 IfSG speziell für die SARS-CoV-2-Pandemie klarstellend erweitert“ würden (a.a.O. S. 31), und dass die Untersagung des Betriebs von Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung (§ 28a Nr. 4 IfSG-E) dienen, zu der notwendigen Kontaktreduzierung beitragen, da es dabei zu Situationen komme, in denen Menschen aufeinandertreffen, in Kontakt treten und sich austauschen, so dass das Risiko einer Ansteckung besonders groß sein könne (a.a.O. S. 32). Die Gesetzesinitiative dürfte vor allem eine Reaktion auf Stimmen in Literatur und Rechtsprechung sein, die im Hinblick auf das Wesentlichkeitsprinzip nicht mehr von einer ausreichenden Rechtsgrundlage für die landesrechtlichen Corona-Verordnungen ausgehen (vgl. nur VGH München, Beschl. v. 29.10.2020, 20 NE.2360, juris).

Wie andere Obergerichte geht der Senat davon aus, dass der Bundesgesetzgeber von der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis dahingehend Gebrauch gemacht hat, den Ordnungsgebern der Länder die Regelung konkreter Maßnahmen zu überlassen, damit einerseits örtlichen Besonderheiten angemessen Rechnung getragen und andererseits auf sich ändernde Anforderungen zeitnah und flexibel reagiert werden kann. Die Verhältnismäßigkeit der zur Eindämmung der gegenwärtigen Pandemie getroffenen Maßnahmen hängt vom jeweiligen, sich teilweise schnell ändernden Stand des Infektionsgeschehens ab und erfordert Instrumentarien, die

eine schnelle und zielgenaue Intervention ermöglichen. Diesbezüglich dürfte sich eine Regelung im Verordnungswege gegenüber einem vergleichsweise schwerfälligen und längere Zeit in Anspruch nehmenden Gesetzgebungsverfahren als effektiveres Instrumentarium darstellen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 6.11.2020, a.a.O.).

2. Es besteht kein Zweifel daran, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG aufgrund der gegenwärtig bestehenden Corona Pandemie weiterhin erfüllt sind. Der Deutsche Bundestag hat gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt (Plenarprotokoll 19/154, S. 19169C), der Bundesgesetzgeber hat heute den Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Drs. 19/23944, a.a.O.) angenommen.

3. Das in § 4b Abs. 1 Nr. 28 Corona-VO normierte Verbot, Fitnessstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen und zu betreiben, stellt eine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar. Die Regelung erscheint nach derzeitig erkennbarer Sach- und Rechtslage und im Lichte des dem Verordnungsgeber zustehenden Entscheidungsspielraums als geeignet, erforderlich und angemessen.

a) Unter die zu treffenden notwendigen Schutzmaßnahmen fallen nicht nur die in §§ 29 ff. IfSG ausdrücklich benannten Maßnahmen. Vielmehr ist den Infektionsschutzbehörden ein breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen eröffnet, welches durch die Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall begrenzt wird; darunter kann auch die Schließung von Betrieben fallen. Dieser weite Anwendungsbereich gilt auch für den durch die Regelung betroffenen Adressatenkreis. Wird ein Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider festgestellt, begrenzt § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG den Handlungsrahmen der Behörde nicht dahin, dass allein Schutzmaßnahmen gegenüber der festgestellten Person in Betracht kommen. Die Vorschrift ermöglicht Regelungen gegenüber einzelnen wie mehreren Personen. Vorrangige Adressaten sind zwar die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG benannten Personengruppen, bei denen feststeht oder der Verdacht besteht, dass sie Träger von Krankheitserregern sind, die bei Menschen eine Infektion oder eine übertragbare Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 1 bis Nr. 3 IfSG verursachen können. Wegen der von ihnen ausgehenden Gefahr, eine übertragbare Krankheit weiterzuerbreiten, sind sie schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehr- und Polizeirechts als "Störer" anzusehen. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG

können aber auch (sonstige) Dritte ("Nichtstörer") Adressat von Maßnahmen sein, beispielsweise um sie vor Ansteckung zu schützen (vgl. Beschl. d. Senats v. 20.5.2020, a. a. O., Rn. 22).

b. Das Verbot dient einem legitimen Zweck. Erklärtes Ziel dieser wie auch der weiteren, mit der aktuellen Fassung der Corona-VO getroffenen Regelungen ist es, durch eine Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung das sich mit exponentieller Dynamik entwickelnde Infektionsgeschehen aufzuhalten und die Zahl der Neuinfektionen wieder in die als nachverfolgbar angesehene Größenordnung von unter 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner in der Woche zu senken, weil das weitere exponentielle Wachstum der Infiziertenzahlen ohne solche Beschränkungen binnen weniger Wochen zu einer Überforderung des Gesundheitssystems führen und die Zahl der schweren Verläufe und der Todesfälle erheblich ansteigen würde (vgl. Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28. Oktober 2020, TOP Bekämpfung der SARS-CoV2-Pandemie). Zur Erreichung dieses Ziels wird eine erhebliche Reduzierung der Kontakte in der Bevölkerung für erforderlich gehalten, die mittels verschiedener, insbesondere den Bereich der Freizeitgestaltung betreffender Regelungen erreicht werden soll. Die zügige Unterbrechung der Infektionsdynamik soll eine erneute Schließung von Schulen und Kindergärten sowie weiterreichende Beeinträchtigungen der Wirtschaft vermeiden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.11.2020, a.a.O., juris 16).

b. Das Verbot erscheint zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks geeignet.

Die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass die Schließung von Fitnessstudios für den Publikumsverkehr – die einen Baustein in dem geschilderten Gesamtkonzept darstellt – geeignet und mangels eines anderen, gleich geeigneten Mittels auch erforderlich ist, zu einer Reduzierung von Kontakten in der Bevölkerung und auf diesem Wege zu einer Reduzierung von Infektionen beizutragen, ist jedenfalls in Ansehung der auch derzeit noch unzureichenden Tatsachengrundlage und des dem Ordnungsgeber unter diesen Umständen zustehenden Einschätzungsspielraums voraussichtlich nicht zu beanstanden.

Die Ursachen für den bundesweiten Anstieg der Infektionen sind nach bisherigem Kenntnisstand diffus, wobei Häufungen im Zusammenhang mit dem Freizeitverhalten der Menschen zu beobachten waren. In den meisten Fällen ist die genaue Infektionsquelle jedoch nicht bekannt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch Fitnessstudios zum

Infektionsgeschehen beitragen. Insofern kann eine Schließung von Fitnessstudios dazu beitragen, das Infektionsrisiko zu vermindern. Dies gilt insbesondere, als der Besuch von Fitnessstudios nach Informationen des Robert-Koch-Instituts zu den „superspreader events“ gehört, bei denen es in der Vergangenheit zu größeren COVID-19-Ausbrüchen gekommen ist (vgl. Steckbrief v. 13.11.2020, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html).

Dass die in Rede stehende Maßnahme als Teil des Gesamtkonzepts der Antragsgegnerin zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet ist, wird zudem durch die jüngste Entwicklung des Infektionsgeschehens belegt. Nachdem die Infektionszahlen ab August 2020 stetig und zuletzt exponentiell gestiegen waren, wurde dieser Trend inzwischen gestoppt, und lassen sich sogar schon erste Verbesserungen der Situation feststellen: Die 7-Tage-Inzidenz in Hamburg liegt mit einem Wert von aktuell 148,5 (<https://www.hamburg.de/corona-zahlen> vom 18.11.2020) zwar immer noch sehr hoch, immerhin ist aber im Vergleich zur Vorwoche ein leichter Rückgang zu verzeichnen.

c. Der hamburgische Ordnungsgeber darf im Rahmen seines Einschätzungsspielraums die Schließung der Fitnessstudios aktuell auch wieder für erforderlich halten, um das Ziel der Eindämmung einer erhöhten Infektionsgefahr durch das Corona-Virus zu erreichen.

Nachdem nach dem ersten strengen Lockdown im Frühjahr die Fallzahlen deutlich gesunken waren, hat der Hamburgische Ordnungsgeber – dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend - reagiert und Fitnessstudios und andere Betriebe und Einrichtung in den letzten Monaten wieder für den Publikumsverkehr geöffnet, wenn auch unter Einhaltung bestimmter Schutz- und Hygienekonzepte. Jedoch hat sich spätestens im Oktober gezeigt, dass Hamburg und die Bundesrepublik Deutschland die Corona Pandemie nicht etwa überwunden haben; vielmehr herrscht gegenwärtig eine „zweite Welle“ der Pandemie mit noch weit höheren Fallzahlen als im Frühjahr. Aus diesem Grund ist es nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, wenn die Antragsgegnerin, um sicherzugehen, dass die Infektionszahlen kurzfristig wieder auf ein beherrschbares Maß sinken, sich, wie bereits zu Anfang der Pandemie, wieder für ein zeitlich befristetes Totalverbot entscheidet. Der Senat hatte bereits im Beschluss vom 20. Mai 2020 (a.a.O.) darauf hingewiesen, dass Schutz- und Hygienekonzepte keine vollkommen sichere Gewähr dafür bieten können, dass es nicht zu Aerosolbelastungen in den geschlossenen Räumlichkeiten von Fitnessstudios kommt, die im Falle der Teilnahme (unerkannt)

infizierter Kunden zu einer deutlich erhöhten Infektionsgefahr und der Gefahr schwerer Erkrankungsverläufe führen. Sie mögen zwar zu einer Reduzierung des Infektionsgeschehens beitragen, reichen jedoch in ihrer Wirksamkeit nicht an die der Unterbindung aller vermeidbaren Kontakte und die nur durch letztere erreichbare sichere Verhinderung daraus entstehender Infektionen heran. Die von den Antragstellern vorgeschlagenen Maßnahmen stellen damit ein zwar milderes, jedoch nicht gleich geeignetes Mittel dar.

d) Die aktuell bis zum 30. November 2020 angeordnete Schließung der Fitnessstudios ist auch angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne). Die damit einhergehenden Belastungen stehen nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck.

Gegenüber den bestehenden Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG auch verpflichtet ist, müssen die - durch die Untersagung des Betriebs allerdings schwerwiegend beeinträchtigte - Berufsfreiheit und die wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von Fitnessstudios derzeit zurücktreten. Zur wirtschaftlichen Belastung von Fitnessstudios hatte der Senat im Beschluss vom 20. Mai 2020 (a.a.O.) ausgeführt:

„Hinzu kommt, dass die wirtschaftliche Belastung durch die vorübergehende Schließung sich für Fitnessstudios weniger dramatisch darstellt 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 plötzliche Schließung nicht sofort sämtliche Einnahmen weggebrochen, sondern sie konnten und können mit weiteren Einnahmen in Gestalt der Mitgliedsbeiträge rechnen. Der Senat verkennt 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. Gleichwohl dürften die Fitnessstudios durch die vorübergehenden Schließungen nicht ohne weiteres in existenzielle Nöte geraten. Es gibt viele Kunden, die sich solidarisch zeigen und ihre Mitgliedschaft aufrechterhalten. Mit diesen können die Fitnessstudios sich dahin verständigen, dass sie den von der Schließung betroffenen Zeitraum beitragsfrei stellen und die Mitgliedschaft um diese beitragsfreie Zeit erweitern; damit können die Einnahmeausfälle gestreckt und teilweise in die Zukunft verlagert werden.“

Dass die Antragstellerin durch die Schließung ihrer Hamburger Fitnessstudios in existenzielle Nöte gerät, kann der Senat aufgrund ihres Vortrags (vgl. Antragschrift vom 3. November 2020, Schriftsatz vom 5. November 2020 samt Anlagen und

Beschwerdeerwiderung vom 17. November 2020) nicht annehmen. Insbesondere kann der Senat nicht erkennen, dass die Antragstellerin nicht in den Genuss der von der Bundesregierung angekündigten wirtschaftlichen Hilfen kommen sollte. Außerdem ist die angegriffene Regelung bis zum 30. November 2020 befristet. Damit ist sichergestellt, dass die Verordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss. Hierbei ist stets unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots zu prüfen, ob die Untersagung des Betriebs von Fitnessstudios noch aufrechterhalten oder eine Lockerung verantwortet werden kann.

Im Übrigen hat die Antragsgegnerin mit der Verordnung ein Gesamtkonzept zur Bewältigung der Coronakrise entwickelt, das sich auf zahlreiche Wirtschafts- und Lebensbereiche belastend auswirkt. In einer Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie muss der Verordnungsgeber die Situation fortlaufend beobachten und evaluieren, um entscheiden zu können, ob Lockerungen im Hinblick auf die betroffenen (Grund-) Rechtspositionen nach wie vor vertretbar erschienen oder aber die Regelungen wieder verschärft werden müssen, 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.

Gegen die Verhältnismäßigkeit des Konzepts der Antragsgegnerin spricht entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht, dass die Nutzung des öffentlichen Nah- und Fernverkehrs - abgesehen von einer Maskenpflicht – keinen Beschränkungen unterliegt, während Fitnessstudios trotz erfolgreicher Hygienekonzepte komplett schließen müssen. Sowohl hinsichtlich der Bedeutung für die Bevölkerung als auch der Infektionsgefahren dürfte sich der öffentliche Nah- und Fernverkehr grundlegend von Fitnessstudios unterscheiden.

Schließlich ist die Regelung in § 4b Abs. 1 Nr. 28 Corona-VO entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch im Hinblick auf die große Bedeutung von Fitnessstudios für die

Gesundheit der Bevölkerung nicht unverhältnismäßig. Es ist bereits fraglich, ob solche Gesichtspunkte in der Güterabwägung überhaupt zugunsten der Antragstellerin berücksichtigt werden können. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die Öffnung von Fitnessstudios im November 2020 zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zwingend erforderlich wäre. Dabei fragt sich schon, ob und inwieweit die von der Antragstellerin insbesondere in den Blick genommenen unter Diabetes und/oder Adipositas leidenden Personen überhaupt deren Fitnessstudios besuchen. Zudem bleibt nach der Hamburgischen Corona-VO ärztlich verordneter Rehabilitationssport weiterhin zulässig (vgl. § 20 Abs. 3 Corona-VO); auch ist nach § 20 Abs. 1 und 2 Corona-VO der Sportbetrieb im Freien allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des gemeinsamen Haushalts möglich.

e) Eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Grundrechten Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG (Berufungsausübungsfreiheit), Art. 14 GG (in Gestalt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) oder Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) durch die verordnungsrechtlich erzwungene vorübergehende Schließung ihrer Fitnessstudios ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen nicht ersichtlich. Diese Rechte sind nicht schrankenlos; im vorliegenden Fall müssen sie angesichts der durch die Pandemie bedingten Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 GG auch verpflichtet ist, und der in diesem Zusammenhang verordneten, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Beschränkungen derzeit zurücktreten.

Schließlich wird die Antragstellerin durch die verordnete Schließung auch nicht in ihrem allgemeinen Gleichheitsrecht aus Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschl.

v. 18.7.2012, 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179, 188, juris Rn. 30; Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 69, juris Rn. 65; Beschl. v. 21.7.2010, 1 BvR 611/07 u.a., BVerfGE 126, 400, 416, juris Rn. 79).

Soweit die Antragstellerin auf eine Entscheidung des VGH München (Beschl. v. 12.11.2020, 20 NE.2463, juris) Bezug nimmt und daraus auch einen Verstoß der Hamburgischen Corona-VO gegen den Gleichheitsgrundsatz ableitet, folgt der Senat dem nicht. Die frühere bayerische Verordnungslage (vgl. § 10 Abs. 1, 3 und 4 BayIfSMV in der bis zum 12. November 2020 geltenden Fassung) ist mit der hamburgischen Regelung in §§ 4b Abs. 1 Nr. 28, 20 Abs. 1 und 2 Corona-VO nicht vergleichbar. Im Übrigen hat die Entscheidung des VGH München nicht dazu geführt, dass Fitnessstudios nunmehr in Bayern für den Publikumsverkehr geöffnet werden dürften. Vielmehr hat der Bayerische Ordnungsgeber sofort reagiert und Sporthallen, Sportplätze, Tanzschulen und andere Sportstätten den Fitnessstudios insofern gleichgestellt, als jetzt auch Betrieb und Nutzung dieser Sportstätten untersagt wird (vgl. § 10 Abs. 3 BayIfSMV in der ab dem 12. November 2020 geltenden Fassung).

Soweit sich die Antragstellerin auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Osnabrück (Urt. v. 10.11.2020, 3 A 69/20) beruft, wonach die Schließung von Fitnessstudios bei gleichzeitiger Öffnung von Friseuren und Gartenbaumärkten im März/April 2020 gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen habe, teilt der Senat diese Bedenken nicht. Es handelt sich bei Fitnessstudios einerseits und Friseuren und Gartenbaubetrieben andererseits um Wirtschaftsbereiche, die sich sowohl hinsichtlich des dort bestehenden Infektionsrisikos als auch hinsichtlich ihrer Art und Bedeutung wesentlich unterscheiden dürften (vgl. schon Beschl. des Senats v. 20.5.2020, a.a.O.). Insbesondere kommt es weder in Friseursalons noch in Gartenbaubetrieben typischerweise zu körperlichen Anstrengungen und dem damit verbundenen erhöhten Ausstoß von Aerosolen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 47, 53 Abs. 2, 52 Abs. 1, 63 Abs. 3 GKG. Mangels anderer Hinweise geht das Beschwerdegericht bei der vorübergehenden Schließung von Fitnessstudios aufgrund der Corona-VO in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes von einem Streitwert von

10.000,- Euro aus (vgl. Beschl. v. 20.5.2020, a.a.O.). Bei den acht von der Antragstellerin in Hamburg betriebenen Fitnessstudios ergibt sich der aus dem Tenor ersichtliche Streitwert.