



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 77/20  
20 E 2029/20

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 14. Mai 2020 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht .....

den Richter am Oberverwaltungsgericht .....

die Richterin am Oberverwaltungsgericht .....

beschlossen:

Der Antragstellerin wird aufgegeben, hinsichtlich ihrer Fitness- und Freizeitanlage in Hamburg „.....“ bis einschließlich 25. Mai 2020 das Verbot gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 26 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) zu befolgen.

### **Gründe**

Der Antrag der Antragsgegnerin auf Erlass einer Zwischenverfügung hat gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 570 Abs. 3 ZPO im wesentlichen Erfolg.

Der Erlass einer Zwischenverfügung in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist – wenn keine anderen überwiegenden Interessen entgegenstehen – nur dann geboten, wenn der Eilantrag nicht von vornherein offensichtlich aussichtslos ist und ohne die befristete Zwischenverfügung die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gefährdet wäre, weil irreversible Zustände oder schwere und unabwendbare Nachteile einzutreten drohen (OVG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2019, 2 Bs 273/19, n.v.; VGH Mannheim, Beschl. v. 14.10.2019, 9 S 2643/19, juris Rn. 6 m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 11.10.2013, 1 BvR 2616/13, juris Rn. 7). Diese Maßstäbe wendet der Senat entsprechend auf den vorliegenden Fall der Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den stattgebenden Beschluss des Verwaltungsgerichts an.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung sind vorliegend erfüllt.

Die Erfolgsaussichten der noch zu begründenden Beschwerde können derzeit nicht abgeschätzt werden, die Beschwerde ist aber nach Einschätzung des Senats jedenfalls nicht von vornherein offensichtlich aussichtslos. Ohne die befristete Zwischenverfügung

drohen auch schwere und unabwendbare Nachteile einzutreten, so dass dem Senat der Erlass einer Zwischenverfügung in dem aus dem Tenor ersichtlichen zeitlichen Umfang erforderlich scheint.

1. Zunächst ist festzuhalten, dass der stattgebende Beschlusstenor des Verwaltungsgerichts, auch wenn er „nur“ eine Feststellung enthält, rechtliche Auswirkungen hat, die einer „Vollziehbarkeit“ (von Verpflichtungen zur Leistung, Duldung oder Unterlassung) im Sinne von § 173 VwGO i. V. m. § 570 Abs. 3 ZPO entsprechen. Denn die rechtliche Konsequenz der vom Verwaltungsgericht angenommenen Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 3 Nr. 26 SARS-CoV-2-VO und der daran geknüpften „Feststellung“, dass diese Norm die Antragstellerin in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG verletze, liegt in der (vorläufigen) Unanwendbarkeit dieser Norm gegenüber der Antragstellerin: Verfassungswidrige Rechtsverordnungen sind (anders als grundrechtswidrige Verwaltungsakte) nicht bloß „rechtswidrig“, aber wirksam, und damit bis auf weiteres weiter anwendbar, sondern sie sind nichtig und damit – im Verhältnis zu derjenigen Person, welche die betreffende gerichtliche Feststellung für sich erstritten hat – unwirksam. Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass sich die (anwaltlich beratene) Antragstellerin durchaus dazu veranlasst sehen könnte, unter Berufung auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts ihre Fitnessanlage in Hamburg umgehend wieder für den Publikumsverkehr zu öffnen, und dass die Antragsgegnerin (wegen des Beschlusses des Verwaltungsgerichts) daran gehindert wäre, das Verbot des § 5 Abs. 3 Nr. 26 SARS-CoV-2-VO gegenüber der Antragstellerin durchzusetzen, weil dieses Verbot gegenüber der Antragstellerin (einstweilig) nicht mehr wirksam wäre.

2. Die gebotene erfolgsunabhängige Interessen- und Folgenabwägung gebietet den Erlass der hier tenorierten Zwischenverfügung.

Sofern die Zwischenverfügung erginge, sich im Beschwerdeverfahren jedoch herausstellte, dass (wie es das Verwaltungsgericht angenommen hat) das Verbot nach § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO verfassungswidrig ist, wäre die Antragstellerin für einige weitere Tage in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt und müsste zu Unrecht in ihrer Hamburger Freizeit- und Fitnessanlage Umsatzeinbußen hinnehmen.

Erginge hingegen die Zwischenverfügung nicht und stellte sich später heraus, dass die Regelung in § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts) nicht zu beanstanden ist, wären grundrechtlich geschützte Interessen einer erheblichen Anzahl Dritter von sehr hohem Gewicht betroffen. Das in Hamburg geltende Verbot, Fitness- und Sportstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen und dementsprechende Angebote darzubringen, dient in Ansehung der aktuellen Coronavirus-Pandemie dem Zweck, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (§ 1 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz). Ziel der Verordnung ist vor allem der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit entsprechend der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Sollte es bei der Öffnung von Fitness- und Sportstudios für den Publikumsverkehr zu einem erhöhten Infektionsrisiko kommen, so bestünde die konkrete Gefahr einer weiteren und nicht nachvollziehbaren Ausbreitung des Virus, die zum Erhalt von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und zum Schutz einer Überlastung medizinischer Behandlungskapazitäten vermieden werden soll.

Die Abwägung dieser Interessen fällt zugunsten der Abwehr der gesundheitlichen Risiken aus. Die ggf. bei einer unbestimmbaren Zahl Dritter eintretenden gesundheitlichen Schäden wiegen schwerer als die seitens der Antragstellerin für (infolge dieser Zwischenverfügung) etwa weitere 11 Tage hinzunehmenden Umsatzeinbußen.

Der Senat hält allerdings eine Befristung der Zwischenverfügung bis zum 25. Mai 2020 für ausreichend und beabsichtigt, spätestens bis zu diesem Zeitpunkt über die Beschwerde zu entscheiden. Dafür ist es notwendig, dass die Beschwerdebegründung der Antragsgegnerin bis Montag, den 18. Mai 2020 um 13 Uhr (Eingang Geschäftsstelle des 5. Senats) vorliegt. Sollte die Antragsgegnerin ihre Beschwerdebegründung später einreichen und infolge dessen eine Entscheidung des Senats bis zum 25. Mai 2020 nicht möglich sein, so verlöre die Zwischenverfügung ihre Wirkung mit der Folge, dass die Antragstellerin nach diesem Datum, entsprechend dem Beschluss des Verwaltungsgerichts, ihre Fitnessanlage in Hamburg für den Publikumsverkehr öffnen dürfte (vgl. dazu die obigen Ausführungen zu den Auswirkungen des dortigen Beschlusstextes).

3. Eine Kostenentscheidung ist im vorliegenden Verfahren der Zwischenverfügung nicht veranlasst.

.....