



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

XXX,

- Antragstellerin -

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das
Bezirksamt Eimsbüttel,
-Rechtsamt-,
Grindelberg 66,
20144 Hamburg,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 14, am 26. Oktober 2020 durch

beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, eine Öffnung der von der Antragstellerin betriebenen Gaststätten XXX, XXX und XXX der Antragstellerin in der Zeit von 23:00 Uhr bis 05:00 Uhr des Folgetages einstweilen sanktionsfrei zu dulden.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird auf 42.000,00 Euro festgesetzt.

Rechtsmittelbelehrung:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen das in § 15 Abs. 1 Nr. 7 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 30. Juni 2020 [HmbGVBl. 2020, S. 365; zuletzt geändert durch Verordnung vom 23. Oktober 2020 (HmbGVBl. S. 543); im Folgenden: Corona-VO]. Die Norm lautet:

(1) Bei dem Betrieb von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3418), zuletzt geändert am 10. März 2017 (BGBl. I S. 420, 422), sowie von Personalrestaurants, Kantinen und Speiselokalen im Beherbergungsgewerbe sind die folgenden Vorgaben einzuhalten:

[...]

7. die Öffnung von Gaststätten, Personalrestaurants, Kantinen oder Speiselokalen im Beherbergungsgewerbe für den Publikumsverkehr, einschließlich geschlossener Gesellschaften, ist von 23 Uhr bis 5 Uhr des Folgetages untersagt; der Außerhausverkauf von Speisen und nichtalkoholischen Getränken zum Mitnehmen bleibt zulässig; zulässig bleibt auch der Betrieb von Betriebskantinen und Personalrestaurants, soweit keine alkoholischen Getränke verkauft oder abgegeben werden [...]

Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 der Corona-VO tritt die Regelung mit Ablauf des 30. November 2020 außer Kraft.

Die Antragstellerin betreibt in Hamburg drei Gaststätten im Stadtteil Eimsbüttel - das XXX, die XXX und das XXX -, deren Betriebserlaubnis jeweils den Betrieb einer Schankwirtschaft gestattet. Alle drei Gaststätten werden zeitlich so betrieben, dass sie an mehreren Tagen von der Sperrstundenregelung des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO betroffen sind. Das Publikum besteht nach den Angaben der Antragstellerin überwiegend aus Stammgästen (im XXX und im XXX zu ca. 80 %, im XXX zu ca. 60 %).

Am 21. Oktober 2020 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz ersucht. Zur Begründung ihres Antrages trägt sie vor, sie werde durch die Regelung des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO in ihrer Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Die Sperrstunde komme einem beruflichen Tätigkeitsverbot gleich, da sie die Antragstellerin in die Gefahr der Insolvenz bringe. Auch sei sie in ihrem Eigentumsgrundrecht gemäß Art. 14

Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt.

Durch die Sperrstunde erleide sie bezogen auf die Gaststätten XXX und XXX einen wöchentlichen Umsatzverlust von ca. 2.000,00 Euro und bezogen auf die Gaststätte XXX einen Umsatzverlust von ca. 3.000,00 Euro pro Woche. Der erhebliche Eingriff folge auch daraus, dass der Ausschank von alkoholischen und nicht-alkoholischen Getränken bereits ab 22:15 Uhr eingestellt werden müsse, da anderenfalls eine Schließung pünktlich um 23:00 Uhr nicht gewährleistet werden könne. Gäste, die erst nach dem Abendessen, d.h. ab 20:00 oder 21:00 Uhr Gaststätten aufsuchen wollten, würden daher von einem Besuch der Lokale der Antragstellerin absehen. § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO finde in § 17 IfSG keine verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage. Die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG an Verordnungsermächtigungen seien nicht beachtet.

Die Sperrstundenregelung sei auch keine notwendige Schutzmaßnahme. Es sei durch Studien belegt, dass in Gaststätten keine wesentliche Infektionsgefahr bestehe. Die Lokale der Antragstellerin böten weder Tanz noch sonstige Veranstaltungen wie Partys an und die in der jüngsten Vergangenheit erfolgten Kontrollen hätten keinerlei Beanstandungen im Hinblick auf die Erfüllung des Hygienekonzepts ergeben. Durch die penible Einhaltung der Hygienevorgaben und den kontrollierten Alkoholausschank könne das Kontaktverhalten in Gaststätten besser kontrolliert werden als im privaten Raum. Dies sei bezogen auf die Antragstellerin auch auf Grund des jeweils hohen Stammgastanteils in den drei Gaststätten der Fall. Es seien keine Fälle bekannt, in denen es in „Standard-Schankwirtschaften“, wie sie die Antragstellerin betreibe, zu steigendem Infektionsgeschehen ab 23:00 Uhr gekommen sei. Auch seien diese im Allgemeinen bisher nicht durch Verstöße gegen die Hygienevorgaben aufgefallen. Ein enthemmtes Verhalten von Gaststättenbesuchern bzw. die fehlende Einhaltung der Hygienevorgaben seitens der Gaststättenbetreiber sei bisher vielmehr in größerem Umfang in den Vergnügungsvierteln St. Pauli und Sternschanze sowie bei privaten Feierlichkeiten mit einer Vielzahl von Gästen zu beobachten gewesen, nicht jedoch in ihren Gaststätten. Die Festlegung der Sperrstunde zum Zeitpunkt 23:00 Uhr sei zudem willkürlich. Es sei nicht belegt, dass sich Menschen ab 23:00 Uhr enthemmter und risikofreudiger verhielten.

Die Sperrstunde sei darüber hinaus kontraproduktiv, weil es durch sie vermehrt zu unkontrollierten privaten Partys kommen werde, die zu einer Erhöhung der Infektionen führen

würden. Umfangreiche Kontrollen der Einhaltung der Hygienevorschriften stellten einen milderen Grundrechtseingriff dar. Auch das Verbot von Alkoholausschank sei nicht nachvollziehbar, weil es möglich sei, sich ein entsprechendes Depot im privaten Bereich anzulegen. Darüber hinaus könne man sich auch bereits nachmittags betrinken. Zur Begründung des Hilfsantrages führt sie im Übrigen aus, dass zu den darin genannten Zeiten das Hauptgeschehen in ihren Gaststätten stattfinde.

Sie beantragt,

im Wege der Einstweiligen Anordnung festzustellen, dass die in § 15 Abs. 1 Ziff. 7 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs VO verordnete Schließung von Gaststätten in der Zeit von 23.00 Uhr bis 5:00 Uhr des Folgetages auf die Antragstellerin und die von ihr betriebenen Gaststätten vorläufig bis zu einer Entscheidung in Hauptsache keine Anwendung findet, soweit die Antragstellerin alle sonstigen Anforderungen der HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs VO erfüllt.

Mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2020 hat sie ergänzend hilfsweise beantragt,

es wird im Wege der Einstweiligen Anordnung festgestellt, dass die in § 15 Abs. 1 Ziff. 7 Hmb SARS-CoV-2-EindämmungsVO verordnete Schließung von Gaststätten in der Zeit von 23:00 Uhr bis 01:00 Uhr des Folgetages am Montag, Dienstag, Mittwoch, Donnerstag und Sonntag sowie in der Zeit von 23:00 Uhr bis 02:00 des Folgetages am Freitag und Samstag auf die Antragstellerin für die von ihr betriebenen Gaststätten vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keine Anwendung findet, soweit die Antragstellerin alle sonstigen Anforderungen der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erfüllt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung führt sie aus, die Antragschrift lasse jegliche Auseinandersetzung mit dem aktuellen Infektionsgeschehen vermissen. Aktuell sei eine massive Intensivierung des Infektionsgeschehens zu verzeichnen. Eine weiter anwachsende Verbreitungsgeschwindigkeit des Virus nähme den jetzt schon stark belasteten Gesundheitsämtern die für dessen

Eindämmung essentielle Möglichkeit der Nachverfolgung von Infektionsketten. Eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht zu erkennen. Die angegriffene Regelung betreffe den Bereich der Berufsausübung, so dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls ausreichen. Die Verordnungsermächtigung in § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sei verfassungskonform, was durch mehrere verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtliche Entscheidungen bestätigt worden sei.

Die Sperrstundenregelung diene dem legitimen Zweck, die Ausbreitung des SARS-CoV-2 einzudämmen. Sie gehe einher mit der Ausweitung der Maskenpflicht in § 10b Corona-VO, dem die Sperrstunde flankierenden Alkoholverkaufsverbot in § 13 Abs. 4 Satz 1 Corona-VO und weiterer bevorstehender Beschränkungen von privaten Feierlichkeiten. Sie gründe sich auf den Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 14. Oktober 2020 und sei unter dem Eindruck eines wissenschaftlichen Vortrags von Professor Dr. Michael Meyer-Hermann erfolgt. Die Regelung sei auch geeignet zur Erreichung des Ziels. Bestimmte Erscheinungsformen von Gaststätten seien für den Anstieg der Neuinfektionen in relevantem Maße mitverantwortlich. Diese problematischen Betriebe verzeichneten in der Zeit von 23:00 bis 05:00 Uhr den Höhepunkt des Kundenzustroms. Kriterien für besonders gefahrgeneigte Orte seien:

- eine hohe Zahl von Anwesenden
- räumliche Enge
- geringe Belüftung
- vermehrte Tröpfchen- und Aerosolabsonderung durch lautes Sprechen

Darüber hinaus sei die Antragsgegnerin in den vergangenen Wochen mit gravierenden Verstößen gegen die Abstands- und Hygieneregeln konfrontiert gewesen. In verschiedenen Lokalen sei es zu illegalen Tanzpartys, zur Überfüllung der Räumlichkeiten, zu Verstößen gegen die Maskenpflicht und gegen die Pflicht zur Erfassung der Kontaktdaten gekommen. Diese Verstöße hätten eine Aussagekraft über die Einzelfälle hinaus. Sie belegten die Gefahrgeneigntheit von Gaststätten „wie derjenigen der Antragstellerin“ zu der Zeit, die von der Sperrstunde umfasst werde. Soweit die Antragstellerin vortrage, dass es durch die Sperrstunde vermehrt zu illegalen Partys kommen werde, gehe dieser Einwand fehl, da die Antragsgegnerin auch diesen Bereich reguliere. § 9 Abs. 5 Corona-VO sehe eine Höchstzahl von 15 Personen für private Feierlichkeiten vor. Mit einer weiteren Herabsetzung auf 10 Personen sei zum Zeitpunkt der Antragsabweisung, am 23. Oktober 2020, zu rechnen.

Die Sperrstundenregelung des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO sei auch erforderlich. Bei einem über mehrere Stunden dauernden Aufenthalt in den Gaststätten der Antragstellerin gewährleiste auch das Tragen einer Schutzmaske nicht das vollständige Abfangen der Aerosole. Dies gelte insbesondere deshalb, weil die Luftqualität durch das in den Gaststätten der Antragstellerin erlaubte Rauchen herabgesetzt sei. Dies gelte auch für die im Hilfsantrag der Antragstellerin genannten Zeiten. Die Kontrolle der Abstands- und Hygieneregeln durch höheren Personaleinsatz scheide aus, denn dies führte zu einer unvermeidbaren Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit der Einsatzkräfte, insbesondere der Polizei, in anderen Bereichen wie etwa der Strafverfolgung. Die Kontrolle der Sperrstunde sei deutlich einfacher und erfordere einen geringeren Personaleinsatz.

§ 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO sei nach alledem auch angemessen. Die Interessen des Infektionsschutzes seien überragend wichtige Gemeinwohlbelange und überwiegen das Recht auf Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin.

II.

Der Hauptantrag ist sachdienlich dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin hier statt der wörtlich beantragten Feststellung der Nicht-Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO die einstweilige sanktionsfreie Duldung des Betriebes ihrer drei Gaststätten in der Zeit von 23:00 Uhr bis 05:00 Uhr begehrt (OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.; vgl auch VG Hamburg, Beschl. v. 5.8.2020, 14 E 3102/20, abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>).

III.

Der so verstandene Antrag ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Gemäß § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder die Regelung eines vorläufigen Zustandes nötig erscheint, insbesondere um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Voraussetzung

hierfür ist jeweils, dass ein materieller Anspruch, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird (sog. Anordnungsanspruch), und die Eilbedürftigkeit der begehrten Regelung (sog. Anordnungsgrund) vorliegen. Beides muss nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO durch den Antragsteller glaubhaft gemacht werden; hierzu hat dieser die behaupteten, den Anordnungsanspruch und den Anordnungsgrund begründenden Tatsachen so darzulegen, dass das Gericht von ihrer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgehen kann (BVerfG, Beschl. v. 29.7.2003, 2 BvR 311/03, juris Rn. 16; umfassend zum Vorstehenden Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 38. EL Januar 2020, § 123 Rn. 58 ff., insb. Rn. 94 m.w.N.).

Die Antragstellerin hat hier sowohl einen Anordnungsanspruch (hierzu unter 1.) als auch einen Anordnungsgrund (hierzu unter 2.) glaubhaft gemacht.

1. Ein Anordnungsanspruch folgt daraus, dass die Sperrstundenregelung nach der hier einzig gebotenen summarischen Prüfung im Eilverfahren voraussichtlich unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit der Antragstellerin gemäß Art. 12 Abs. 1 GG eingreift. Von einer Prüfung einer Verletzung des hier möglicherweise ebenso einschlägigen Eigentumsgrundrechts (VGH München, Beschl. v. 14.7.2020, 20 NE 20.1572 juris Rn.17) sieht die Kammer im Rahmen des Eilverfahrens ab.

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Ausübung des Berufes kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Hieraus folgt, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit nur dann zulässig sind, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliegt, die ihrerseits wiederum mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang steht. Maßgeblich ist dabei insbesondere, dass die jeweilige Eingriffsnorm verhältnismäßig ist. Die Sperrstundenregelung dürfte dabei als Berufsausübungsregelung einzustufen sein (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, juris Rn. 68; OVG Hamburg, Beschl. v. 4.3.2014, 4 Bs 328/13, juris Rn. 29). Berufsausübungsregeln sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird (BVerfG, Beschl. v. 14.9.2010, 1 BvR 1504/10, juris Rn. 12; vgl. zur sog. „Stufentheorie“ umfassend Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 90. EL Februar 2020, Art. 12 Rn. 335 ff.).

Vorliegend dürfte die Sperrstundenregelung nach der im Rahmen des Eilverfahrens nur möglichen summarischen Betrachtung zwar auf einer verfassungsmäßigen Grundlage

[hierzu unter a)] beruhen, deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen [hierzu unter b)]. Allerdings genügt die Sperrstundenregelung nach Auffassung der Kammer aller Voraussicht nach nicht mehr den sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Anforderungen [hierzu unter c)].

a) Die Kammer geht trotz Bedenken noch von einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage für die Sperrstundenregelung aus. Entgegen der wohl anderslautenden Ansicht der Antragstellerin findet diese ihre Rechtsgrundlage in § 28 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 32 Satz 1 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045; zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 19.6.2020, BGBl. I S. 1385; Infektionsschutzgesetz - nachfolgend IfSG). Die von der Antragstellerin genannten Vorschriften aus dem Vierten Kapitel des IfSG sind hingegen nur dann einschlägig, solange eine übertragbare Krankheit noch nicht aufgetreten ist (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2020, 13 MN 371/20, juris Rn. 48; vgl. zur Anwendbarkeit des § 28 auch auf präventive Maßnahmen VG Hamburg, Urt. v. 8.9.2020, 19 K 1761/20, juris Rn. 44 ff.).

Nach § 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 Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen; diese Befugnisse können gemäß § 32 Satz 2 IfSG auch auf andere Stellen übertragen werden. Nach der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde für den Fall, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist.

Die Kammer sieht zwar die verfassungsrechtlichen Probleme im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt bzw. die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG, die damit einhergehen, dass die Antragsgegnerin erhebliche Grundrechtseingriffe weiterhin auf die sehr offene und niedrigschwellige Ermächtigung des § 28 Abs.1 IfSG stützt (vgl. hierzu umfassend bereits VG Hamburg, Beschl. v. 5.5.2020, 7 E 1804/20, S. 13 ff., abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>, sowie jüngst VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337, n.v., BA S. 5 f. mit Verweis u.a. auf ein Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43->

parlamentsbeteiligung-corona-800010; vgl. aus dem aktuellen Schrifttum: Volkmann, NJW 2020, 3153 ff; Lepsius, BDVR-Rundschreiben 3/2020, S. 6 f.).

Noch schließt sie sich aber der obergerichtlichen Rechtsprechung an, der zufolge es sich bei der Ermächtigungsgrundlage in Gestalt einer Generalklausel und einer sich hierauf beziehenden Verordnungsermächtigung um eine verfassungsmäßige gesetzliche Ermächtigung handelt (vgl. dazu OVG Münster, Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, juris Rn. 32ff. und Beschl. v. 8.7.2020, 13 B 870/20.NE, juris Rn. 14; OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2020, 13 MN 371/20, juris Rn. 27 m.w.N.; VG Hamburg, Beschl. v. 22.10.2020, 6 E 4319/20, abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>, m.w.N.; OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020, 5 Bs 114/20, juris Rn. 8; siehe auch VGH Mannheim, Beschl. v. 6.10.2020, 1 S 2871/20, juris Rn. 28 ff.; VGH München, Beschl. v. 1.9.2020, 20 CS 20.1962, juris Rn. 24). Vor dem Hintergrund dieser weiterhin weit überwiegenden gegenläufigen Auffassung in der Rechtsprechung sieht die Kammer im Rahmen dieses Eilverfahrens keine hinreichende Grundlage, dem Antrag der Antragstellerin einzig mit der Begründung des Fehlens einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage stattzugeben (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, n.v. BA S. 6).

b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 32 i.V.m. § 28 Abs.1 Satz 1 IfSG sind erfüllt. Die Vornahme „notwendiger Schutzmaßnahmen“ ist nach letzterer Vorschrift (allein) davon abhängig, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Dass hiervon derzeit auszugehen ist, steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit und bedarf auch aus Sicht der Kammer angesichts der in den zurückliegenden Herbstwochen deutlich zunehmenden Beschleunigung des Infektionsgeschehens keiner weiteren Begründung (vgl. Täglicher Lagebericht des RKI v. 26.10.2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020, 5 Bs 114/20, juris Rn. 10 m.w.N.).

c) Die hiernach vorliegenden tatbestandlichen Voraussetzungen verpflichten die Antragsgegnerin zum Handeln (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.3.2012, 3 C 16.11, juris Rn. 23).

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG trifft die zuständige Behörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die notwendigen Schutzmaßnahmen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist (s. hierzu umfassend OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020, 5 Bs 114/20, juris Rn. 11). Im Hinblick auf Art und

Umfang des Eingreifens ist ihr Ermessen eingeräumt. Durch die Ausgestaltung des § 28 Abs. 1 IfSG als Generalklausel ist die Bandbreite der in Frage kommenden Schutzmaßnahmen denkbar weit. Allerdings findet dies – auch in Anbetracht der oben geäußerten Bedenken ob der Vereinbarkeit der des § 28 Abs. 1 IfSG mit dem Parlamentsvorbehalt und Art. 80 Abs. 1 GG – seine Begrenzung in einer tendenziell engen Auslegung des Begriffes der „Notwendigkeit“ im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der Staat darf nicht alle Maßnahmen und auch nicht solche Maßnahmen anordnen, die von Einzelnen in Wahrnehmung ihrer Verantwortung gegenüber sich selbst und Dritten bloß als nützlich angesehen werden. Vielmehr dürfen staatliche Behörden nur solche Maßnahmen verbindlich anordnen, die zur Erreichung infektionsschutzrechtlich legitimer Ziele objektiv notwendig sind. Diese Notwendigkeit ist während der Dauer einer angeordneten Maßnahme von der zuständigen Behörde fortlaufend zu überprüfen (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2020, 13 MN 371/20, juris Rn. 52 m.w.N.).

Nach diesem Maßstab sieht die Kammer bei summarischer Prüfung anhand der vorliegenden Erkenntnisse und den Ausführungen der Antragsgegnerin die konkrete Sperrstundenregelung des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO nicht als eine notwendige Maßnahme an, da sie voraussichtlich gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Zwar mag sie zur Erreichung ihres legitimen Ziels [hierzu unter aa)] noch geeignet sein [hierzu unter bb)]. Jedoch fehlt es voraussichtlich auch unter Berücksichtigung des der Antragsgegnerin zustehenden Ermessensspielraums an der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelung [hierzu unter cc)].

aa) Die Sperrstundenregelung verfolgt ein legitimes Ziel und dient vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls. Insoweit schließt sich die Kammer den Ausführungen der Kammer 6 des Verwaltungsgerichts Hamburg im Beschluss vom 22.10.2020 an (Az. 6 E 4319/20, BA. S. 7, abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/vg-aktuelles/>):

„Mit der im Rahmen der Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung zum 17.10.2020 eingeführten Sperrstundenregelung verfolgt die Antragsgegnerin - im Zusammenwirken mit anderen in der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung geregelten Maßnahmen - ausweislich von § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO das Ziel, Neuinfektionen im Rahmen der durch das sog. neuartige Coronavirus ausgelösten Pandemie soweit als möglich zu vermeiden, um damit die Ausbreitungsgeschwindigkeit der durch das Virus ausgelös-

ten Erkrankung CoViD-19 zu verringern. Hiermit sollen die Gesundheit und das Leben der Bürger i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Gesundheitswesens aufrechterhalten werden. Zu der Einschätzung, dass es sich bei den vorstehenden Erwägungen um vernünftige Gemeinwohlerwägungen handelt, trägt darüber hinaus bei, dass neben dem - allseits bekannten und von Antragstellerseite auch nicht weiter in Frage gestellten - Umstand, dass von der Erkrankung CoViD-19 eine ernstliche Bedrohung für die Bevölkerung ausgeht (vgl. im Einzelnen VG Hamburg, Beschl. v. 5.5.2020, 7 E 1804/20, n.v., S. 19), die streitgegenständliche Sperrstundenregelung im Zusammenhang mit einer weiteren Verschärfung der infektionsschutzrechtlichen Regelungen erlassen worden ist. Diese stellen wiederum eine Reaktion auf die Tatsache dar, dass in den letzten Tagen und Wochen ein erheblicher Anstieg der Infektionszahlen in dem ganzen Bundesgebiet und so auch speziell in Hamburg erfolgt ist (vgl. umfassend Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 vom 19.10.2020, S. 4; s. auch die Veröffentlichung der Antragsgegnerin unter <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>).“

bb) Die Sperrstundenregelung dürfte nach der Auffassung der Kammer auch geeignet sein, die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzudämmen. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn der gewünschte Erfolg mit ihrer Hilfe gefördert werden kann (BVerfG, Beschl. v. 26.4.1995, 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94, juris Rn. 52). Nicht erforderlich ist dabei, dass der Zweck durch das Mittel vollständig erreicht wird; es genügt vielmehr, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das verfolgte Ziel zumindest teilweise eintritt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.2.2001, 1 BvR 781/98, juris Rn. 22).

Zwar ist der Betrieb von Gaststätten nach dem aktuellen Stand der Forschung kein wesentlicher Faktor in der Pandemieentwicklung (vgl. etwa Epidemiologisches Bulletin Nr. 38/2020 vom 17.9.2020, S. 6-9, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/38_20.pdf?__blob=publicationFile sowie jüngst: Täglicher Lagebericht des RKI v. 20.10.2020, S. 12, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Okt_2020/2020-10-20-de.pdf?__blob=publicationFile; vgl. auch VG Berlin, Beschl. v. 15.10.2020, 14 L 422/20, juris Rn. 21 ff; VG Osnabrück, Beschl. v. 23.10.2020, n.v. BA S. 4 f.). Allerdings kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Aufenthalt in Gaststätten, insbesondere aufgrund der von der Antragsgegnerin genannten Kriterien (hohe Zahl von Anwesenden, räumliche Enge, geringe Belüftung und vermehrte Tröpfchen- und Aerosolabsonderung durch lautes Sprechen)

eine Infektionsgefahr birgt. Die Beschränkung der Öffnungszeiten von Gaststätten wirkt dem durch eine Verringerung sowohl der Aufenthaltsdauer der einzelnen Kunden als auch der Gesamtzahl von Personen, die eine Gaststätte überhaupt aufsuchen, entgegen.

cc) Allerdings erscheint die Sperrstundenregelung des § 15 Abs. 1 Nr. 7 Corona-VO nach Auffassung der Kammer im Hinblick auf den zu erwartenden Nutzen und die gravierenden Auswirkungen auch auf eine Vielzahl von sich regelkonform verhaltenden Betreibern von Gaststätten weder erforderlich noch angemessen. Die Antragsgegnerin genügt mit der pauschalen Festsetzung einer einheitlichen Sperrstunde für sämtliche Gaststätten in Hamburg nicht der ihr trotz des unzweifelhaft hochdynamischen Infektionsgeschehens weiterhin obliegenden Verpflichtung zu einer differenzierten Risikoeinschätzung (die sie etwa in Bezug auf die Anordnung einer erweiterten Maskenpflicht im öffentlichen Raum vorgenommen hat, vgl. § 10b Abs. 1 Corona-VO) unter Berücksichtigung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen in Bezug auf die ganz erheblichen und ohne Zweifel existenzbedrohenden wirtschaftlichen Einbußen der Betroffenen. Im Einzelnen:

Aus der Antragserwiderung der Antragsgegnerin geht hervor, dass sie die Sperrstundenregelung maßgeblich aufgrund einer „generellen Gefahrgeneigtheit“ von Gaststätten nach 23:00 Uhr für erforderlich hält. In den vergangenen Wochen sei es vor allem in der Nachtzeit vielfach zu gravierenden Verstößen wie der Überfüllung von Lokalen, der Missachtung der Maskenpflicht, des Tanzverbots sowie der Pflicht zur Erhebung der Kontaktdaten gekommen.

Eine generelle Gefahrgeneigtheit von Gaststätten geht nach Ansicht der Kammer aus den von der Antragsgegnerin geschilderten – unzweifelhaft zahlreichen und gravierenden – Verstößen aber nicht hervor. Vielmehr dürften sich die Verstöße insbesondere in den als Szeneviertel bekannten Stadtteilen St. Pauli und Sternschanze gelegenen Gaststätten mit Bar- oder Clubcharakter häufen. Dass Gaststätten wie diejenigen der Antragstellerin ebenfalls von vorneherein einen gefahrgeneigten Typus darstellen, legen die Feststellungen der Antragsgegnerin hingegen nicht nahe. Sie liegen bereits nicht in einer Umgebung, die für ein feierlustiges, zu einer erhöhten Risikobereitschaft und Verstößen gegen Hygieneregeln neigendes Publikum attraktiv ist.

Angesichts der Ausführungen der Antragsgegnerin erscheint es nicht fernliegend, dass – soweit dies über die ohnehin gebotene konsequente gewerbe- und gaststättenrechtliche Ahndung von Verstößen gegen die Vorgaben der Corona-VO hinaus erforderlich ist – ein

erhebliches differenzierteres Vorgehen zur Infektionsschutzzwecken möglich und geboten ist (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 23.10.2020, 6 B 2551/20, juris Rn. 31); derartigen Erwägungen dürfte insbesondere auch die in einem bundesweiten Abstimmungsprozess gefundene Strategie nicht entgegen stehen. Insoweit dürfte sich eine Vielzahl von Differenzierungskriterien anbieten, etwa die – auch in § 1 Abs. 1 GastG vorgenommene – Unterscheidung zwischen Schankwirtschaften einerseits und Speisewirtschaften andererseits, die Beschränkung der Sperrstunde auf bestimmte Gebiete oder aber Beschränkungen des Alkoholausschanks in Gaststätten für bestimmte Zeiträume bzw. eine Kombination derartiger Vorgaben an. So dürften etwa aufgrund der typischerweise größeren Räumlichkeiten in reinen Speisewirtschaften sowie aufgrund des Umstandes, dass sich Gäste dort größtenteils sitzend an einem zugewiesenen Tisch aufhalten, hier im Hinblick auf den Infektionsschutz bedeutsame Unterschiede vorliegen (vgl. VGH München, Beschl. v. 14.7.2020, 20 NE 20.1574, juris Rn. 31); im Übrigen ist zu beachten, dass mittlerweile auch eine Beschränkung auf Zusammenkünfte zwischen zwei Haushalten und maximal 10 Personen auch in Gaststätten zu beachten ist.

Die Kammer verkennt dabei nicht, dass die Unsicherheiten bei der prognostischen Bewertung des weiteren Ausbruchsverlaufes sowie das Regelungsinstrument der Rechtsverordnung notwendigerweise eine typisierende Betrachtungsweise rechtfertigen. Allerdings steigen die Differenzierungsmöglichkeiten mit einer Verdichtung der Erkenntnislage (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 6.7.2020, 13 B 940/20 NE, juris Rn. 56). Zudem dürfte es angesichts der zu erwartenden längeren Geltungsdauer derartiger Beschränkungen und der gerade in der Gastronomie zu verkraftenden erheblichen Einbußen durch die in der Vergangenheit ergriffenen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung und die Hygienekonzepte, die diese Branche erheblich stärker belasten dürfte als andere Betriebe, geboten sein, eine sorgfältigere Risikobetrachtung vorzunehmen. Aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin geht hervor, dass sich die Verstöße hinreichend genau lokalisieren lassen. Weiterhin dürften die für den Vollzug der Corona-VO zuständigen Stellen angesichts des nunmehr beträchtlichen Zeitraumes, in dem die Hygienevorgaben für Gaststätten gelten, Erfahrungen im Hinblick darauf gesammelt haben, welche Gaststätten vorrangig einer Kontrolle zu unterziehen sind und es besteht die Möglichkeit einschneidender Maßnahmen gegen sich nicht regelkonform verhaltende Gewerbetreibende auf der Basis des Gewerbe- und Gaststättenrechts. Vor diesem Hintergrund scheint auch das Argument der Antragsgegnerin nicht gänzlich überzeugend, dass die Kontrolle der Einhaltung der Hygienevorgaben in Gaststätten zu einer unververtretbaren Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit der Einsatzkräfte in anderen Bereichen der Gefahrenabwehr führt.

Soweit die Antragsgegnerin die pauschale Sperrstundenregelung damit rechtfertigt, dass Gaststätten generell, d.h. auch bei Einhaltung der übrigen in § 15 Corona-VO beim Betrieb von Gaststätten vorgesehenen Vorgaben zur Erhöhung des Infektionsgeschehens beitragen, begegnet dies vor dem Hintergrund des Erfordernisses der Angemessenheit durchgreifenden Bedenken. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Gaststätten nach dem aktuellen Erkenntnisstand nur einen geringen Anteil am Infektionsgeschehen haben. Die vom RKI am 17. September 2020 veröffentlichten Daten mit Datenstand 11. August 2020 im Epidemiologischen Bulletin Nr. 38/2020 vom 17. September 2020, S. 6-9 (s.o.) werden im Täglichen Lagebericht vom 20. Oktober 2020, S. 12 (s.o.) jedenfalls teilweise bestätigt. Hiernach sind Gaststätten (zu den vom RKI als „Speisestätten“ aufgeführten Lokalen zählen nach der Aufschlüsselung im Epidemiologischen Bulletin Nr. 38/2020 auch Gaststätten im Allgemeinen) für ein Ausbruchsgeschehen, das über fünf Fälle enthält, nur äußerst selten verantwortlich (vgl. mit Bezug auf den Datenstand vom 11.8.2020 VG Berlin, Beschl. v. 15.10.2020, 14 L 422/20, juris Rn. 21 ff; VG Osnabrück, Beschl. v. 23.10.2020, n.v. BA S. 4 f.). Zwar verkennt die Kammer nicht, dass nur noch ein geringer Anteil der Fälle einem konkreten Infektionsumfeld zugeordnet werden kann. Die Zahlen dürften aber vor allem deshalb eine gewisse Aussagekraft haben, weil Gaststätten aufgrund der Pflicht zur Kontaktdatenerhebung tendenziell leichter als Infektionsumfeld zurückzuverfolgen sind. Darüber hinaus steht nicht in Zweifel, dass die Einhaltung der übrigen in § 15 Corona-VO vorgesehenen Maßnahmen zu einer erheblichen Minimierung des Infektionsrisikos in Gaststätten beitragen.

Angesichts dieser nach den vorliegenden Erkenntnissen lediglich geringen positiven Auswirkungen der Maßnahme auf die Eindämmung des Infektionsgeschehens zugunsten der als besonders gewichtig anzusehenden Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, deren Schutz die Sperrstundenregelung dient, erscheint der gravierende Eingriff in die Berufsfreiheit nicht gerechtfertigt. Es bestehen insofern auch keine Zweifel an dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach mit der Sperrstundenregelung gerade am Wochenende gravierende Umsatzeinbußen einhergehen, die sie in die Gefahr einer Insolvenz bringen. Sie trägt nachvollziehbar vor, dass sich die ohnehin durch die Hygienevorgaben ergebenden Umsatzverluste durch die Schließung in der für sie bedeutsamen Zeit nach 23:00 Uhr noch einmal gravierend erhöhen.

2. Es besteht auch ein Anordnungsgrund, mithin die besondere Dringlichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung. Die Antragstellerin hat durch eidesstattliche Versicherung

ihres Prokuristen glaubhaft gemacht, dass sie durch die Sperrstunde erhebliche, sie in die Gefahr der Insolvenz bringende Umsatzeinbußen erleidet.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG. Die Kammer hat in Bezug auf infekti-onsschutzrechtlich bedingte Betriebsschließungen im Rahmen der Corona-Pandemie bereits entschieden, dass sich die wirtschaftliche Bedeutung der Sache nach dem geschätz-ten Umsatzverlust für den Zeitraum des Antragseingangs bis zum Außerkrafttreten der streitgegenständlichen Vorschrift bemisst (Beschl. v. 3.8.2020, 14 E 3102, n.v. BA S. 11).

Ausgehend von dem Zeitpunkt der Antragstellung am 21. Oktober 2020 bis zum Außerkrafttreten der Regelung am 30. November 2020 ergibt sich ein Zeitraum von rund sechs Wochen. Der von der Antragstellerin glaubhaft gemachte wöchentliche Umsatzverlust be-läuft sich auf jeweils ca. 2.000,00 Euro für die Gaststätten XXX und XXX bzw. ca. 3.000,00 für die Gaststätte XXX, mithin für alle drei Gaststätten auf insgesamt 42.000,00 EUR für sechs Wochen.