



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 33/21  
2 E 195/21

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

g e g e n

- Antragsgegnerin -

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 12. März 2021 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht  
den Richter am Oberverwaltungsgericht  
den Richter am Verwaltungsgericht

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 27. Januar 2021 – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung – geändert. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, sanktionsfrei zu dulden, dass der Antragsteller entgegen § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO alkoholische Getränke auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Grün- und Erholungsanlagen alleine verzehrt.

Die Kosten des gesamten Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

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

## **Gründe**

### I.

Der Antragsteller begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes, entgegen dem Verbot des § 4d 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), zuletzt geändert am 11. März 2021 (HmbGVBl. S. 137) alkoholische Getränke im öffentlichen Raum alleine verzehren zu dürfen.

Am 15. Januar 2021 hat der Antragsteller einen entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Verwaltungsgericht Hamburg gestellt. Zur Begründung hat er vorgetragen, dass keine Ermächtigungsgrundlage für das flächendeckende Alkoholkonsumverbot des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gegeben sei, weil § 28a Abs. 1 Nr. 9 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) ein solches Verbot nur an bestimmten öffentlichen Plätzen ermögliche.

Mit Beschluss vom 27. Januar 2021 hat das Verwaltungsgericht den Antrag abgelehnt und zur Begründung u.a. ausgeführt, dass § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage beruhe, nämlich auf der Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, die neben den Regelbeispielen in § 28a Abs. 1 IfSG anwendbar sei. Die formellen (§ 28a Abs. 5 IfSG) und die materiellen Voraussetzungen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG) seien gegeben und das Alkoholkonsumverbot sei verhältnismäßig.

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

II.

Die Beschwerde hat Erfolg und führt zur Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 27. Januar 2021, denn sie ist zulässig (hierzu unter 1.) und begründet (hierzu unter 2.).

1. Die Beschwerde ist zulässig. Dem steht insbesondere nicht nach § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 4 VwGO entgegen, dass sie keinen ausdrücklich gestellten Antrag enthält. Denn dem Erfordernis eines bestimmten Antrags ist auch dann genügt, wenn sich das Rechtsschutzziel und der daraus folgende Antrag aus der Begründung der Beschwerde eindeutig ergeben (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 5.11.2003, 3 Bs 253/03, juris Rn. 13). Entsprechendes gilt, wenn sich das Rechtsschutzziel des Antragstellers hinreichend deutlich aus dem erstinstanzlichen Vorbringen ergibt und er dieses Ziel mit der Beschwerde ersichtlich weiterverfolgt. Das Erfordernis eines bestimmten Antrags dient nämlich dazu, das verfolgte Rechtsschutzziel unmissverständlich zu formulieren und verbindlich festzulegen (hierzu und zum Folgenden: VGH Mannheim, Beschl. v. 28.3.2019, 11 S 623/19, VBIBW 2019, 475, juris Rn. 9 m.w.N.). Ihm ist daher nicht nur genügt, wenn der Antrag ausdrücklich gestellt wird, sondern auch dann, wenn er sich durch Auslegung der Beschwerdeschrift anhand des dort verlautbarten Willens ermitteln lässt, wenn also die Funktion dieser gesetzlichen Anforderung gleichwohl voll gewahrt wird und das Rechtsschutzziel auch ohne ausdrücklichen Antrag klar und eindeutig bestimmbar ist. So liegt es hier: Aus der Beschwerdebegründung vom 1. März 2021 geht insbesondere in Kombination mit der erstinstanzlichen Antragsschrift vom 14. Januar 2021 hinreichend deutlich hervor, dass der Antragsteller in der Sache begehrt, entgegen dem Verbot des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO alkoholische Getränke auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Grün- und Erholungsanlagen alleine verzehren zu dürfen.

2. Die Beschwerde ist auch begründet. Die Beschwerdebegründung, insbesondere die Bezugnahme auf verschiedene anderslautende obergerichtliche Entscheidungen (VGH München, Beschl. v. 19.1.2020, 20 NE 21.76, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.2.2021, OVG 11 S 10/21, juris), erschüttert die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts, das Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum gemäß

§ 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO beruhe auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage, nämlich auf der Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG.

Das Beschwerdegericht ist daher 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 des Antragstellers erfolgreich ist. Das Beschwerdegericht legt diesen Eilantrag 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 der Antragsteller entgegen § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO alkoholische Getränke auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Grün- und Erholungsanlagen alleine verzehrt. Der so verstandene Eilantrag ist zulässig (hierzu a) und begründet (hierzu b).

a) Der so verstandene Eilantrag ist zulässig. Insbesondere ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO für das auf einstweilige sanktionsfreie Duldung eines Verhaltens gerichtete Begehren die statthafte Antragsart (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.).

b) Der Antrag ist auch begründet. 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 des Antragstellers stellt sich allerdings angesichts der befristeten Geltung des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum Ablauf des 28. März 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) 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 das Verbot, Alkohol im öffentlichen Raum zu konsumieren, gegenüber dem Antragsteller wegen Verfassungswidrigkeit für unwirksam erklärt würde, auch andere Bürger durch Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowie den sich für die Antragsgegnerin ergebenden Druck auf Gleichbehandlung die Bestimmung des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO faktisch außer Kraft setzen.

Gemessen an diesen Maßstäben hat der Antragsteller einen Anordnungsanspruch (hierzu unter aa) und einen Anordnungsgrund (hierzu unter bb) mit dem für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht.

aa) Der Erfolg in der Hauptsache ist vorliegend weit überwiegend wahrscheinlich. Die Regelung des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, der zufolge der Verzehr alkoholischer Getränke auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Grün- und Erholungsanlagen untersagt ist, erweist sich nach der im Eilverfahren allein gebotenen summarischen Prüfung als rechtswidrig. Es fehlt bereits an einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GG. § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO kann weder auf § 32 Satz 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG [hierzu unter (1)] noch auf die Generalklausel des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG [hierzu unter (2)] gestützt werden.

(1) Das in § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO enthaltene flächendeckende Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum fällt – worauf das Verwaltungsgericht in dem Beschluss vom 27. Januar 2021 zurecht hinweist – nicht unter die im Katalog des § 28a

Abs. 1 IfSG genannten Schutzmaßnahmen, insbesondere nicht unter die in Nummer 9 genannte. Danach kann ein umfassendes oder auf bestimmte Zeiten beschränktes Verbot der Alkoholabgabe oder des Alkoholkonsums auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen als notwendige Schutzmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) angeordnet werden. Aus der Zusammenschau des Wortlautes der Norm in ihrem semantischen Aufbau, ihrem Sinn und Zweck, infektionsschutzrechtlich gefährliche Ansammlungen zu verhindern, und aus ihrer Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass die nach § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG zulässigen Alkoholabgabe- und -konsumverbote eine zeitliche und eine örtliche Dimension haben, die getrennt voneinander zu betrachten sind (hierzu und zum Folgenden: VGH München, Beschl. v. 19.1.2020, 20 NE 21.76, juris Rn. 26 ff.). Dabei legt § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG verbindlich fest, dass Alkoholverbote nur an bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen ausgesprochen werden dürfen. Der Begriff „umfassend“ bezieht sich hingegen ausschließlich auf die zeitliche Komponente der Norm, da er unmittelbar mit der Alternative „oder auf bestimmte Zeiten beschränkt“ verknüpft ist und sprachlich in untrennbarem Zusammenhang mit dem „Verbot der Alkoholabgabe oder des Alkoholkonsums auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen“ steht. Gemeint ist damit, dass der Verordnungsgeber, sofern dies angesichts der örtlichen Gegebenheiten erforderlich ist, den Konsum und/oder die Abgabe von Alkohol auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen ohne zeitliche Beschränkung verbieten kann, nicht hingegen, dass ein zeitlich unbeschränktes Verbot des Alkoholkonsums oder seiner Abgabe im gesamten Geltungsbereich einer auf § 32 Satz 1 IfSG gestützten Verordnung erlassen werden kann.

Über diese Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG geht § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO räumlich hinaus, denn diese Vorschrift verbietet den Verzehr alkoholischer Getränke nicht auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen, sondern auf allen öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Grün- und Erholungsanlagen in der Freien und Hansestadt Hamburg.

(2) § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO kann auch nicht auf die Generalklausel des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden (zu den entsprechenden Verboten in den Verordnungen anderer Bundesländer: VGH München, Beschl. v. 19.1.2021, 20 NE 21.76, juris Rn. 31; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.2.2021, OVG 11 S 10/21, juris Rn. 17; vgl. auch: OVG Weimar, Beschl. v. 1.2.2021, 3 N 852/20,

juris Rn. 4). Der Gesetzgeber hat die besondere Schutzmaßnahme des Verbots des Alkoholkonsums in der Öffentlichkeit in § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG speziell geregelt und der Regelungsbefugnis des Ordnungsgebers insoweit Grenzen gezogen (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.2.2021, a.a.O.). Die im Katalog der Regelbeispiele genannten Eingriffsbefugnisse sind für die von ihnen erfassten Lebenssachverhalte bei der Eindämmung der Corona-Pandemie – hier Abgabe und Konsum von Alkohol im öffentlichen Raum – als gegenüber der Generalklausel speziellere Befugnisse ausgestaltet und schließen einen (ergänzenden) Rückgriff auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG in ihrem sachlichen Anwendungsbereich aus (VGH München, Beschl. v. 19.1.2020, a.a.O.). Allein dieses Verständnis des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG entspricht dem Willen des Bundesgesetzgebers [hierzu unter (a)]. Nur in dieser den Rückgriff auf die Generalklausel ausschließenden Auslegung ist die Verordnungsermächtigung des § 32 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG mit höherem Recht, insbesondere mit den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und des Parlamentsvorbehalts, vereinbar [hierzu unter (b)]. Die gegen dieses Verständnis der Verordnungsermächtigung vorgebrachten Einwände der Antragsgegnerin greifen nicht durch [hierzu unter (c)].

(a) Mit den Regelbeispielen des § 28a Abs. 1 IfSG hat der Bundesgesetzgeber für den von ihrem jeweiligen Normprogramm erfassten und geregelten Lebenssachverhalt Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung nach § 32 IfSG abschließend bestimmt. Denn mit dem § 28a Abs. 1 IfSG hat der Gesetzgeber nicht nur die bisher schon bestehenden Regelbeispiele in § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2 IfSG klarstellend erweitert (vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 31). Vielmehr hat der Gesetzgeber § 28a vor allem deshalb in das Infektionsschutzgesetz eingefügt, um dem Gesetzesvorbehalt Rechnung zu tragen. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 28a IfSG heißt es (BT-Drs. 19/23944, S. 2 und S. 21):

„Die bisher maßgeblich auf Grundlage der §§ 28 ff., 32 IfSG getroffenen notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie führen teilweise zu erheblichen Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten. Sie dienen zum Schutz der Bevölkerung vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und erfolgen in Umsetzung der Gewährleistung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes. Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, ist eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt. Der Gesetzgeber nimmt vorliegend die Abwägung der zur Bekämpfung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erforderlichen Maßnahmen und der betroffenen grundrechtlichen Schutzgüter vor und regelt somit die wesentlichen Entscheidungen.“

Speziell zu den Regelbeispielen wird in der Gesetzesbegründung weiter ausgeführt (BT-Drs. 19/23944, S. 2 und S. 22):

„Mit der Benennung nicht abschließender Regelbeispiele etwaiger Schutzmaßnahmen gibt der Gesetzgeber in Ausübung seiner Beobachtungs- und Korrekturpflicht Reichweite und Grenzen exekutiven Handelns vor.“

Diese vom Gesetzgeber bei Erlass des § 28a IfSG angestrebten Zwecke – also die möglichen Infektionsschutzmaßnahmen im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität zu präzisieren, bei der Bekämpfung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das öffentliche Infektionsschutzinteresse und die von den erforderlichen Maßnahmen betroffenen grundrechtlichen Schutzgüter selbst abzuwägen, somit die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und Reichweite und Grenzen exekutiven Handelns vorzugeben – lassen sich nur bei einer innerhalb des jeweiligen Normprogramms den Rückgriff auf die Generalklausel ausschließenden Auslegung des § 28a Abs. 1 IfSG erreichen. Denn wäre ein Rückgriff auf die Generalklausel auch im sachlichen Anwendungsbereich der Regelbeispiele möglich, käme diesen Regelbeispielen keine begrenzende Wirkung zu und könnten diese der Gestaltungsmacht der Exekutive – in Gestalt der Verordnungsgeber – keine Grenzen vorgeben.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber das Alkoholkonsumverbot bewusst auf bestimmte öffentliche Plätze räumlich beschränkt hat. Dies ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte. Bereits die ursprüngliche Fassung des Regelbeispiels in § 28a Abs. 1 Nr. 12 des Gesetzesentwurfs vom 3. November 2020 (BT-Drs. 19/23944, S. 12) enthielt eine räumliche Beschränkung. Diese wurde dann im Gesundheitsausschuss umfangreich klarstellend präzisiert (§ 28a Abs. 1 Nr. 9 des Gesetzesentwurfs in der Fassung der Beschlussempfehlungen vom 16. November 2020 – BT-Drs. 19/24334, S. 22, S. 72). Die auf bestimmte öffentliche Plätze beschränkte Fassung des Verbots ist also das Ergebnis intensiver parlamentarischer Beratung in dem Bemühen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Art. 80 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GG angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, in dem die Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen gesetzlich präzisiert wird (vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 2).

Diese – zumindest im Fall des Regelbeispiels des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG – präzisen gesetzlichen Vorgaben würden unterlaufen, wenn der Verordnungsgeber auf die Generalklausel zurückgreifen dürfte, um ein umfassendes Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum zu regeln, obwohl der zu regelnde Lebenssachverhalt (Alkoholverbot im öffentlichen Raum)



in dem Regelbeispiel detailliert geregelt wird und aufgrund der bewussten parlamentarischen Entscheidung ein umfassendes Alkoholkonsumverbot gerade nicht vorgesehen ist.

(b) Dieses Verständnis der Regelbeispiele ist auch deshalb zwingend, weil die Verordnungsermächtigung des § 32 Satz 1 IfSG nur dann mit höherrangigem Recht, insbesondere mit den Vorgaben des Parlamentsvorbehalts in seiner Ausprägung durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, vereinbar ist, wenn im sachlichen Anwendungsbereich der Regelbeispiele des § 28a Abs. 1 IfSG der Rückgriff auf die Generalklausel ausgeschlossen ist.

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 (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 19.9.2018, 2 BvF 1/15 u.a., BVerfGE 150, 1, juris Rn. 191 ff.; OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 14, jeweils m.w.N.). 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 der Delegation einer Entscheidung auf den Ordnungsgeber 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 (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, a.a.O.). 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.

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG soll unter anderem gewährleisten, dass der parlamentarische Gesetzgeber durch die Ermächtigung selbst entscheidet, welche Fragen durch

Rechtsverordnung geregelt werden können oder sollen (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 19.9.2018, 2 BvF 1/15 u.a., BVerfGE 150, 1, juris Rn. 202, m.w.N.). Dazu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festlegen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll (Selbstentscheidungsvorbehalt). Der Gesetzgeber muss der ermächtigten Stelle darüber hinaus ein „Programm“ an die Hand geben, das mit der Ermächtigung verwirklicht werden soll (Programmfestsetzungspflicht). Schließlich soll bereits aufgrund der Ermächtigung vorhersehbar sein, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können (Vorhersehbarkeitsgebot).

Mit diesen Vorgaben des Parlamentsvorbehalts in seiner Ausprägung durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ist die Verordnungsermächtigung des § 32 Satz 1 IfSG vorliegend lediglich dann kompatibel, wenn der Ordnungsgeber im sachlichen Anwendungsbereich des Regelbeispiels des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG nicht auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG zurückgreifen darf. Wäre ein solcher Rückgriff des Ordnungsgebers auf die Generalklausel zulässig, würde gegen die drei letztgenannten Grundsätze verstoßen. Der Selbstentscheidungsvorbehalt würde verletzt, weil nicht der Gesetzgeber, sondern der Ordnungsgeber die Grenze der Regelungsbefugnis im Hinblick auf Alkoholverbote eigenständig festlegen würde. Während der Gesetzgeber die Alkoholverbote im Rahmen des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG nur an bestimmten Plätzen des öffentlichen Raums als notwendige Schutzmaßnahme ansieht, würde der Ordnungsgeber diese Verbote eigenmächtig auf den gesamten öffentlichen Raum im Rahmen des Geltungsbereichs einer Verordnung ausdehnen. Die Programmsetzungspflicht würde unterlaufen, weil sich der Ordnungsgeber über das vom Gesetzgeber vorgegebene Programm der örtlich begrenzten Alkoholverbote hinwegsetzen würde. Schließlich verstieße der Ordnungsgeber gegen das Vorhersehbarkeitsgebot, weil aufgrund des eindeutigen Wortlauts der gesetzlichen Ermächtigung des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG nicht vorhersehbar wäre, dass eine auf der Grundlage des § 32 Satz 1 erlassene Verordnung ein flächendeckendes Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum beinhalten könnte.

(c) Die gegen dieses Verständnis der Verordnungsermächtigung vorgebrachten Einwände der Antragsgegnerin dringen nicht durch:

(aa) Ein Rückgriff des Ordnungsgebers auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG ist nicht deshalb möglich, weil es sich bei dem Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG

nicht um Standardmaßnahmen, sondern um eine nicht abschließende Aufzählung von Regelbeispielen handelt, wie sich aus der einleitenden Formulierung des § 28a Abs. 1 IfSG ergibt (notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG könnten ... „insbesondere“ sein).

Zwar ist der Katalog der Regelbeispiele des § 28a Abs. 1 IfSG – worauf das Verwaltungsgericht im Beschluss vom 27. Januar 2021 zurecht hingewiesen hat – nicht als abschließend anzusehen, soweit es um Maßnahmen außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Regelbeispiele geht (vgl. zum Feuerwerksverbot: OVG Bremen, Beschl. v. 30.12.2020, 1 B 474/20, juris Rn. 20; OVG Bautzen, Beschl. v. 30.12.2020, 3 B 450/20, juris Rn. 14; OVG Hamburg, Beschl. v. 29.12.2020, 5 Bs 248/20, n.v. BA S. 3). Denn insoweit besteht keine gesetzgeberische Entscheidung, an die der Ordnungsgeber gebunden ist, und die den Rückgriff auf die Generalklausel versperrt. Vielmehr verbleibt es in den vom Gesetzgeber nicht geregelten Lebenssachverhalten bei der Anwendbarkeit der offenen Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, um den Infektionsschutzbehörden bzw. über den Verweis in § 32 Satz 1 IfSG dem Ordnungsgeber ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen zu eröffnen (hierzu und zum Folgenden: BVerwG, Urt. v. 22.3.2012, 3 C 16.11, juris Rn. 24; OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 16). Maßgeblicher Grund dafür ist, dass sich die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei einem Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, nicht von vornherein übersehen lässt.

Jedoch gilt diese Begründung für den nichtabschließenden Charakter der Regelbeispiele nicht in den Fällen, in denen ein Lebenssachverhalt – wie vorliegend das Verbot, Alkohol im öffentlichen Raum zu konsumieren – in den sachlichen Anwendungsbereich eines der in § 28a Abs. 1 IfSG genannten Regelbeispiele fällt. Denn in diesen Fällen war dem Gesetzgeber bei Erlass der Regelbeispiele im November 2020 sowohl die ausgebrochene Krankheit (COVID-19) als auch die konkrete Schutzmaßnahme bekannt und er hat sie bewusst in sein Regelungsprogramm aufgenommen. Im Fall des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG hat der Gesetzgeber die Schutzmaßnahme des Verbots, Alkohol im öffentlichen Raum zu konsumieren, bewusst räumlich einschränkend normiert. Diese gesetzgeberische Wertung darf der Ordnungsgeber nicht unter Rückgriff auf die offene Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG unterlaufen.

Wenn sich in der Praxis zeigen sollte, dass die räumliche Einschränkung des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG einen effektiven Infektionsschutz erheblich beeinträchtigt, müsste der Gesetzge-

ber aktiv werden und die Verordnungsermächtigung anpassen. Wegen des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ist dem Ordnungsgeber eine solche eigenmächtige Korrektur im sachlichen Anwendungsbereich der Regelbeispiele verwehrt.

(bb) Soweit die Antragsgegnerin auf die besonders ansteckenden Virusvarianten (vor allem B.1.1.7, die leichter von Mensch zu Mensch übertragbar ist und deshalb eine höhere Reproduktionszahl aufweist – vgl. [www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Virusvariante.html](http://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html)) als Grund für den Rückgriff auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für das umfassende Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum abstellt, greift auch dieser Einwand nicht durch. Denn der Ordnungsgeber hat das flächendeckende Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum nicht mit den Ansteckungsgefahren durch die Virusvariante begründet. Die Begründung zur Fünfundzwanzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 14. Dezember 2020 (HmbGVBl. 662), mit der dieses Verbot im damaligen § 4e HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eingeführt wurde, enthält keinen Hinweis auf die ansteckeren Virusvarianten. In den folgenden Änderungsverordnungen wurde die Notwendigkeit des flächendeckenden Alkoholkonsumverbots nicht weiter – auch nicht mit Verweis auf die Virusvarianten – begründet.

Unabhängig davon könnte angesichts des klaren Wortlauts des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG und wegen des Parlamentsvorbehalts in der Ausprägung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ein räumlich erweitertes Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum auch angesichts möglicher neuartiger Gefährdungen wegen der Virusvarianten nur durch den Gesetzgeber im Rahmen einer Änderung des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG eingeführt werden.

(cc) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hat der Bundesgesetzgeber bei Erlass des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG die besonderen Verhältnisse in Stadtstaaten, die ein räumlich weitergehendes Alkoholkonsumverbot erforderlich machen könnten, nicht übersehen. Vielmehr hat sich der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Einführung des § 28a IfSG ausdrücklich mit der Situation der Stadtstaaten auseinandergesetzt und angeordnet, dass die Länder Berlin und die Freie und Hansestadt Hamburg gemäß § 28a Abs. 3 Satz 3 IfSG als kreisfreie Städte im Sinne des § 28a Abs. 3 Satz 2 IfSG anzusehen sind.

(dd) Zwar weist die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 27. Januar 2021 zurecht darauf hin, dass der Ordnungsgeber mit der Ausweitung einer Maßnahme, die im Regelbeispiel des § 28 a Abs. 1 Nr. 9 IfSG enthalten ist, nicht den vom Gesetzgeber gesteckten Rahmen möglicher Eingriffe im Hinblick auf die

Eingriffsintensität überschreitet. Denn mit anderen vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelbeispielen hat er zu erkennen gegeben, dass zur Bekämpfung der Pandemielage in deutlich erheblicherem Umfang in Grundrechte eingegriffen werden darf, als es mit einem räumlich unbeschränkten Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum der Fall ist. So werden erhebliche flächendeckende Kontaktbeschränkungen und Abstandsgebote ebenso für angemessen gehalten wie die Schließung von Betrieben, die Beschränkung von Freizeitveranstaltungen, Reisen, und Ähnliches sowie Einschränkungen der Versammlungs- und Religionsfreiheit.

Demgegenüber ist die Eingriffsintensität des Alkoholkonsumverbots im öffentlichen Raum nicht besonders hoch. Jedoch ist dies vorliegend unerheblich, weil sich der Gesetzgeber mit der Maßnahme des Alkoholkonsumverbots explizit bei Erlass des Regelbeispiels des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG auseinandergesetzt und sich für ein räumlich begrenztes Verbot entschieden hat. Ob der Gesetzgeber ein flächendeckendes Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum hätte treffen dürfen – wofür angesichts der recht geringen Eingriffsintensität und der übrigen Regelbeispiele, die Infektionsschutzmaßnahmen mit sehr hoher Eingriffsintensität zulassen, einiges spricht – ist irrelevant. Jedenfalls durfte der Verordnungsgeber nicht von der expliziten gesetzgeberischen Entscheidung des § 28a Abs. 1 Nr. 9 IfSG abweichen und eigenmächtig ein örtlich unbegrenztes Alkoholkonsumverbot vorsehen.

bb) Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Zwar dürfte der Grundrechtseingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als eher gering einzustufen sein. Jedoch kann dem Antragsteller das Abwarten eines Hauptsacheverfahrens nicht zugemutet werden. Angesichts der Befristung des § 4d HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 28. März 2021 kann der Antragsteller wirksamen Rechtsschutz nur durch eine vorläufige Regelung erlangen. Bis zu einer Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren hätte sich der Anspruch des Antragstellers aufgrund Zeitablaufs erledigt (vgl. zu diesem Aspekt im Rahmen eines Verfahrens nach § 47 Abs. 6 VwGO: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.2.2021, OVG 11 S 10/21, juris Rn. 18).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes 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 27. Januar 2021 – von einer Reduzierung des Streitwerts im Eilverfahren ab.

