Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 60/21
14 E 965/21

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

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

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 12. März 2021 – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung - geändert.
Der Antrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt den Betrieb von im Freien stehenden Zelten zur Sportausübung an Fitnessgeräten. Sie betreibt … in Hamburg ein Sport- und Fitnessstudio, das derzeit aufgrund der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt vom 30. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 365), zuletzt geändert durch Verordnung vom 19. März 2021 (HmbGVBl. S. 145), geschlossen ist.

Die Antragstellerin hat nach der Schließung der Räume des Fitnessstudios vier überdachte Zelte mit einer Grundfläche von jeweils ca. 3 × 3 m auf der Fläche vor den Räumen des von ihr betriebenen Fitnessstudios aufgestellt, in denen sie unterschiedliche Fitnessgeräte – jeweils ein Gerät pro Zelt – oder anderes Trainingsequipment wie Hanteln bereitgestellt hat. Entsprechende Zelte (weitere vier) hat sie auf der Dachterrasse ihres Fitnessstudios aufgestellt. Die Zelte auf der Dachterrasse können nur über eine Außentreppe und nicht über die Räume des Studios erreicht werden; Nutzer der Zelte haben keinen Zutritt zu den Räumen des Fitnessstudios, auch nicht zu den sanitären Anlagen. Die Mitglieder des Fitnessstudios können über eine studioeigene App für jeweils eine gewisse Zeitspanne ein Zelt anmieten, um an dem betreffenden Fitnessgerät zu trainieren. Es besteht auch die Möglichkeit, gemeinsam mit einem professionellen Personal Trainer ein spezielles Trainingsangebot zu absolvieren. Für die Nutzung der Zelte hat die Antragstellerin ein

Hygienekonzept ausgearbeitet, das u.a. den Abstand der Zelte, deren Öffnung und Lüftung, die Maskenpflicht aller anwesenden Personen und die zwingend kontaktlose Buchung sowie das Vorhalten von Desinfektionsmitteln vor Ort in den Zelten regelt. Nach dem Hygienekonzept darf jedes der Zelte nur von einem Haushalt und zusätzlich einem Mitarbeiter bei einem betreuten Training oder von maximal zwei Personen aus einem Haushalt bei einem nicht betreuten Training gleichzeitig genutzt werden.

Nachdem am 1. März 2021 ein Vollzugsbeamter der Antragsgegnerin dem Geschäftsführer der Antragstellerin mündlich mitgeteilt hatte, dass das Training in den aufgestellten Zelten nicht gestattet und einzustellen sei, kam die Antragstellerin dieser Aufforderung nach und erhob mit Schreiben vom 2. März 2021 Widerspruch, über den – soweit ersichtlich - noch nicht entschieden ist.

Am 3. März 2021 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Mit Beschluss vom 12. März 2021 hat das Verwaltungsgericht Hamburg die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Sportausübung an Fitnessgeräten in vier Zelten vor dem Fitnessstudio der Antragstellerin am Überseeboulevard 3, 20457 Hamburg sowie in vier Zelten auf der Dachterrasse dieses Fitnessstudios sanktionsfrei zu dulden. Dies gelte mit der Maßgabe, dass die Antragstellerin der Antragsgegnerin ein Hygienekonzept vorlege, das den Anforderungen des § 6 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 30. Juni 2020 in der am 12. März 2021 gültigen Fassung entspreche. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen darauf verwiesen, dass es offenbleiben könne, ob die von der Antragstellerin in den Zelten angebotene Sportausübung als Sportausübung auf einer privaten Sportanlage i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO oder als Fitnessstudio im Sinne des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO anzusehen sei. Selbst wenn die angebotene Sportausübung als Betrieb eines „Fitnessstudios“ oder einer vergleichbaren Anlage einzuordnen sei und damit dem Schließungsgebot gem. § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO unterfalle, stünde dies dem Angebot der Antragstellerin nicht entgegen. Denn das Schließungsgebot dieser Vorschrift greife in die von Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG geschützte Berufsfreiheit der Antragstellerin ein und dieser Eingriff sei aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt. Es liege eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darin, dass die Sportausübung von Einzelpersonen in den acht Zelten der Antragstellerin untersagt sei, nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aber die Sportausübung auf öffentlichen und privaten

Sportanlagen im Freien allein, zu zweit oder mit den in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufgeführten Personen, insgesamt höchstens jedoch 5 Personen über 13 Jahren zulässig sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

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

Die Beschwerdebegründung erschüttert die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts, es liege eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, nämlich zwischen der Sportausübung in den acht Zelten der Antragstellerin, die nach Auffassung der Antragsgegnerin gem. § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO verboten sei, einerseits und der nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erlaubten Sportausübung auf öffentlichen und privaten Sportanlagen im Freien andererseits.

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

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

a) Der Hauptantrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 2. März 2021 gegen die am 1. März 2021 mündlich gegenüber dem Geschäftsführer der Antragstellerin ausgesprochene Untersagungsverfügung anzuordnen, ist nicht statthaft. Denn es fehlt an einem für die Statthaftigkeit eines Antrags gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO erforderlichen Verwaltungsakt. Nach dem plausiblen Vortrag der Antragsgegnerin hat ihr Mitarbeiter am 1. März 2021 lediglich auf die bestehende Rechtslage hingewiesen. Hierin ist eine Regelung, wie sie für einen Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 HmbVwVfG notwendig wäre, nicht zu erkennen. Insbesondere der Wortlaut des Vermerks des Mitarbeiters der Antragsgegnerin vom 4. März 2021 über das Gespräch vom 1. März 2021 spricht gegen den Regelungscharakter. Insoweit heißt es, dass dem Geschäftsführer der Antragstellerin nochmals die geltende Rechtslage eröffnet worden sei. In dem Gesprächsverlauf seien die gegensätzlichen Standpunkte beider Seiten über die geltende Rechtslage erläutert worden. Man habe sich darauf geeinigt, den Sportbetrieb einzustellen, um weitere Verstöße gegen die aktuelle SARS-CoV-2-EindämmungsVO zu vermeiden und die Rechtslage ggf. prüfen zu lassen. Weiter heißt es ausdrücklich: „Maßnahmen hierzu wurden durch die Mitarbeiter des Bezirksamtes Hamburg-Mitte nicht vorgenommen“.

b) Der Hilfsantrag der Antragstellerin, festzustellen, dass die angebotene Möglichkeit „bei ihr ein draußen stehendes Zelt, in dem jeweils ein einzelnes Cardio-Fitnessgerät oder anderes Trainings-Equipment bereitgestellt ist, über eine App-Anwendung für einen konkret definierten Zeitraum anzumieten, um in dem Zelt unter Beachtung der aufgestellten Hygieneregeln allein Sport zu treiben und ein individuelles Training zu absolvieren, nicht gegen § 4b Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO oder weitere Vorschriften dieser Verordnung verstößt und unter Einhaltung der allgemeinen Schutzbestimmungen nach den §§ 5-9 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässig ist“, ist zulässig. Das Beschwerdegericht legt diesen Antrag gemäß §§ 150, 122 Abs. 1, 88 VwGO als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt aus, die Antragsgegnerin vorläufig zu verpflichten, sanktionsfrei zu dulden, dass die Antragstellerin ihr spezielles Angebot in den Zelten außerhalb der geschlossenen Räume ihres Fitnessstudios nach den Maßgaben ihres Hygienekonzepts betreibt. Der so verstandene Eilantrag ist zulässig, insbesondere als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.).

c) Der Hilfsantrag ist aber unbegründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen

nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsgrunds, also die Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung, als auch eines Anordnungsanspruchs, d.h. des materiellen Anspruchs, für den der Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz sucht, glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Dabei dient das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 8; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 17). Das Begehren der Antragstellerin stellt sich allerdings angesichts der befristeten Geltung des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum Ablauf des 28. März 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wobei die Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder in ihrer Videokonferenz am 22. März 2021 eine Verlängerung der Maßnahmen bis zum 18. April 2021 beschlossen haben) als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird die Hauptsache vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache, sowie schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache voraus.

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

CoV-2-EindämmungsVO bezüglich ihrer Trainingsangebote im Freien faktisch außer Kraft setzen.

Gemessen an diesen Maßstäben hat die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch nicht mit dem für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht. Bei dem angebotenen Sporttraining in Zelten im Freien handelt es sich um den Betrieb eines Fitnessstudios im Sinne des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (hierzu unter aa). §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 Nr. 6 IfSG stellen eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung des Sportangebots der Antragstellerin dar (hierzu unter bb), die angegriffene Vorschrift ist formell rechtmäßig (hierzu unter cc), die angegriffene Regelung hält sich im Rahmen der Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage (hierzu unter dd), der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt (hierzu unter ee) und die angegriffene Vorschrift ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar (hierzu unter ff).

aa) Das spezielle Sportangebot der Antragstellerin für ihre Mitglieder, in Zelten im Freien unter den von ihr festgelegten Bedingungen zu trainieren, unterfällt dem Verbotstatbestand des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Danach dürfen Fitness-, Sport- und Yogastudios sowie vergleichbare Einrichtungen sowohl in geschlossenen Räumen als auch im Freien nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden. Das gewerbliche, an ihre Bestandsmitglieder gerichtete Sportangebot der Antragstellerin in den von ihr bereitgestellten Zelten auf dem Vorplatz vor den Räumen ihres Fitnessstudios und auf der Dachterrasse zu trainieren ist als Öffnung eines Fitnessstudios im Freien für den Publikumsverkehr anzusehen.

Dass grundsätzlich auch die Trainingsangebote eines Fitnessstudios im Freien von dem Verbotstatbestand des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erfasst werden sollen, hat der Verordnungsgeber durch die Einunddreißigste Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 11. Februar 2021 (HmbGVBl. S. 55) klargestellt, in dem er in die genannte Vorschrift die Wörter „sowohl in geschlossenen Räumen als auch im Freien“ eingefügt hat. Nach der Begründung dieser Änderung sollen damit alle Angebote der bezeichneten Einrichtungen unter freiem Himmel erfasst werden (vgl. HmbGVBl. S. 57). Daraus folgt auch, dass das hier streitige Sportangebot der Antragstellerin allein durch die Verlagerung in Zelte im Freien nicht die Einordnung als „Fitnessstudio“ im Sinne der genannten Vorschrift verliert.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, ihr Angebot werde nicht für den „Publikumsverkehr“ geöffnet, so ist dem entgegenzuhalten, dass mit dieser Formulierung im Zusammenhang

mit Fitnessstudios ersichtlich gemeint ist, dass das Angebot von jedem Mitglied der Antragstellerin – und insoweit einer durch die Mitgliedschaft beschränkten Öffentlichkeit - genutzt werden kann.

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

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

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

dd) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Verordnungsermächtigung in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 IfSG sind aufgrund der gegenwärtig bestehenden Corona-Pandemie weiterhin erfüllt. Der Deutsche Bundestag hat – wie in §

28a Abs. 1 IfSG vorausgesetzt – am 25. März 2020 aufgrund der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus in Deutschland eine epidemische Lage von nationaler Tragweite von unbestimmter Dauer festgestellt (Plenarprotokoll 19/154, S. 19169C) und deren Fortbestehen am 18. November 2020 bestätigt (Plenarprotokoll 19/191, S. 24109C).

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

Der Verordnungsgeber ist bundesrechtlich gemäß § 28a Abs. 3 Satz 10 IfSG verpflichtet, bei einer landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Dieser Schwellenwert wird zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Stand 24. März 2021) deutlich überschritten, denn die 7-Tage-Inzidenz in der Freien und Hansestadt Hamburg liegt nach dem täglichen Situationsbericht des Robert Koch-Instituts (im Folgenden: RKI) bei 99 (www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-24-de.pdf, S. 4). Der Wert der 7-Tage-Inzidenz ist nach den Hamburger Erhebungen bzw. Berechnungen noch deutlich höher.

§ 28a Abs. 3 Satz 9 IfSG bestimmt, dass bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben sind. Auch dieser Schwellenwert ist derzeit mit einem Wert von 108 deutlich überschritten (vgl. S. 4 des Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021).

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

(1) Das Verbot dient einem legitimen Zweck. Mit den in der Verordnung enthaltenen Schutzmaßnahmen verfolgt der Verordnungsgeber das in § 28a Abs. 3 Satz 1 IfSG vorgegebene Ziel, Leben und Gesundheit der Bevölkerung und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen. Um dieses Ziel zu erreichen, zielt der Verordnungsgeber darauf ab, die Kontakte in der Bevölkerung zu reduzieren und damit das Infektionsgeschehen einzudämmen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn.26).

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

(3) Die Untersagung, Fitnessstudios und ihre Trainingsangebote im Freien für den Publikumsverkehr zu öffnen, erscheint geeignet, den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Maßnahme geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Dabei kommt es darauf an, ob die Maßnahme objektiv tauglich ist, den jeweiligen legitimen Zweck zu fördern (BVerfG, Beschl. v. 9.2.2001, 1 BvR 781/98, juris Rn. 22). Hingegen ist der Nachweis nicht notwendig, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel vollständig erreicht wird; es genügt, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt (vgl. Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, Stand: August 2020, Art. 20 Rn. 112 m.w.N.).

Gemessen an diesem Maßstab ist die Einschätzung des Verordnungsgebers nicht zu beanstanden, dass die Schließung des Betriebs von Fitnessstudios auch im Freien geeignet ist, um Kontakte in der Bevölkerung zu reduzieren und damit das Infektionsrisiko zu verringern und das Infektionsgeschehen einzudämmen. Denn es erscheint jedenfalls

nicht ausgeschlossen, dass von der Nutzung des Sportangebots der Antragstellerin eine Infektionsgefahr ausgeht. Das Infektionsgeschehen ist generell weiterhin dadurch gekennzeichnet, dass es nicht nur durch einzelne besondere „Treiber der Pandemie“ aufrechterhalten bzw. verstärkt wird. Vielmehr findet eine diffuse Ausbreitung von Infektionen in der Bevölkerung statt, ohne dass bei einem Großteil der Fälle der Infektionsort bekannt ist (vgl. S. 2 des Situationsberichts des RKI vom 24. März 2021). Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des Verordnungsgebers, vor allem auf eine Kontaktreduzierung in der Bevölkerung zu setzen, zu der das streitgegenständliche Verbot beiträgt, nicht fehlerhaft.

Nichts Anderes folgt aus dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ein Infektionsgeschehen bei der Nutzung ihres Sportangebots bei Einhaltung ihres Hygienekonzepts nicht zu befürchten sei. Zwar dürfte wegen der besseren Belüftungssituation mit der Sportausübung in Zelten im Freien eine geringere Infektionsgefahr einhergehen als in einem Fitnessstudio in geschlossenen Räumen. Jedoch dürfte auch bei dem Betrieb der Zelte im Freien ein Infektionsrisiko bestehen bleiben, zu deren Bekämpfung die Untersagung geeignet ist.

Zwar ist die Personenzahl, die in einem Zelt trainieren kann, beschränkt. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass sich Personen beim Betreten und Verlassen der Zelte bzw. auf der Außentreppe, die zu der Dachterrasse führt, begegnen. Dies dürfte vor allem auch für die Zelte gelten, die auf dem Vorplatz vor den Räumen des Fitnessstudios stehen und die nach den eingereichten Fotos keine Begrenzung zur öffentlichen Straße (Fußgängerzone) aufweisen, mit der Folge, dass es zu näheren Kontakten von „interessierten“ Fußgängern kommen kann. Überdies ist es nach dem Konzept der Antragstellerin möglich, ein begleitetes Training (mit einem Personal Trainer) zu buchen, der durch die begrenzten Zeitslots des angebotenen Trainings an einem Tag zu vielen Kunden in relativ engen Kontakt kommt. Gerade bei sportlicher Betätigung ist dabei mit einem erhöhten Ausstoß von Tröpfchen und Aerosolen zu rechnen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 29, 33). Vor diesem Hintergrund erscheint auch der Einsatz einer medizinischen Mund-Nasen-Bedeckung bzw. einer FFP2-Maske, die nach dem Hygienekonzept der Antragstellerin für Mitarbeiter verpflichtend ist und die von den Kunden am Trainingsgerät abgenommen werden können, nicht ausreichend. Eine entsprechende Maske schützt vorwiegend vor Tröpfchen, weniger vor Aerosolen (vgl. hierzu und zum Folgenden: VG Schwerin; Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Überdies lässt ihre Filter- und Schutzwirkung umso mehr nach, je feuchter die Maske durch Atmen oder Schweiß wird. Dies wird hinsichtlich der Kontakte etwa zwischen einem Personal Trainer und einem Trainierenden durch die an zwei Seiten offenen Seitenwände der Zelte

nicht ausgeglichen. Eine hinreichende Durchlüftung wird dadurch nicht gewährleistet, zumal die Zeltdecke eine verhältnismäßig geringe Höhe aufweist und sich Tröpfchen und Aerosole nicht ungehindert nach oben verteilen können.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung von Mindestabständen und das Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen das Infektionsrisiko insbesondere im Außenbereich zwar stark reduzieren, aber beide Maßnahmen nicht zur vollständigen Infektionsprävention führen (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand 18. März 2021, unter 2. „Übertragungswege“, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Dies gilt gegenwärtig umso mehr, als die genaue Ansteckungshäufigkeit der Virusvarianten im Außenbereich und der Grad der Wirksamkeit der Einhaltung von Mindestabständen und des Tragens von Mund-Nase-Bedeckungen als Prävention gegen diese Virusvarianten noch nicht hinreichend eindeutig feststeht (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html). Insoweit dürfte auch der Verweis der Antragstellerin auf die bisherigen wissenschaftlichen Studien, die von einem sehr geringen Infektionsrisiko bei Kontakten im Freien ausgehen, von begrenzter Aussagekraft sein.

(4) Die Untersagung, Fitnessstudios auch im Freien für den Publikumsverkehr zu öffnen, erscheint auch erforderlich, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Insoweit ist kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens ersichtlich. Das bestehende Infektionsrisiko beim Aufeinandertreffen von Menschen bei dem Sportangebot der Antragstellerin lässt sich durch Hygienemaßnahmen nicht vergleichbar effektiv wie mit einer vollständigen Untersagung verhindern. Die von der Antragstellerin angebotenen Trainingsmöglichkeiten unter Verwendung ihres Hygienekonzepts ist zwar ein milderes, jedoch nicht gleich geeignetes Mittel (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 32).

(5) Das aus § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Verbot, das von der Antragstellerin angebotene Training in Zelten im Freien für den Publikumsverkehr – d.h. für alle Mitglieder – zu öffnen, ist gegenwärtig auch angemessen. Angemessen, d. h. verhältnismäßig im engeren Sinne, ist eine freiheitseinschränkende Regelung, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, juris Rn. 265 m.w.N.). Hierbei ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter

der davon Betroffenen notwendig. Die Interessen des Gemeinwohls müssen umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Zugleich wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus der Grundrechtsausübung erwachsen können. Diese Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann dazu führen, dass der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde. Nur so kann die Prüfung der Angemessenheit staatlicher Eingriffe ihren Sinn erfüllen, geeignete und gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen.

Davon ausgehend ist die Schließung des von der Antragstellerin angebotenen Trainings in den Zelten im Freien für den Publikumsverkehr – d.h. für ihre Mitglieder – bei vorläufiger Bewertung nicht zu beanstanden, weil die Schwere der damit erneut verbundenen Grundrechtseingriffe voraussichtlich noch nicht außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Zweck steht.

Allerdings greift das Verbot in ganz erheblicher Weise zumindest in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ein, weil ihr dadurch im Zusammenspiel mit dem – nicht streitgegenständlichen – Verbot, die Innenräume ihres Fitnessstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, der Betrieb ihres Fitnessstudios vollständig untersagt wird. Zwar dürfte sich die wirtschaftliche Belastung durch die vorübergehende Schließung für Fitnessstudios weniger dramatisch darstellen als für andere, auf die ständige Erwirtschaftung von täglichen Einnahmen angewiesene Gewerbebetriebe, weil Fitnessstudios sich üblicherweise durch Mitgliedsbeiträge oder -gebühren der Kunden finanzieren, die monatlich oder jährlich geleistet werden. Dadurch sind den Fitnessstudios (anders als etwa den Betrieben in der Gastronomie) durch die Schließung nicht sofort sämtliche Einnahmen weggebrochen, sondern sie konnten und können mit weiteren Einnahmen in Gestalt der Mitgliedsbeiträge rechnen. 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 (zum Vorstehenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 34 f.; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 38). Dem letztgenannten Aspekt dürfte angesichts des mittlerweile seit Monaten andauernden

Verbots zunehmend größeres Gewicht zukommen. Allerdings hat die Antragstellerin auch im laufenden Beschwerdeverfahren nicht substantiiert und konkret zu den wirtschaftlichen Auswirkungen vorgetragen und keine existentielle finanzielle Bedrohung geltend gemacht. Insoweit hat sie mit Schriftsatz vom 24. März 2021 darauf hingewiesen, dass seit dem Lockdown die Mitgliederzahlen kontinuierlich gesunken seien und dies zu einem langfristigen wirtschaftlichen Schaden führe, der in keiner Weise durch staatliche Überbrückungshilfen und das Kurzarbeitergeld abgemildert werde, da diese nur die konkreten Verluste in der aktuellen Situation kompensierten, nicht aber die künftig weiterhin fehlenden Einnahmen aus gekündigten Nutzungsverträgen. Dass die Antragstellerin in ihrer wirtschaftlichen Existenz konkret bedroht wäre, wird daraus nicht ersichtlich. Die Antragstellerin weist im Übrigen selbst darauf hin, dass sie bis zum ersten Lockdown im Frühjahr 2020 seit ihrer Eröffnung jedes Jahr Mitglieder hinzugewonnen habe; das dürfte darauf schließen lassen, dass – nach Ende der vorübergehenden Schließung ihres Fitnessstudios – wiederum die Mitgliederzahlen steigen dürften. Daneben hat die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass das Angebot des Trainierens in Zelten im Freien nicht ausgebucht sei (im Januar 2021 waren es laut Angaben der Antragstellerin durchschnittlich 16,3 Buchungen/Tag (für eine 60-minütige oder eine 25-minütige Zeiteinheit), im Februar durchschnittlich 18,5 Buchungen/Tag. Bei einem Mitgliederbestand von 1.600 (Stand: 22. März 2021) spricht Einiges dafür, dass die Möglichkeit des Trainierens in Zelten im Freien für die Mitglieder nicht von entscheidender Bedeutung für einen Verbleib als Mitglied der Antragstellerin sein dürfte.

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

Denn zum einen kommt den Gemeinwohlbelangen, die den Eingriff in die Berufsfreiheit der Antragstellerin rechtfertigen gegenwärtig ein besonders hohes Gewicht zu. Die Gefahren

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

Zum anderen hat die Antragsgegnerin mit der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ein Gesamtkonzept zur Bewältigung der Coronakrise entwickelt, das sich auf zahlreiche Wirtschafts- und Lebensbereiche belastend auswirkt (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 37; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 39, m.w.N.). In einer Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie muss der Verordnungsgeber die Situation fortlaufend beobachten und evaluieren, um entscheiden zu können, ob Lockerungen im Hinblick auf die betroffenen (Grund-)Rechtspositionen bereits zugelassen werden können, und wenn ja, in welchen Bereichen und in welchem Umfang. Dabei wird er vor allem darauf abstellen, inwieweit Infektionsschutz gewährleistet werden kann, zudem aber auch den Rang der betroffenen Rechtsgüter sowie etwaige finanzielle, wirtschaftliche und soziale Folgen in den Blick nehmen. In diesem Zusammenhang ist nicht unbedingt allein der infektionsschutzrechtliche Gefahrengrad der betroffenen Tätigkeit zu beachten. Vielmehr sind auch alle sonstigen relevanten Belange zu berücksichtigen, etwa die Auswirkungen der Ge- und Verbote für die betroffenen Unternehmen und für Dritte und nicht zuletzt auch die öffentlichen Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter unternehmerischer Tätigkeiten.

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

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

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

Dieser bewussten Entscheidung des Verordnungsgebers, einen abgegrenzten Bereich als Experimentierfeld für zukünftige Öffnungsstrategien auszuwählen, kommt angesichts der weiterhin bestehenden Ungewissheiten über die Wirksamkeit der Infektionsschutzmaßnahmen im Hinblick auf die sich ausbreitenden Virusvarianten besondere Bedeutung zu, um Öffnungsperspektiven im Rahmen eines effektiven Infektionsschutzes entwickeln zu können und gleichzeitig Gefährdungen für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) auf ein möglichst geringes Maß zu beschränken. Vor diesem Hintergrund ist dieses Gesamtkonzept noch vom weiten Ermessen des Verordnungsgebers gedeckt, solange der Verordnungsgeber seinen Beobachtungs- und Evaluationsverpflichtungen, die im Hinblick auf den Experimentiercharakter des Regelungskonzepts gesteigert sein dürften, hinreichend nachkommt.

ff) Das aus § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Verbot, das Trainingsangebot der Antragstellerin für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist aller Voraussicht nach mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 18.7.2018, 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222, juris Rn. 64; Beschl. v. 18.7.2012, 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179, juris Rn. 30 f.; Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, juris Rn. 63 ff.). Es sind nicht jegliche Differenzierungen verwehrt, allerdings bedürfen sie der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reichen die Grenzen für die Normsetzung vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Insoweit gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.

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

Im Gefahrenabwehrrecht, zu dem das Infektionsschutzrecht gehört, besteht ein weiter Entscheidungsspielraum des Verordnungsgebers, weil die Verwaltung ihre Entscheidungen oftmals unter Zeitdruck aufgrund einer unsicheren Tatsachengrundlage und unter den Bedingungen einer unsicheren, sich ständig verändernden Lage zu treffen hat (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 28; Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, GewArch 2020, 289, juris Rn. 53). Dem weiten Entscheidungsspielraum des Verordnungsgebers entspricht eine zurückhaltende gerichtliche Kontrolle der verordnungsrechtlichen Regelungen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 26.3.2020, 5 Bs 48/20, juris Rn. 13; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.11.2020, 13 MN 479/20, juris Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.4.2020, OVG 11 S 22/20, juris Rn. 25; BayVerfGH, Entscheidung v. 21.10.2020, Vf. 26-VII-20, juris Rn. 24). Sachgründe für eine Differenzierung im vorliegenden Regelungszusammenhang können sich nicht nur aus dem infektionsrechtlichen Gefahrengrad der betroffenen Tätigkeit, sondern auch aus sonstigen relevanten Belangen, wie der Relevanz der jeweiligen Tätigkeit für das öffentliche Leben, ergeben (OVG Münster, Beschl. v. 23.12.2020, 13 B 1707/20.NE, juris Rn. 105; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.5.2020, 13 MN 156/20, juris Rn. 36).

Gemessen an diesem Maßstab verstößt es – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass der Verordnungsgeber entschieden hat, Fitnessstudios gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auch im Freien – wie das Trainingsangebot der Antragstellerin in Zelten im Freien – für den Publikumsverkehr zu schließen, während nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO Sport im Freien insbesondere auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des gemeinsamen Haushalts ausgeübt werden darf. Mit der Annahme, dass es sich um wesensverschiedene Sachverhalte handelt, so dass keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt, überschreitet der Verordnungsgeber nicht die Grenzen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums. Denn der Betrieb eines Fitnessstudios im Freien ist nicht mit der Ausübung von Individualsport auf Sportanlagen im Freien vergleichbar (vgl. VG Saarlouis, Beschl. v. 12.3.2021, 6 L 210/21, juris Rn. 17 ff.; VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Schwerin; Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Insbesondere handelt es sich bei diesem Angebot nicht mehr um Individualsport. Nach dem Hygienekonzept der Antragstellerin können in begrenzten Trainingszeiten in vier Zelten auf dem Vorplatz und in vier Zelten auf der Dachterrasse Trainingseinheiten absolviert werden. Dabei darf jedes der Zelte nur von einem Haushalt und zusätzlich einem Mitarbeiter bei einem betreuten Training oder von maximal zwei Personen aus einem Haushalt bei einem nicht betreuten Training gleichzeitig genutzt werden. Bei dieser Form der Sportausübung handelt es sich um eine kollektive Sportausübung, die sich von der privaten, nichtinstitutionalisierten Zusammenkunft unterscheidet (vgl. VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Hannover, Beschl. v. 1.2.2021, 15 B 343/21, juris Rn. 11). Darüber hinaus findet der nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässige Individualsport, anders als die Nutzung des Trainingsangebots der Antragstellerin nicht in einer gewerblichen Einrichtung statt (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 9.12.2020, 3 B 381/20, juris Rn. 39). Die Nutzung der von der Antragstellerin angebotenen Trainingsmöglichkeit in Zelten im Freien wird schließlich nicht dadurch zum Individualsport, dass die Abstandsregeln eingehalten werden und der Sport an einem Gerät jeweils nur alleine ausgeübt wird. Die Beschränkung auf den Individualsport mit zwei Personen zielt vielmehr darauf ab, eine gleichzeitige Kontakthäufung und den Anreiz, sich überhaupt zusammenzufinden, zu vermeiden (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.3.2021, 13 MN 67/21, juris Rn. 27). Auch wenn die eigentliche Sportausübung in einem Zelt alleine oder zu zweit erfolgt, führt das institutionalisierte Angebot der Antragstellerin, anders als es bei der Form des zugelassenen Individualsports regelmäßig der Fall ist, in erheblich größerem Umfang zu Sozialkontakten zwischen den Kunden und dem betrieblichem

Personal sowie den Kunden untereinander, sei es vor, während oder nach dem Sport (hierzu und zum Folgenden: vgl. VG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 V 400/21, juris Rn. 29; VG Schwerin; Beschl. v. 5.3.2021, 7 B 365/21 SN, beck-online, Rn. 9). Das Angebot der Antragstellerin entfaltet zudem eine erheblich höhere Sogwirkung für sportliche Aktivitäten als die Möglichkeit des Individualsports, bei dem sich größere Menschenansammlungen eher zufällig und selten über den ganzen Tag bilden. Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass sich aus den Buchungszahlen im Januar und Februar 2021 ergebe, dass umgerechnet auf die Öffnungszeiten lediglich ein Nutzer je Stunde die Trainingsmöglichkeit genutzt habe, ist dem entgegenzuhalten, dass eine rein mathematische Berechnung der durchschnittlichen Nutzungszeiten anhand der Öffnungszeiten (7 Uhr bis 21 Uhr) kein reales Abbild der Auslastung der Zelte darstellen kann, da davon auszugehen ist, dass es attraktive und weniger attraktive Zeiten für ein Sporttraining gibt und insoweit das Zusammentreffen mehrerer Nutzer nicht unwahrscheinlich sein dürfte.

Auch soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass durch die app-gestützten Buchungszeiten ein Kontakt der Mitglieder vermieden werde, überzeugt dies nicht. Nach dem Hygienekonzept der Antragstellerin können Terminslots für 50 Minuten zur vollen Stunde gebucht werden. Daher bleiben bei diesen Buchungen 10 Minuten Zeit, in denen die nach dem Hygienekonzept erforderliche Reinigung der Kontaktflächen durch die Mitarbeiter der Antragstellerin getätigt werden kann. In diesem relativ knapp bemessenen Zeitraum ist ein Zusammentreffen mit Mitgliedern, die einen darauffolgenden Termin – gerade in Zelten mit attraktiven Fitnessgeräten – gebucht haben und bereits eingetroffen sind, nicht unwahrscheinlich. Es dürfte gleichermaßen nicht unwahrscheinlich sein, dass sich mehrere Mitglieder zu einem „gemeinsamen“ Training in verschiedenen Zelten verabreden und es insoweit zu vermehrten Zusammentreffen kommt. Überdies hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 24. März 2021 ausgeführt, dass auch Buchungen für eine 25-minütige Nutzungszeit angeboten werden, so dass diese Nutzer möglicherweise ein gerade „belegtes“ Zeit passieren müssen.

Unabhängig davon spricht die – aus Infektionsschutzgesichtspunkten besonders bedeutende – räumliche Betrachtung dagegen, dass der Verordnungsgeber aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet gewesen wäre, den Betrieb von Fitnessstudios im Freien – wie dem Trainingsangebot der Antragstellerin – als Individualsport auf einer Sportanlage im Freien nach § 20 Abs. 2 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO anzusehen. Denn Sportanlagen im Freien weisen regelmäßig eine erhebliche Größe und damit hinreichend Platz für eine parallele Ausübung von Individualsport durch mehrere Einzelpersonen oder zulässige Kleingruppen auf (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5.3.2021, 11 S 24/21, juris

Rn. 11). So hat ein gewöhnliches Fußballfeld, bei dem es sich um eine der häufiger vorkommenden Sportanlagen im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO handeln dürfte, eine Grundfläche von etwa 5.000 Quadratmetern (100 Meter mal 50 Meter). Davon unterscheiden sich die Außenangebote von Fitnessstudios grundlegend, wie das Angebot der Antragstellerin – etwa mit einer Trainingsfläche von lediglich 185 Quadratmetern auf der Dachterrasse - zeigt.

Soweit die Antragstellerin erwähnt, dass die Nutzungsintensität der „Bewegungsinseln“ der Antragsgegnerin (vgl. www.hamburg.de/bewegungsinseln/) ungleich höher sein dürfte, greift dieser Einwand nicht durch. Die Antragstellerin geht davon aus, dass Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus bei der Nutzung ihres Trainingsangebots unter Beachtung ihres Hygienekonzepts nicht stattfinden werden. Diese Annahme trifft nicht zu, denn nach den dem Beschwerdegericht vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen erscheint es gerade nicht ausgeschlossen, dass von der Nutzung des Trainingsangebots der Antragstellerin eine Infektionsgefahr ausgeht [s.o. dd) (3)]. Darüber hinaus fehlt es bezüglich der „Bewegungsinseln“ an einem gewerblich organisierten sportlichen Angebot und damit an einem vergleichbaren Sachverhalt.

Soweit die Antragstellerin die Frage aufwirft, wie es zu beurteilen sei, wenn Hamburger Sportvereine ihren Mitgliedern vereinseigene Trainingsgeräte draußen zur Nutzung bereitstellten, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass § 20 Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO den Grundsatz regelt, dass der Sportbetrieb auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen untersagt ist und dies sowohl für Sportanlagen im Freien als auch in geschlossenen Räumen (§ 20 Abs. 1 Satz 2) gilt. In § 20 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-VO ist insoweit eine in erster Linie personenorientierte Ausnahmeregelung vorgesehen, die sich auf die Ausübung von Sport im Freien allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des gemeinsamen Haushalts sowie für höchstens zehn Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs bezieht. Das Trainingsangebot der Antragstellerin betrifft aber einen anderen Sachverhalt. Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin – was aber eher fernliegend erscheint – in dem Vorplatz vor den Räumen des Fitnessstudios und der Dachterrasse eine eigene „Sportanlage“ sehen wollte, bietet die Antragstellerin keinen Individualsport an [s.o. ee) (3)].

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren folgt aus §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache sieht das Beschwerdegericht – wie das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 12. März 2021 – von einer Reduzierung

des Auffangstreitwerts im Eilverfahren ab. Die zur vorübergehenden Schließung von Fitnessstudios aufgrund der Hamburgischen SARS-CoV-2-EindämmungsVO ergangene Rechtsprechung, wonach grundsätzlich ein Streitwert in Höhe von 10.000,- Euro anzusetzen ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 45; Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 44), ist vorliegend nicht anwendbar, weil die Antragstellerin nur die Öffnung eines begrenzten Bereichs im Freien begehrt und dieser Teilöffnung im Verhältnis zum Regelbetrieb eine deutlich geringere wirtschaftliche Bedeutung zukommen dürfte.