



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

5 Bs 54/21
9 E 920/21

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

g e g e n

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 5. Senat, am 1. April 2021 durch

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 11. März 2021 – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung – geändert und der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

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

Gründe

I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen das Gebot, beim Joggen an Elbe, Alster und im Jenischpark an Wochenenden und Feiertagen eine Mund-Nasenbedeckung zu tragen. Jedenfalls solle dies nicht gelten, wenn er einen weniger als 48 Stunden alten negativen Corona-Test vorzeigen könne.

Der Antragsteller wohnt ... in ... Hamburg und betreibt dort sowie ... Rechtsanwaltskanzleien. Seit vielen Jahren ist er Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr Hamburg. Zur Gesunderhaltung und erforderlichen Fitness für den Feuerwehrdienst ist er Mitglied in zwei in Wohn- bzw. Arbeitsplatznähe gelegenen Fitnessstudios. Da diese pandemiebedingt geschlossen sind, hält sich der Antragsteller nach eigenen Angaben vor allem durch Joggen fit und bevorzugt zur Knieschonung das Laufen auf befestigten Wegen ggü. Asphalt.

Aufgrund von §§ 10b Abs. 1, 8 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) in der Fassung vom 26. Februar 2020 (GVBl. S. 107), derzeit in der Fassung vom 26. März 2021 (HmbGVBl. S. 161) gilt in der Freien und Hansestadt Hamburg auf bestimmten öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen zu bestimmten Zeiten

die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes. Für die Bereiche von Alster, Elbe und Jenischpark ist eine Maskenpflicht sonnabends, sonntags und an Feiertagen in der Zeit zwischen 10 Uhr und 18 Uhr angeordnet (vgl. § 10b Abs. 1 Nr. 30-33, 35-37, 48-51 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

Am 2. März 2021 hat der Antragsteller um einstweiligen Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht nachgesucht und vorgetragen, aufgrund des pandemiebedingt erhöhten Arbeitsaufkommens finde er Zeit zum Joggen nur am Wochenende und an Feiertagen; in dieser Zeit müsse er sich aufgrund des Arbeitsdruckes auch am Arbeitsplatz aufhalten. Das Tragen einer Maske erschwere die Sauerstoffaufnahme erheblich, zugleich werde der Sauerstoffgehalt um mindestens 4 % reduziert und das Blickfeld eingeengt. Wegen der daraus resultierenden Gefährlichkeit seien für Feuerwehrleute Übungen mit Atemschutzmasken im Laufschrift verboten. Durch die Einschränkungen werde er in seinen Rechten aus Art. 1 Abs. 1, 3, 11 und 12 GG verletzt. Es sei kein Grund ersichtlich, warum Jogger ggü. Radfahrern, für die an den genannten Orten keine Maskenpflicht gelte, benachteiligt würden. Die Maßnahme sei ungeeignet, da eine Übertragung des Coronavirus beim Laufen/Joggen in höchstem Maße unwahrscheinlich sei. Der Antragsteller verweist auf Hinweise des Robert Koch-Instituts zu Übertragungswegen und die UV-Beständigkeit des Coronavirus sowie die Wichtigkeit einer ausreichenden Vitamin-D-Versorgung. Andere Bundesländer hätten eine solche Maskenpflicht für Läufer/Jogger nicht eingeführt. Die Maßnahme sei nicht erforderlich, da es mit der Abstandspflicht nach § 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ein milderes Mittel gebe, das zum selben Erfolg führe. Die Maßnahme sei auch unverhältnismäßig. Die Infektionszahlen in Hamburg seien von 174,4 pro 100.000 Einwohnern am 22. Dezember 2020 erheblich auf nur noch ca. 80 gesunken, und es stünden genügend Intensivbettenkapazitäten zur Verfügung, so dass ein Zusammenbruch des Gesundheitssystems nicht zu befürchten sei.

Mit Beschluss vom 11. März 2021 hat das Verwaltungsgericht dem Antrag stattgegeben und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, Verstöße des Antragstellers gegen die Maskenpflicht beim Laufen/Joggen an den genannten Orten sanktionsfrei zu dulden.

Dagegen hat die Antragsgegnerin Beschwerde eingelegt.

II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beschwerdebegründung erschüttert die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts, die Regelung sei nicht erforderlich. Das Verwaltungsgericht hat dazu ausgeführt, weder der Begründung der Verordnung noch dem Vortrag der Antragsgegnerin seien ausreichende Anhaltspunkte zu entnehmen, warum an den genannten Orten zu den festgelegten Zeiten eine generelle (situationsunabhängige) Maskenpflicht aus Gründen des Infektionsschutzes erforderlich sei. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei Alster, Elbe und Jernischpark um Orte handele, die vor allem an sonnigen Tagen aufgesucht würden, und solche Tage im Winter in Hamburg eher selten seien, wären Auskünfte erforderlich gewesen, wo und in welchem Zeitraum sich eine Vielzahl von Personen aufgehalten und das allgemeine Abstandsgebot missachtet hätten. Mit § 10b Abs. 1a und Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO stünden mildere Maßnahmen zur Verfügung.

Die Antragsgegnerin bringt mit ihrer Beschwerdebegründung hiergegen den durchgreifenden Einwand vor, das Gericht überspanne die Anforderungen an die Begründung der Verordnung. Die genannten Bereiche würden im Winter an Wochenenden und Feiertagen nicht nur bei Sonnenschein, sondern auch bei ungünstigeren Wetterlagen stark frequentiert, zudem habe inzwischen der Frühling begonnen. Im Übrigen sei es nicht möglich, die Regelung einer Maskenpflicht in der Verordnung so zu fassen, dass sie nur bei gutem Wetter gelte. Gleich wirksame mildere Mittel gebe es nicht. Die distanzabhängige Maskenpflicht nach § 10b Abs. 1a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sei nicht gleich wirksam wie die hier in Rede stehende distanzunabhängige Maskenpflicht. Auch die in § 10b Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgesehene Möglichkeit der polizeilichen Anordnung einer Maskenpflicht in Einzelfällen sei nicht gleich effektiv.

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 des Antragstellers sowohl mit dem Hauptantrag als auch mit dem Hilfsantrag erfolglos bleibt.

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 tref-

fen, 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 Anordnungsgrundes, 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 angesichts der befristeten Geltung des § 10 b Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum Ablauf des 18. April 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wobei eine Verlängerung der Maßnahme allerdings nicht ausgeschlossen erscheint) 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 Gebot, auf öffentlichen Wegen an Alster, Elbe und im Jenischpark einen Mund-Nasenschutz zu tragen, gegenüber dem Antragsteller für unwirksam erklärt würde, auch andere Personen durch Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowie den sich für die Antragsgegnerin ergebenden Druck auf Gleichbehandlung die Bestimmung des § 10 b Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO faktisch außer Kraft setzen.

1. Gemessen an diesen Maßstäben bleibt der Hauptantrag ohne Erfolg. Dem Antragsteller steht kein Anordnungsanspruch zur Seite. Die Regelung in §§ 10b Abs. 1 Satz 1 Nr. 30-33, 35-37, 48-51, 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dürfte nach der im Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung rechtmäßig sein.

a) Die maßgeblichen Vorschriften in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 IfSG stellen eine hinreichende, dem Parlamentsvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage für das Gebot des § 10b Abs. 1 Nr. 8 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.).

b) Die formellen Voraussetzungen für den Erlass des Gebots 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 18. April 2021 außer Kraft (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

c) 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).

Das Gebot, im öffentlichen Raum einen Mund-Nasenschutz zu tragen, ist eine Maßnahme, die der Bundesgesetzgeber in §§ 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, 28a Abs. 1 Nr. 2 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 Ordnungsgeber 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 30. März

2021) deutlich überschritten, denn die 7-Tage-Inzidenz in der Freien und Hansestadt Hamburg liegt nach dem täglichen Situationsbericht des Robert Koch-Instituts bei 141 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html).

d) Das aus § 10b Abs. 1 Satz 1 Nr. 30-33, 35-37, 48-51 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Gebot dürfte auch verhältnismäßig sein. Das Gebot dient einem legitimen Zweck (hierzu unter aa) und ist angesichts des dem Verordnungsgeber zustehenden Einschätzungsspielraums (hierzu unter bb) zur Erreichung dieses Zwecks geeignet (hierzu unter cc), erforderlich (hierzu unter dd) und angemessen (hierzu unter ee).

aa) Das Gebot 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, im Falle von Kontakten das Ansteckungsrisiko zu verringern und damit das Infektionsgeschehen einzudämmen (vgl. ausführlich: Begründung zur Dreiundzwanzigsten Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 27. November 2020, HmbGVBl. S. 603 ff.; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn.26).

bb) 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 der noch nicht abschätzbaren Folgen der Virusvarianten auf das Infektionsgeschehen und die Krankheitsverläufe zu (vgl. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html; OVG Münster, Beschl. v. 19.3.2021, 13 B 252/21.NE, juris Rn. 32 f.).

cc) Das Gebot zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes 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 Ordnungsgebers nicht zu beanstanden, dass das Gebot, einen Mund-Nasenschutz zu tragen, geeignet ist, um das Infektionsrisiko in Hamburg zu verringern und das Infektionsgeschehen einzudämmen. Dazu hat die Antragsgegnerin in der Beschwerdebegründung ausgeführt, die Maskenpflicht u.a. in den Bereichen Alster, Elbe und Jenischpark solle kritische Begegnungen auf zweierlei Weise vermeiden: Erstens entfielen durch die Maskenpflicht Infektionsgefahren bei Begegnungen und zweitens nehme die Frequentierung der betroffenen öffentlichen Wege ab.

Dass die Maßnahme geeignet ist, die Attraktivität der Bereiche Alster, Elbe und Jenischpark in den genannten Zeiträumen und damit auch das Besucheraufkommen zu mindern, liegt auf der Hand. Insbesondere Jogger, wie der Antragsteller, werden, um das Tragen einer Maske beim Laufen zu vermeiden, die genannten Bereiche zu den fraglichen Zeiten weniger stark aufsuchen als ohne die in Streit stehende Regelung.

Die Antragsgegnerin darf auch davon ausgehen, dass die Maskenpflicht Infektionsgefahren bei Begegnungen in den genannten Bereichen verringert. Nach Einschätzung des Robert Koch-Instituts ist der Hauptübertragungsweg des Coronavirus die respirative Aufnahme virushaltiger Partikel, die beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen entstehen. Je nach Partikelgröße bzw. den physikalischen Eigenschaften unterscheidet man zwischen den größeren Tröpfchen und kleineren Aerosolen. Während insbesondere größere respiratorische Partikel schnell zu Boden sinken, können Aerosole über längere Zeit in der Luft schweben und sich in geschlossenen Räumen verteilen. Ob und wie schnell die Tröpfchen und Aerosole absinken oder in der Luft schweben, ist neben der Größe der Partikel von einer Vielzahl weiterer Faktoren wie z.B. der Temperatur und Luftfeuchtigkeit abhängig. Grundsätzlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Exposition gegenüber infektiösen Partikeln jeglicher Größe im Umkreis von 1-2m um eine infizierte Person herum erhöht. Eine Mund-Nasenbedeckung kann das Risiko einer Übertragung durch Partikel jeglicher Größe im unmittelbaren Umfeld um eine infizierte Person reduzieren (vgl. Robert Koch-Institut, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand 18.3.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html). Zwar kommen Übertragungen im Außenbereich insgesamt seltener vor, da bei Wahrung des

Mindestabstands die Übertragungswahrscheinlichkeit im Außenbereich aufgrund der Luftbewegung sehr gering ist. Wird der Mindestabstand von 1,5m jedoch unterschritten, besteht nach Einschätzung des Robert Koch-Instituts auch im Freien ein Übertragungsrisiko, und stellen Masken in einem solchen Fall einen wichtigen Schutz vor einer Übertragung durch Tröpfchen dar (Risikobewertung zu COVID-19, Stand 31.3.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html).

Allerdings ist wissenschaftlich nicht geklärt, wie hoch das Infektionsrisiko durch Jogger einzuschätzen ist. Für ein sehr geringes Risiko spricht, dass sich Jogger schneller etwa als Spaziergänger fortbewegen, die Luftzirkulation in ihrem Umfeld deshalb erhöht sein dürfte und die möglichen Unterschreitungen des Mindestabstands zu anderen Personen nur von kurzer Dauer sein dürften. Für ein höheres Risiko spricht, dass Jogger aufgrund der körperlichen Anstrengung heftiger ein- und ausatmen und damit eine stärkere Zirkulation von Tröpfchen und Aerosolen verbunden sein dürfte. Jedenfalls erscheint es nicht ausgeschlossen, dass auch von der Unterschreitung des Mindestabstands von Joggern im Freien ein Infektionsrisiko ausgeht. Zur Bekämpfung dieses Risikos dürfte das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen geeignet sein. Diese Reduktion des Infektionsrisikos erscheint gegenwärtig umso wichtiger, als die zunehmende Verbreitung und Dominanz der wesentlich übertragbareren Variante B 1.1.7 (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html) in Deutschland die Wirksamkeit der bislang erprobten Infektionsschutzmaßnahmen erheblich vermindert (S. 2 f. des Situationsberichts des RKI vom 31. März 2021, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-31-de.pdf). Dabei verkennt das Beschwerdegericht nicht, dass die Mund-Nasen-Bedeckungen – nach § 10b Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO besteht keine Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske – vorwiegend vor Tröpfchen, weniger vor Aerosolen schützen und ihre Filter- und Schutzwirkung umso mehr nachlässt, je feuchter die Maske durch Atmen oder Schweiß wird (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 25.3.2021, 5 Bs 57/21, BA S. 13).

dd) Das Gebot zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes erscheint auch erforderlich, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen. Die Erforderlichkeit ist nur ausgeschlossen, wenn mildere aber zur Infektionsbekämpfung gleich effektive Maßnahmen zur Verfügung stehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014, 1 BvR 2998/11, BVerfGE 135, 90, juris Rn. 80, m.w.N.). Vorliegend ist gegenüber der distanzunabhängigen Maskenpflicht kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens ersichtlich.

Die Antragsgegnerin darf annehmen, dass das Abstandsgebot des § 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO allein nicht ausreichend ist, um die Infektionsgefahren zu vermindern. Wie bereits oben ausgeführt, geht das Robert Koch-Institut davon aus, dass eine Ansteckung mit dem Coronavirus auch im Freien möglich ist, wenn der Mindestabstand von 1,5m nicht eingehalten wird. Folglich kommt die Anordnung einer Maskenpflicht im Freien dann in Betracht, wenn der Verordnungsgeber annehmen darf, dass die an sich nach der Verordnung vorgesehenen Abstände aufgrund eines hohen Personenaufkommens nicht eingehalten werden (können). Diese Annahme trifft für die öffentlichen Wege an Alster, Elbe und im Jenischpark zu. An diesen Orten ist insbesondere an Wochenenden und Feiertagen typischerweise mit einem hohen Besucheraufkommen zu rechnen. Die Freizeitaktivitäten sind während der Corona-Pandemie stark eingeschränkt; die meisten Freizeiteinrichtungen sind seit längerem geschlossen und eine baldige Öffnung ist nicht absehbar. Deshalb bleibt vielen Hamburgern als einzige Freizeitbeschäftigung das Spaziergehen oder Laufen im Freien. Die (in einem Stadtstaat naturgemäß überschaubaren) Freizeitflächen sind daher schon seit längerem, insbesondere an Wochenenden und Feiertagen, stark frequentiert. Angesichts der mit der Jahreszeit steigenden Temperaturen wird sich dieser Trend fortsetzen. Die starke Nutzung der öffentlichen Wege an Alster, Elbe und im Jenischpark ist allgemein und auch dem Gericht bekannt. Die Antragsgegnerin ist daher nicht verpflichtet, genaue Zahlen zur Nutzung dieser Bereiche vorzulegen; insbesondere musste und muss sie auch nicht im Einzelnen begründen, weshalb sie welche konkreten Wegeflächen zu welchen konkreten Zeiten in die Regelung über die Maskenpflicht einbezieht. Ist auf den genannten Flächen in den genannten Zeiten ein hohes Besucheraufkommen durch Spaziergänger und Jogger zu erwarten, darf die Antragsgegnerin davon ausgehen, dass es notwendig ist, das Abstandsgebot durch eine Maskenpflicht zu ergänzen. Denn in Bereichen mit einem hohen Besucheraufkommen treten typischerweise Situationen auf, in denen beim Spaziergehen oder Laufen der erforderliche Mindestabstand unterschritten wird, etwa bei Begegnungen oder Überholvorgängen.

Die distanzabhängige Maskenpflicht nach § 10b Abs. 1a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wonach auf öffentlichen Wegen etc. die Maskenpflicht nach § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gilt, soweit die anwesenden Personen einen Mindestabstand von 1,5m nicht einhalten, stellt kein gleich wirksames Mittel dar wie die distanzunabhängige Maskenpflicht nach § 10b Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Die Regelung betrifft offensichtlich Bereiche, in denen das Besucheraufkommen typischerweise nicht so hoch ist, dass die regelhafte Anordnung einer Maskenpflicht zusätzlich zum Abstandgebot erforderlich scheint. Kommt es jedoch - aufgrund besonderer Umstände - zur Unterschreitung des

Mindestabstands, soll die dann geltende Maskenpflicht die Verringerung der Ansteckungsgefahr sicherstellen. Für die Bereiche an Alster, Elbe und im Jenischpark darf der Verordnungsgeber demgegenüber, wie oben ausgeführt, davon ausgehen, dass es an Wochenenden und Feiertagen typischerweise zur Unterschreitung des Mindestabstands kommt. In dieser Situation wäre es nicht möglich zu kontrollieren und durchzusetzen, dass Spaziergänger und Jogger bei jeder dieser Unterschreitungen sofort ihre Masken aufsetzen.

Auch die in § 10b Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgesehene Möglichkeit, wonach die Polizei im Einzelfall auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen eine räumlich begrenzte Maskenpflicht anordnen kann, wenn dies aus Infektionsschutzgründen erforderlich ist, ist nicht gleich effektiv. Ihrem Sinn und Zweck nach dient diese Vorschrift dazu, der Polizei (obwohl typischerweise das Abstandsgebot zur Verringerung der Infektionsgefahr ausreicht) in besonderen Situationen ergänzend eine ausdrückliche Befugnis zur ergänzenden Anordnung einer Maskenpflicht an die Hand zu geben.

Schließlich stellt auch die Anordnung einer distanzunabhängigen Maskenpflicht nur für gute Wetterlagen kein milderes Mittel dar. Abgesehen davon, dass eine solche Maßnahme kaum rechtssicher in einer Verordnung geregelt werden könnte, ist entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts davon auszugehen, dass angesichts der eingeschränkten Freizeitmöglichkeiten die öffentlichen Wege an Alster, Elbe und im Jenischpark an Wochenenden und Feiertagen auch bei schlechterem Wetter stark genutzt werden.

ee) Das aus §§ 8, 10b Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Gebot zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes erscheint 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, Urf. 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

Nach diesen Maßstäben dürfte die Anordnung der distanzunabhängigen Maskenpflicht gegenüber dem Antragsteller zumutbar sein.

Das Ausmaß der Bedeutung der Maßnahme für den Infektionsschutz kann momentan nicht verlässlich eingeschätzt werden; es erscheint möglich, dass sie einen eher geringen Einfluss auf das Infektionsgeschehen in Hamburg hat. Derzeit fehlt es noch an ausreichendem Zahlenmaterial und belastbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen, um beurteilen zu können, wie häufig Infektionen mit dem Coronavirus und seinen Mutationen im Freien tatsächlich auftreten. Die wenigen wissenschaftlichen Publikationen deuten darauf hin, dass Ansteckungen im Freien vor allem dann auftreten können, wenn Personen für längere Zeit zusammenstehen (und sich unterhalten). Bei einer schlichten Fortbewegung von Menschen im öffentlichen Raum wird die Ansteckungsgefahr als gering eingeschätzt (vgl. Dr. Scheuch: Wie ansteckend sind die Mutanten im Freien?, FAZ online-Artikel v. 28.2.2021, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus>). Das Robert Koch-Institut betont dagegen die Bedeutung der Einhaltung des Mindestabstands für die Übertragungswahrscheinlichkeit (a.a.O.), dieser wird aber aufgrund des hohen Besucheraufkommens in den fraglichen Bereichen zu den geregelten Zeiten vielfach unterschritten, und es erscheint ausgeschlossen, dass die Besucher dann jeweils ihrer Verpflichtung aus § 10b Abs. 1a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nachkommen und sofort ihren Mund-Nasenschutz aufsetzen (s.o.). Ob und inwieweit das Infektionsrisiko durch Jogger als geringer einzuschätzen ist als durch Spaziergänger, erscheint ebenfalls ungeklärt (s.o. cc). Die Anordnung einer distanzunabhängigen Maskenpflicht nur für Spaziergänger, nicht aber für Jogger dürfte im Übrigen aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten und mangelnder Akzeptanz der Bevölkerung in der Praxis nicht umsetzbar sein.

Die Auswirkungen der distanzunabhängigen Maskenpflicht für den Antragsteller sind als gering einzustufen. Die Regelung greift zwar in seine allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) ein und hat nicht nur Bagatelldimensionen (vgl. Beschluss des Senats v. 21.7.2020, 5 Bs 86/20, juris). Jedoch handelt es sich insgesamt um einen sehr leichten Eingriff. Da die Regelung nur die Zeiten an Wochenenden und Feiertagen zwischen 10 und 18 Uhr betrifft, kann der Antragsteller die öffentlichen Wege an Alster, Elbe und im Jenischpark außerhalb dieser Zeiten zum Joggen nutzen. Innerhalb der fraglichen Zeiten kann er auf andere Laufstrecken

ausweichen. Auch ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine zeitlich befristete Maßnahme handelt. Die Regelung gilt jetzt seit gut einem Monat und ist bis Mitte April 2021 befristet. Auch wenn es zu einer Verlängerung kommen sollte, ist doch davon auszugehen, dass die Regelung die sportlichen Aktivitäten des Antragstellers insgesamt nur einige Monate lang einschränken wird.

Gemessen an dem mit der Regelung 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 Neuinfektionen für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen hätte und im Lichte des Einschätzungsspielraums des Verordnungsgebers erscheint der geringfügige Eingriff in die Rechte des Antragstellers als gerechtfertigt. Entgegen allen Erwartungen und Hoffnungen hat der relativ strikte Lockdown von November 2020 bis März 2021 nicht dazu geführt, dass die Infektionszahlen in Deutschland sinken. Vielmehr ist gegenwärtig 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 – auch für die Freie und Hansestadt Hamburg – 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 30. März 2021, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-30-de.pdf). Intensivmediziner weisen anhand eines Simulationsmodell darauf hin, dass eine Überlastung 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).

Die Antragsgegnerin hat mit der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung ein Gesamtkonzept zur Bewältigung der Corona-Krise 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 und nicht zuletzt auch die öffentlichen Interessen an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung bestimmter Tätigkeiten.

Das Infektionsgeschehen ist 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 30. März 2021). Insbesondere angesichts der unzureichenden Tatsachenlage zur Verbreitung der Mutanten kommt dem Ordnungsgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zu. Vor diesem Hintergrund erscheint die Einführung der Anordnung einer distanzunabhängigen Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes in bestimmten, stark frequentierten Bereichen des öffentlichen Raums als noch vom Entscheidungsspielraum des Ordnungsgebers gedeckt und angesichts der geringen Eingriffsintensität nicht unangemessen.

e) Das aus § 10b Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende Gebot zum Tragen eines Mund-Nasenschutzes ist aller Voraussicht nach mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Insbesondere folgt ein Verstoß entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht daraus, dass Fahrradfahrer, anders als Jogger, an den genannten Örtlichkeiten zu den fraglichen Zeiten keine Mund-Nasenbedeckung tragen müssen.

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, Ur. 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 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 nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass die distanzunabhängige Maskenpflicht in den betreffenden Bereichen zwar für Spaziergänger und Jogger, nicht aber für Fahrradfahrer gilt (§ 10b Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO). Spaziergänger und Jogger gehören als Fußgänger zu einer anderen Gruppe von Verkehrsteilnehmern als Fahrradfahrer. Auch darf die Antragsgegnerin die von Fahrradfahrern ausgehenden Infektionsgefahren geringer einschätzen. In vielen Bereichen der in Rede stehenden öffentlichen Wege sind sie auf abgetrennten Radwegen unterwegs und teilen sich die Verkehrsfläche nicht mit Spaziergängern und Joggern. Auch bewegen sich Fahrradfahrer typischerweise noch schneller als Jogger, ohne jedoch vergleichbar schwer ein- und auszuatmen.

2. Auch mit seinem Hilfsantrag bleibt der Antragsteller erfolglos. Die Aussagekraft eines negativen Coronatests ist zeitlich begrenzt und bietet schon nach einigen Stunden keine Gewähr mehr dafür, dass kein Infektionsrisiko besteht.

III.

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 von einer Reduzierung des Auffangstreitwerts im Eilverfahren ab.