



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

XXX

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:

XXX

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das Bezirksamt
Hamburg-Mitte,
-Rechtsamt-,
Caffamacherreihe 1-3,
20355 Hamburg,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 15, am 17. Juni 2020 durch

....

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller nach einem Streitwert von 5.000 €.

Rechtsmittelbelehrung:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt im einstweiligen Rechtsschutz die vorläufige Öffnung seines Betriebes (...) in Hamburg-(...) als Shisha-Café-Cocktailbar. Dies ist ihm derzeit aufgrund der Corona-Pandemie durch Rechtsverordnung untersagt.

Neben dem Ausschank alkoholischer Getränke bietet der Antragsteller Shisha-Tabak zum örtlichen Rauchkonsum über die von ihm bereitgestellten Wasserpfeifen an. Laut Gewerbeummeldung vom selben Tage zeigte der Antragsteller der Antragsgegnerin am (...) als Tätigkeitsänderung den Ausschank von alkoholischen Getränken in einer Schankwirtschaft an. Angesichts der landesrechtlichen Maßnahmen gegen die pandemische Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus stellte der Antragsteller seinen Betrieb Anfang März 2020 ein.

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 26. Mai 2020 (im Folgenden: HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) ist der Betrieb von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes (GastG) untersagt, soweit er nicht in § 22 Abs. 2 bis 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gesondert gestattet ist. Nach § 22 Abs. 4 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist der Betrieb von Gaststätten unter den dort in Nr. 1 bis 7 aufgeführten Voraussetzungen, insbesondere Hygiene- und Abstandsregelungen, gestattet. Ausgenommen davon sind gemäß § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO neben Shisha-Gaststätten und Shisha-Bars auch Gaststätten mit den besonderen Betriebsarten Tanzlokal, Bar oder Vergnügungsort, Diskothek, Musik- und Tanzdarbietungen, Vorführungen und ähnliche Betriebsarten mit begleitendem Unterhaltungsprogramm.

Am 2. Mai 2020 beantragte der Antragsteller bei der Antragsgegnerin die Genehmigung zur Öffnung seiner Gaststätte als Shisha-Café und Cocktailbar. Über den Antrag hat die Antragsgegnerin bislang noch nicht entschieden.

Am 2. Juni 2020 hat der Antragsteller das Gericht um Eilrechtsschutz ersucht. Er sei als Ehemann und Vater (...) allein für den Lebensunterhalt der Familie zuständig, welchen er durch den Betrieb seiner Shisha-Bar erwirtschaftete. Durch die Schließung seines Betriebes habe er erhebliche Umsatz- und Gewinneinbußen erlitten, welche ihm und seiner Familie

die Existenzgrundlage entzogen hätten. Seinen Hauptumsatz generiere er unter Verwendung der von ihm bereitgestellten Wasserpfeifen über den Verkauf von Shisha-Tabak. Hinzu komme, dass durch das Anbieten des Shisha-Tabaks auch der Ausschank alkoholischer und nichtalkoholischer Getränke angeregt werde, sodass eine Beschränkung der Betriebsart auf den Ausschank von Getränken dazu führen würde, dass nicht die Umsätze generiert werden würden, die notwendig seien, um den Betrieb der Einrichtung aufrechtzuerhalten. Eine Gewinnerzielung, mithin auch die Deckung der Lebensunterhaltskosten seiner Familie, seien ihm somit unmöglich. Insoweit werde er in seiner Berufsausübungsfreiheit und seinem Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb verletzt.

Angesichts der geplanten Lockerungen der gegen die Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus erlassenen Eindämmungsmaßnahmen habe er sich mit mehreren in Hamburg ansässigen Betreibern von Shisha-Gaststätten zusammengeschlossen. Gemeinsam habe man ein auf Shisha-Gaststätten zugeschnittenes Hygienekonzept entwickelt, welches die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus innerhalb der Gaststätte bei gleichzeitiger Abgabe von Shisha-Tabak und Anbieten von Wasserpfeifen zum Rauchkonsum verhindere. Neben der Einhaltung der generellen Abstands- und Hygieneregeln während des Aufenthalts und des Verlassens der Räumlichkeiten im Innen- und Außenbereich und dem Bereitstellen von Waschgelegenheiten in ausreichender Zahl sehe das Konzept vor, dass pro Person eine Wasserpfeife mit Einwegschauch, Einwegmundstück und Einweghandschuhen bereitgestellt werde. Dies werde das gemeinsame Nutzen der Shisha-Pfeifen durch mehrere Personen verhindern. Die Bewirtung solle ausschließlich aufgrund vorangegangener Reservierung an den Tischen und im Innenbereich durchgeführt werden. Der Antragsteller verweist insoweit auf einen Hygienekonzeptvorschlag für die (...), die er seinem Eilantrag beigefügt hat.

Der Antragsteller trägt vor, er werde dadurch, dass § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO den Betrieb seiner Shisha-Gaststätte auch unter den für andere Gaststätten normierten Abstands- und Hygieneregeln untersage, in seinen Grundrechten verletzt. Insbesondere verstoße die Ungleichbehandlung im Vergleich zu den in Hamburg geöffneten Gaststätten, Mensen und Cafés gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Angesichts des Umstands, dass das Land Schleswig-Holstein die Inbetriebnahme von Shisha-Bars seit dem 16. Mai 2020 gestatte, bestehe die Gefahr, dass sämtliche rauchenden Gäste seinen Betrieb nicht mehr aufsuchten, sondern dauerhaft in die nur (...) km entfernten, mittels öffentlicher Verkehrsmittel gut erreichbaren Shisha-Bars jenseits der Landesgrenze abwanderten.

Die in § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO enthaltene Betriebsuntersagung stelle sich auch unter Berücksichtigung des dem Verordnungsgeber eingeräumten Ermessensspielraums als unverhältnismäßig dar. Es fehle bereits an der Erforderlichkeit, da die Gestattung des Betriebs von Shisha-Gaststätten unter Einhaltung eines maßgeschneiderten Hygienekonzeptes – wie dem von ihm vorgelegten – ein milderes oder gleich geeignetes Mittel zur Zweckerreichung sei. Angesichts der rückläufigen Infektionszahlen in Hamburg und der fehlenden Erkenntnisse, dass durch die Inbetriebnahme einer Shisha-Gaststätte trotz Einhaltung etwaiger Abstands- und Hygienevorschriften die Ausbreitung des Virus gefördert würde oder die Einhaltung von Infektionsketten nicht gewährleistet werden könnte, habe eine Güter- und Interessensabwägung zu seinen Gunsten zu erfolgen. Eine abstrakte Gefahr möge ausreichend sein für den Erlass einer Rechtsverordnung. Eine von seinem Betrieb ausgehende konkrete Gefahr, die für eine Einzelfallentscheidung notwendig sei, wie sie die Ablehnung der Öffnung darstelle, sei aber nicht ersichtlich.

Auch sei nicht belegt, dass von dem Betrieb einer Shisha-Gaststätte unter Einhaltung von Kontaktbeschränkungs- und Hygienemaßnahmen eine höhere Infektionsgefahr ausgehe als von anderen Gaststätten und Schankwirtschaften. Dies ergebe sich auch aus den trotz der Öffnung von Shisha-Gaststätten niedrigen Infektionszahlen in Schleswig-Holstein. Insofern erfolge eine nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung zwischen Betreibern von Shisha-Gaststätten sowie solchen von Schank- und Speisewirtschaften. Entscheidend für den Anstieg der Infektionszahlen sei nicht die Bevölkerungsdichte eines Bundeslandes, sondern die Einhaltung von Kontakt- und Hygienemaßnahmen, die auch in anderen Gaststätten missachtet werden könnten. Auch in Schankwirtschaften bestünde die aus der enthemmenden Wirkung des Alkoholkonsums resultierende Gefahr der Missachtung der Infektionsschutzmaßnahmen.

Mit dem Ausstoß von Shisha-Tabakrauch gehe keine erhöhte Ansteckungsgefahr einher. Die Konsumenten würden bei einem Konsum dieselbe Menge an Aerosolen ausstoßen wie bei dem einer Zigarette oder Zigarre. Dieser sei in den gemäß § 22 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO geöffneten Gaststätten erlaubt. Im Gegensatz zu derartigen anderen Gaststätten verfüge sein Betrieb aber über ein Abluftsystem, das zuletzt 2019 von der Antragsgegnerin überprüft worden sei. Hierdurch würden pro Stunde und brennender Wasserpfeife mindestens 130 Kubikmeter Luft nach außen befördert und durch Frischluft ersetzt. Durch den ständigen Betrieb des Abluftsystems werde nicht nur der Feinstaub ge-

mindert, sondern auch das Umherschweben von Aerosolen unterbunden, sodass die abstrakte Ansteckungsgefahr bei dem Besuch einer Shisha-Bar geringer sei als bei einer Gaststätte ohne Abluftsystem. Zudem sei das Klientel einer Shisha-Bar wesentlich jünger als die an dem Virus Verstorbenen, die durchschnittlich 80 Jahre alt gewesen seien.

Der aktuelle Corona-Ausbruch in Göttingen, bei dem eine Shisha-Bar im Zentrum eines Ausbruchs stehe, spreche nicht allgemein gegen eine Öffnung von Shisha-Gaststätten. Denn dort hätten die Betroffenen mutmaßlich an einer Wasserpfeife geraucht und die Hygiene- und Abstandsregeln nicht eingehalten. Entscheidend sei nicht die Betriebsart der Gaststätte, sondern vielmehr die Einhaltung der Hygiene- und Abstandsregeln. Der seitens der Ordnungsbehörden durchgeführte Kontrollaufwand zur Einhaltung der Abstands- und Hygienevorschriften sei im Verhältnis zu anderen Gaststätten, deren Betrieb erlaubt sei, nicht erhöht.

Der Hamburger Senat sei seiner Verpflichtung zur fortlaufenden Überprüfung der eingreifenden Maßnahmen, die ihn, den Antragsteller, seit Anfang März 2020 betreffen, nicht nachgekommen. Die wirtschaftlichen Folgen für Gewerbetreibende könnten über einen derart langen Zeitraum nicht durch Hilfsprogramme des Staates abgemildert werden, zumal die Corona-Soforthilfe lediglich auf einen Zeitraum von drei Monaten ausgerichtet gewesen sei. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb sei daher nicht gerechtfertigt und verletze ihn empfindlich in seinen Rechten.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Inbetriebnahme seines Betriebes (...) in der (...), (...) Hamburg, als Shisha-Café-Cocktailbar zu gestatten und das Anbieten von Shisha-Pfeifen zum Rauchen von Shisha-Tabak in den Räumen des Antragstellers nach Maßgabe seines Hygienekonzeptes zu dulden, sofern die sonstigen Infektionsschutzmaßnahmen eingehalten werden, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung in der Hauptsache hinaus,

hilfsweise im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig festzustellen, dass § 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dem Betrieb der

Shisha-Café-Cocktailbar des Antragstellers nach Maßgabe seines Hygienekonzeptes nicht entgegensteht, wobei die Antragsgegnerin weitergehende Anordnungen zum Infektionsschutz treffen kann.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie sei als Verordnungsgeberin befugt, Shisha-Bars von dem aktuellen Lockerungsschritt auszunehmen. Die spezifischen Gefahren der Shisha-Bars, denen § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO entgegenwirke, blieben auch bei Einhaltung eines Hygienekonzeptes bestehen. Das Verbot der Öffnung von Shisha-Bars beruhe auf zwei Erwägungen: Zum einen verleite der Konsum alkoholischer Getränke, welcher für viele zentraler Bestandteil des Besuchs sei, wegen der enthemmenden Wirkung zur Missachtung des Mindestabstands von 1,5 Metern. Zum anderen lasse der Betrieb von Shisha-Bars die Virusübertragung im Wege der Aerosolzirkulation befürchten. Der Nutzer einer Wasserpfeife inhaliere den Wasserdampf tief in die Lunge und blase ihn anschließend in die Umgebung aus, wo der Dampf sich verteile. Die Verbreitung infektiöser Aerosole gehe, so sei zu befürchten, über das Nahfeld von 1,5 Metern hinaus. Sie erreiche im Falle einer Zirkulation des Wasserdampfes im gesamten Raum potenziell alle anwesenden Personen. Die aktuelle wissenschaftliche Diskussion nehme die Gefährlichkeit von Aerosolen zunehmend in den Blick. Namentlich der Virologe Prof. Drosten sehe in der Verteilung von Aerosolen einen ähnlich verbreiteten Übertragungsweg wie in der Tröpfcheninfektion.

Die besonderen Gefahren des Betriebes einer Shisha-Bar würden trotz der Einhaltung eines Hygienekonzeptes bestehen bleiben. Die Nutzung von Einwegmundstücken und/oder -schläuchen mit Einweghandschuhen, wie von dem Antragsteller beabsichtigt, richte gegen die Aerosolzirkulation nichts aus. Gäste, die eine Wasserpfeife nutzten, könnten den Einwegslauch obendrein an andere weitergeben. Denn der Beweggrund für das Aufsuchen einer Shisha-Bar sei die gemeinsame Nutzung einer Wasserpfeife mit mehreren Freunden und Bekannten. Die Umstände des Besuchs würden dazu verleiten, einen Wasserpfeifenschlauch mit mehreren Personen zu teilen. Dies bestätige der aktuelle Ausbruchsfall in Göttingen. Eine Intervention des Barpersonals käme vermutlich zu spät, sofern die Mitarbeiter solche Verhaltensweisen überhaupt stets verlässlich wahrnehmen könnten.

Anders als von dem Antragsteller dargestellt, sei zudem nicht anzunehmen, dass Kunden in relevanter Anzahl nach Schleswig-Holstein in die dort geöffneten Shisha-Bars ausweichen würden. Die Kunden dürften die Erwägungen, die die Antragsgegnerin zur Anordnung des Verbots veranlasst hätten, ernst nehmen. Der Antragsteller verkenne außerdem die Entscheidungsautonomie des einzelnen Landesverordnungsgebers, wie sie im Föderalismus angelegt sei. Zudem sei ein Verweis auf das Infektionsgeschehen in Schleswig-Holstein aufgrund der dort deutlich geringeren Bevölkerungsdichte wenig aussagekräftig.

Das Verbot der Öffnung von Shisha-Bars sei auch erforderlich. Die Komplettschließung einer Einrichtung sei per se wirksamer als die Öffnung unter Einhaltung eines Hygienekonzeptes, weil sie die im Interesse des Infektionsschutzes gebotene soziale Distanzierung am verlässlichsten sicherstelle. Die Auswirkung bestimmter Lockerungsmaßnahmen zeige sich wegen der Inkubationszeit des Virus erst mit einiger Verzögerung. Die aktuell positive Entwicklung der Infektionszahlen beruhe auf der Vorsicht der Antragsgegnerin bei der Normierung der schrittweisen Lockerungen, welche es ermöglichten, die Auswirkungen jedes einzelnen Lockerungsschrittes auf das Infektionsgeschehen sorgfältig im Blick zu behalten.

Die Antragsgegnerin habe das Verbot anordnen dürfen, ohne Ausnahmen für Bars mit leistungsstarken Lüftungsanlagen vorsehen zu müssen. Die einzelfallbezogene Prüfung der Leistungsfähigkeit würde nämlich eine kleinteilige Betrachtung der Gegebenheiten der individuellen Lüftungsanlage erfordern. Ein solches Modell widerspräche dem Charakter einer Rechtsverordnung als abstrakt-generelle Regelung und ließe eine merkliche Verringerung des Infektionsschutzes im Stadtgebiet befürchten. Die erforderliche gründliche Prüfung würde außerdem die personellen Kapazitäten der Antragsgegnerin sprengen. Der Antragsteller habe im Übrigen die Leistungsfähigkeit der Lüftungsanlage seines Betriebes nicht glaubhaft gemacht. Er behaupte lediglich eine Leistungsfähigkeit des Systems von mindestens 130 Kubikmeter pro Stunde und brennender Wasserpfeife, ohne belastbare Nachweise dafür zu erbringen. Zudem sei nicht geklärt, ob Rückströmungen entstünden und ob das Lüftungssystem die Luft verdränge oder lediglich verdünne.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung führt in der Sache nicht zum Erfolg. Dabei kann hier offenbleiben, ob dabei dem auf vorläufige Gestattung des Betriebs der Shisha-Bar gerichteten Hauptantrag (so *tendenziell OVG Hamburg, Beschluss vom 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.*) oder dem auf vorläufige negative Feststellung gerichteten Hilfsantrag (so *die bisherige Rechtsprechung des VG Hamburg, z.B. Beschluss vom 13.5.2020, 15 E 1967/20, juris Rn. 19 unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 31.3.2020, 1 BvR 712/20, juris Rn. 15, oder VG Hamburg, Beschluss vom 11.5.2020, 9 E 1919/20, juris Rn. 13*) der Vorzug zu geben wäre. Denn es fehlt hier jedenfalls an einem Anordnungsanspruch, der im Wege der einstweiligen Anordnung zu sichern wäre.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis möglich, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO, dass der Antragsteller Umstände glaubhaft macht, aufgrund derer er dringend auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung angewiesen ist (Anordnungsgrund) und aus denen er in der Hauptsache einen Anspruch herleitet (Anordnungsanspruch).

Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Das Begehren des Antragstellers stellt sich insbesondere angesichts der befristeten Geltung des § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 30. Juni 2020 (§ 63 Abs. 2 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird die Hauptsache vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten sowie schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache voraus (*vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.*). Diese strengen Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

Gemessen hieran hat der Antragsteller zwar das Vorliegen eines Anordnungsgrundes glaubhaft gemacht. Seit März 2020 konnte er seinen Betrieb zunächst gar nicht öffnen und nach der eingeschränkten Öffnung von Gaststätten durfte er keine Wasserpfeifen und den dazugehörigen Tabak zum Konsum anbieten. Auch für die Zeit nach Antragstellung bei Gericht drohen ihm erhebliche finanzielle Nachteile. Dies begründet ein Eilbedürfnis, da ein Abwarten bis zu einer Entscheidung in einem noch einzuleitenden Hauptsacheverfahren zu weiteren erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für den Antragsteller führen würde.

Dem Antragsteller steht aber mit dem hier für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit kein Anordnungsanspruch zu. Nach der im Eilverfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung ist davon auszugehen, dass § 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dem Betrieb der Shisha-Café-Cocktailbar des Antragstellers auch nach Maßgabe seines Hygienekonzeptes entgegensteht. Denn die Vorschrift des § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, die den Betrieb einer Gaststätte als Shisha-Bar untersagt, ist voraussichtlich rechtmäßig.

1. Zunächst geht die Kammer – wie wohl auch der Antragsteller selbst – davon aus, dass § 22 Abs. 1 und 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in § 32 Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage findet. Insbesondere begegnet die Ermächtigungsnorm des § 32 Satz 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG im Eilverfahren keinen durchgreifenden verfassungsmäßigen Bedenken, etwa aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Parlamentsvorbehalts (*vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 26.5.2020, 13 E 2094/20, S. 6 ff.; VG Hamburg, Beschluss vom 11.6.2020, 14 E 2317/20, S. 6; jeweils abrufbar unter: <http://justiz.hamburg.de/vg/aktuelles/>*).

Ferner ist § 22 Abs. 1 und 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO von der Verordnungsermächtigung des § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG – auch unter Beachtung des in Hamburg derzeit niedrigen Infektionsgeschehens – gedeckt, da weiterhin Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider des Krankheitserregers SARS-CoV-2 vorhanden sind (*vgl. Informationen zur aktuellen Lage in Hamburg: <https://www.hamburg.de/coronavirus>*).

2. Hinsichtlich Art und Umfang der Bekämpfungsmaßnahmen räumt § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG der zuständigen Stelle (Verordnungs-)Ermessen ein. Die Ermessensausübung der Antragsgegnerin begegnet indes keinen durchgreifenden Bedenken (*vgl. im Einzelnen zu den möglichen Schutzmaßnahmen und Adressaten solcher Regelungen VG Hamburg, Beschluss vom 26.5.2020, 13 E 2094/20, S. 10 ff.*). Denn das aus § 22 Abs. 1 und 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO folgende noch fortdauernde Öffnungsverbot für Shisha-Gaststätten und -Bars verstößt voraussichtlich nicht gegen höherrangiges Recht.

a. Entgegen der Auffassung des Antragstellers erscheint das fortbestehende Verbot der Öffnung von Shisha-Gaststätten und -Bars aufgrund von § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auch vor dem Hintergrund der aktuell stark rückläufigen Infektionszahlen im Rahmen des Art. 12 GG noch verhältnismäßig und auch nicht gleichheitswidrig.

aa. Die Kammer geht davon aus, dass die mit dem Verbot verfolgten Ziele des Verordnungsgebers legitime Zwecke sind, da die Antragsgegnerin weiterhin den Schutz der Bevölkerung vor einer Ansteckung mit dem Virus SARS-CoV 2 anstrebt und die Funktionsfähigkeit der medizinischen Versorgungseinrichtungen sicherstellen will (*vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 11.6.2020, 14 E 2317/20, S. 9*).

bb. Das Öffnungsverbot ist geeignet, diese legitimen Zwecke zu fördern. In der Begründung zur erstmaligen Schließung von Gaststätten durch Ziffer 9 der Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Coronavirus in Hamburg in der ab dem 20. März 2020 gültigen Fassung, die in die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufgegangen ist, hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass es durch den vorherrschenden Übertragungsweg von SARS-CoV-2 durch Tröpfcheninfektionen – z.B. durch Husten oder Niesen von teils mild erkrankten oder auch asymptomatisch infizierten Personen – bei Ansammlungen von Gästen in Gaststätten zu einer Vielzahl von Übertragungen kommen könne (*Amtlicher Anzeiger Nr. 31 v. 27.3.2020, S. 421*). Wie die Antragsgegnerin ergänzend in ihrer Antragsrüge ausgeführt hat, lässt die Nutzung von Shisha-Pfeifen zudem die Virusübertragung im Wege der Aerosolzirkulation befürchten. Auch lässt der Konsum alkoholischer Getränke wegen der enthemmenden Wirkung des Alkohols die Missachtung des Abstandsgebots sowie die Nutzung einer Shisha-Pfeife durch mehr als eine Person befürchten.

Diese Einschätzung der Antragsgegnerin begegnet unter Berücksichtigung des ihr bei der Beurteilung komplexer Gefahrenlagen zukommenden weiten Einschätzungsspielraums

(vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 30.4.2020, 5 Bs 64/20, juris Rn. 21) keinen durchgreifenden Bedenken. Der Entscheidungsspielraum des Ordnungsgebers umfasst dabei auch die Strategie, durch schrittweise Lockerungen der Beschränkungen bei ständiger Überprüfung ihrer möglichen Auswirkungen auf die Infektionszahlen einerseits und der Berücksichtigung des Gewichts der verbleibenden Grundrechtseingriffe andererseits in möglichst vielen Bereichen eine zunehmende Annäherung an die Situation vor Beginn der Corona-Pandemie zu erreichen (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 28; siehe auch Nieds. OVG, Beschluss vom 14.5.2020, 13 MN 156/20, juris Rn. 37). Ein solches stufenweises Vorgehen ist bei der Antragsgegnerin aufgrund der von ihr bereits vorgenommenen Lockerungsmaßnahmen zu erkennen.

cc. Das Öffnungsverbot ist auch erforderlich. Ein milderer, gleich geeignetes Mittel ist nach der im Eilverfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung und unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungsspielraums der Antragsgegnerin nicht ersichtlich.

So wäre der Betrieb der Gaststätte des Antragstellers als Shisha-Bar auch unter Einhaltung der Abstands- und Hygienevorschriften des § 22 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, der Beachtung des von ihm vorgelegten Hygienekonzeptvorschlags sowie unter Berücksichtigung des installierten Abluftsystems nicht gleichermaßen geeignet wie das durch § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO angeordnete Öffnungsverbot als Shisha-Gaststätte bzw. -Bar.

In der Wissenschaft wird als Hauptübertragungsweg des SARS-CoV-2-Virus die Aufnahme virushaltiger Flüssigkeitspartikel, die beim Atmen, Husten, Sprechen und Niesen entstehen, über die Atmungsorgane angenommen (*SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 1. Übertragungswege, Robert Koch-Institut, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html, Stand: 12.6.2020*): „Je nach Partikelgröße unterscheidet man Tröpfchen (größer als 5 µm) von kleineren Partikeln (Tröpfchenkerne oder infektiöse Aerosole, kleiner als 5 µm). Der Übergang ist fließend, durch Austrocknung in der Luft können aus Partikeln, die in Tröpfchengröße ausgeschieden werden, Tröpfchenkerne entstehen. [...] Grundsätzlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Exposition gegenüber Tröpfchen und Aerosolen im Umkreis von 1-2 m um eine infizierte Person erhöht. Während insbesondere größere respiratorische Tröpfchen schnell zu Boden sinken, können Aerosole – auch über längere Zeit – in der Luft schweben und sich in geschlossenen Räumen verteilen.“

Bei der Nutzung von Wasserpfeifen wird besonders viel Aerosol aufgenommen. So werden beim Rauchen einer Zigarette 30-40 ml Aerosol inhaliert, bei der Anwendung einer Wasserpfeife aber bis zu 500 ml pro Inhalation (*Schuurmans/Barben, Informationsblatt für Ärztinnen und Ärzte, Factsheet 3: Wasserpfeife/Shisha, <https://primary-hospital-care.ch/article/doi/phc-d.2018.01646>, abgerufen am 12.6.2020*). Es ist daher davon auszugehen, dass bei der Nutzung der Shisha-Pfeife nicht nur mehr Aerosol eingeatmet, sondern auch ausgestoßen wird als beim Rauchen einer Zigarette oder dem normalen Atemvorgang. Das folgt auch aus dem Umstand, dass eine Wasserpfeifensitzung etwa 30 bis 60 Minuten dauert und der Konsument bis zu 290 Mal an der Pfeife zieht, während eine Zigarette hingegen in 11 bis 15 Zügen innerhalb von 5 bis 10 Minuten geraucht wird (*Deutsches Krebsforschungszentrum, Fakten zum Rauchen, Wasserpfeifen, https://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Publikationen/FzR/FzR_2018_Wasserpfeifen.pdf, abgerufen am 12.6.2020*). In der Wissenschaft wurde bereits vor dem Ausbruch der Pandemie davon ausgegangen, dass ein Gesundheitsrisiko durch das Rauchen der Wasserpfeife vor allem für abwehrgeschwächte oder Menschen mit die Lunge betreffenden Vorerkrankungen nicht ausgeschlossen werden könne, da dabei der aerosolhaltige Rauch inhaliert wird (*Flohrs, Orientierende Untersuchung zur mikrobiellen Belastung von Wasserpfeifen, https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/s-0030-1251666#ID_10_1, abgerufen am 12.6.2020*).

Der Antragsteller hat auch nicht glaubhaft gemacht, dass die von ihm installierte Abluftanlage geeignet ist, die Gefahren, die durch den erhöhten Ausstoß von Aerosolen beim Shisha-Rauchen entstehen, wirksam und vollständig zu beseitigen. Shisha-Einrichtungen müssen zwar gemäß § 5 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz vor gesundheitlichen Gefahren durch Kohlenstoffmonoxid in Shisha-Einrichtungen vom 28. Mai 2019 grundsätzlich über eine fest eingebaute raumluftechnische Anlage verfügen. Jedoch ist diese zu installieren um sicherzustellen, dass der Kohlenstoffmonoxid-Gehalt in der Luft den Grenzwert von 35 Milligramm pro Kubikmeter (§ 4 des Gesetzes) zu keinem Zeitpunkt überschreitet, und nicht um der Gefahr durch die Bildung von Aerosolen zu begegnen. Wie die Antragsgegnerin zutreffend vorgetragen hat, ist die Wirkungsweise der Abluftanlage nicht geklärt, insbesondere, ob Rückströmungen entstehen, die Luft verdrängt oder lediglich verdünnt wird. Nicht substantiiert dargelegt ist deshalb, dass der Betrieb der Anlage als gleich wirksam wie der vollständige Verzicht auf die Nutzung der Shisha-Pfeifen gelten kann.

Auch die weiteren infektionsfachlichen Schutzkonzepte, die der Antragsteller konkret vorschlägt, begegnen zwar einer Reihe möglicher Ansteckungsgefahren, bieten aber keine zuverlässige Gewähr dafür, dass es nicht zu Aerosolbelastungen in den geschlossenen Räumlichkeiten kommt, die im Falle der Teilnahme (unerkannt) infizierter Kunden zu einer deutlich erhöhten Infektionsgefahr und der Gefahr schwerer Erkrankungsverläufe führen (*vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 33*).

dd. Das Verbot ist auch derzeit noch angemessen. Gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers überwiegt der gebotene Schutz des Lebens und der Gesundheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Kammer geht nicht davon aus, dass § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG oder die Berufsausübungsfreiheit des Antragstellers gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

Das vorübergehende Öffnungsverbot für Shisha-Gaststätten und -Bars ist zwar ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Antragstellers. Dieser ist jedoch aller Voraussicht nach gerechtfertigt. Ungeachtet der Anforderungen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, können Eingriffe in die Berufsfreiheit nur dann Bestand haben, wenn sie auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (*vgl. BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, juris Rn. 149*).

(1) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (*vgl. BVerfG, Urteil vom 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, juris Rn. 150, m.w.N.*). Damit ist dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung verwehrt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich vielmehr je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (*vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, juris Rn. 93 m.w.N.*). Das Gleichheitsgrundrecht ist aber dann verletzt, wenn der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (*vgl. BVerfG, Urteil vom 28.1.2003, 1 BvR 487/01, juris Rn. 25, m.w.N.*). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf

die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung, nachteilig auswirken kann (vgl. *BVerfG, Urteil vom 28.1.2003, 1 BvR 487/01, juris Rn. 25, m.w.N.*).

Dabei gilt der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. *BVerfG, Beschluss vom 21.6.2006, 2 BvL 2/99, juris Rn. 69, m.w.N.*).

An diesem Maßstab gemessen ist das vorübergehende Öffnungsverbot für Shisha-Gaststätten und Shisha-Bars gemäß § 22 Abs. 4 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aller Voraussicht nach gerechtfertigt. Die Differenzierung zwischen unterschiedlichen Arten von Gewerbebetrieben bewirkt zwar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen. Die Regelung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO führt dazu, dass Betreiber von Shisha-Gaststätten und -Bars ihren Kunden keine Shisha-Pfeifen und keinen Shisha-Tabak zum Konsum anbieten dürfen, während andere Gaststätten unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 4 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO öffnen dürfen, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 3, 4 Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz (HmbPSchG) auch als Rauchergaststätte. Für diese Ungleichbehandlung sind jedoch hinreichende sachliche Gründe ersichtlich.

So ergibt sich aus dem Betrieb einer Shisha-Gaststätte oder Shisha-Bar eine gegenüber anderen Gaststätten, auch Rauchergaststätten, erhöhte Infektionsgefahr aufgrund der Entstehung von Aerosolen. Gerade im Vergleich mit dem nach der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht untersagten Rauchen in Rauchergaststätten ist nach dem Kenntnisstand des Eilverfahrens davon auszugehen, dass die Gefahr durch die Nutzung von Shisha-Pfeifen aufgrund der vermehrten Aerosolbildung erhöht ist, weswegen die Antragsgegnerin innerhalb ihrer Einschätzungsprärogative von einem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung ausgehen durfte.

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung lässt sich auch nicht feststellen, weil andere Länder – wie Schleswig-Holstein – von der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO abweichende Schutzmaßnahmen getroffen haben. Voraussetzung für eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG ist, dass die Vergleichsfälle der gleichen Stelle zuzurechnen sind. Daran fehlt

es, wenn die beiden Sachverhalte von zwei verschiedenen Trägern öffentlicher Gewalt gestaltet werden; der Gleichheitssatz bindet jeden Träger öffentlicher Gewalt allein in dessen Zuständigkeitsbereich (vgl. *BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, 2 BvR 1226/83, juris Rn. 151 m.w.N.*). Ein Land verletzt daher den Gleichheitssatz nicht deshalb, weil ein anderes Land den gleichen Sachverhalt anders behandelt (vgl. *BVerfG, Beschluss vom 8.5.2008, 1 BvR 645/08, juris Rn. 22 m.w.N.*). Insbesondere ist es zulässig, dass verschiedene Bundesländer unterschiedliche Öffnungskonzepte verfolgen, solange die Setzung ihrer Prioritäten nicht willkürlich erscheint (*Nieds. OVG, Beschluss vom 14.5.2020, 13 MN 156/20, juris Rn. 39*). Dies ist nicht der Fall. Der Vortrag der Antragsgegnerin, wonach die von dem Antragsteller angeführte Situation in Schleswig-Holstein wegen der dort deutlich geringeren Bevölkerungsdichte nicht vergleichbar ist, ist nachvollziehbar und nicht willkürlich.

(2) Die Berufsausübungsfreiheit nach Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes geregelt werden. Berufsausübungsbeschränkungen werden dabei durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert, jedoch muss die Regelung unter anderem verhältnismäßig im engeren Sinne, d.h. angemessen sein (*BVerfG, Beschluss vom 27.1.2011, 1 BvR 3222/09, juris Rn. 36, m.w.N.*). Dies ist hier nach Auffassung der Kammer noch der Fall. Zwar wird es dem Antragsteller nicht ermöglicht, in seinem Betrieb Shisha-Pfeifen und -Tabak zum Konsum anzubieten. Jedoch ist das Verbot zunächst bis zum 30. Juni 2020 begrenzt. Zudem steht und stand es dem Antragsteller frei, seinen Betrieb – wie gegenüber der Antragsgegnerin am 26. Januar 2012 angezeigt – als Schankwirtschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG zu öffnen, ohne Shisha-Pfeifen anzubieten. Zwar hat der Antragsteller glaubhaft vorgetragen, dass ihm eine Gewinnerzielung nicht möglich sei, wenn er keinen Shisha-Tabak anbieten darf. Dennoch mildert die Möglichkeit der Öffnung als Schankwirtschaft den Eingriff erheblich ab. Insoweit ist der Verordnungsgeber seiner sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Pflicht zur Evaluierung und Fortschreibung der verhängten Infektionsschutzmaßnahmen nachgekommen und wird dies aller Voraussicht nach auch in Zukunft tun, d.h. die weitere Aufrechterhaltung einschränkender Maßnahmen den jeweiligen aktuellen Gegebenheiten des Pandemieverlaufs anpassen.

Demgegenüber dient das angegriffene Verbot dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des/der Einzelnen und dem Erhalt der Bevölkerungsgesundheit insgesamt und damit der Bewahrung höchster, durch Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteter Verfassungsgüter, für die den Staat eine besondere Schutzpflicht trifft (vgl. *u.a. BVerfG, Beschluss vom*

7.4.2020, 1 BvR 755/20, *juris Rn. 11*). Insoweit ist nicht entscheidend, dass Shisha-Gaststätten vornehmlich jüngere Gäste anziehen, da diese im Fall einer Infektion vulnerable Verwandte und Freunde anstecken können. Die durch Artikel 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen des Antragstellers müssen angesichts der hohen Wertigkeit von Leben und Gesundheit und des nach den obenstehenden Darlegungen auch gegenwärtig noch anzunehmenden hohen Gefährdungsgrads für diese Schutzgüter daher vorläufig zurücktreten, zumal der Eingriff durch die von der öffentlichen Hand in vielfältiger Weise bereitgestellten Soforthilfen zumindest teilweise abgedeckt werden kann.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache sieht die Kammer von einer Reduzierung des Betrags im Eilverfahren ab. Haupt- und Hilfsantrag betreffen denselben Gegenstand, weswegen sich der Streitwert nicht erhöht (vgl. Nr. 1.1.4 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit i.V.m. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG).