



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte(r);

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das
Bezirksamt Harburg,
-Rechtsamt-,
Harburger Rathauspassage 2,
21073 Hamburg,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 20, am 13. Mai 2020 durch

beschlossen:

Im Wege der einstweiligen Anordnung wird festgestellt, dass § 5 Abs. 3 Nr. 26 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. April 2020 (HmbGVBl., S. 181), in der Fassung vom 12. Mai 2020 (HmbGVBl., S. 256) die Antragstellerin in ihren Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils zur Hälfte.

Der Streitwert wird auf 10.000,-- Euro festgesetzt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht 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 beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfungsverfahren, 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 Antrag zu 1), im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass die Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. April 2020 (HmbGVBl., S. 181), in der Fassung vom 12. Mai 2020 (HmbGVBl., S. 256 – im Folgenden: HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) die Antragstellerin rechtswidrig in ihren Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 3 GG) verletzt, hat Erfolg (hierzu unter 1.). Der Antrag zu 2), der Antragsgegnerin aufzugeben, die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO unverzüglich abzuändern, so dass der Betrieb von Fitnessstudios erlaubt sein kann, hat keinen Erfolg (hierzu unter 2.).

1. Der Antrag zu 1) ist zulässig (hierzu unter a) und begründet (hierzu unter b).

a) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist zulässig, insbesondere statthaft (vgl. hierzu und zum Folgenden: VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 3 BA, veröffentlicht auf der Homepage des VG Hamburg). Das Begehren der Antragstellerin ist auf die Feststellung gerichtet, dass die Aufrechterhaltung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO mit den sie betreffenden Einschränkungen nach § 5 Abs. 3 Nr. 26 durch die Antragsgegnerin sie in ihren Rechten verletzt. Insoweit hat die Antragstellerin eine gleichlautende Feststellungsklage erhoben (20 K 2022/20), der nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussichtlich nicht die Subsidiarität gemäß § 43 Abs. 2 VwGO entgegensteht. Der vorliegende Antrag auf vorläufige Feststellung, dass die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sie in ihren Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 3 GG) verletzt, ist auf die Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet und damit statthaft (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.1.2010, 8 C 38.09, juris Rn. 32). Denn zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als Normgeberin der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO besteht ein Rechtsverhältnis. Es findet seine Grundlage in § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Nach dieser Vorschrift dürfen für den unmittelbaren Publikumsverkehr unter anderem Fitness- und Sportstudios nicht geöffnet werden. Durch diese Norm werden unmittelbar Rechte und Pflichten der Antragstellerin begründet oder gestaltet, ohne dass es hierfür eines weiteren Umsetzungsaktes durch einen staatlichen Normanwender bedürfte (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.1.2010, a.a.O., Rn. 34). Die Rechtsfolgen treten unmittelbar kraft der Rechtsverordnung ein.

Da ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 24 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen in der Fassung vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 587 – im Folgenden: IfSG) i.V.m. § 33 Abs. 1 Nr. 17 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO als Ordnungswidrigkeit sanktioniert wird, ist der Antragstellerin ein Abwarten des Vollzugs nicht zumutbar (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 9.4.2020, 9 E 1605/20 und vom 4.4.2020, 10 E 1615/20, jeweils veröffentlicht auf der Homepage des VG Hamburg).

b) Der Antrag ist auch begründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung notwendig erscheint, insbesondere auch, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Erforderlich sind danach ein Anordnungsgrund, also die Eilbedürftigkeit der Sache, sowie ein Anordnungsanspruch, also ein Anspruch auf die begehrte Maßnahme. Die einen Anordnungsanspruch sowie Anordnungsgrund begründenden Tatsachen sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

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. Die von der Antragstellerin begehrte Feststellung stellt sich insbesondere angesichts der befristeten Geltung des § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 31. Mai 2020 (§ 34 Satz 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) als eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache dar. Wird – wie hier – 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 (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.). Da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsnorm vorübergehend suspendiert werden soll, können für eine derartige Entscheidung nach § 123 VwGO angesichts dieser Anforderungen keine anderen Maßstäbe gelten als für eine normspezifische einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO. Für diese ist allgemein anerkannt, dass eine Interessenabwägung unter Anlegung eines besonders strengen Maßstabs vorzunehmen ist. Die für die einstweilige Anordnung sprechenden Gründe müssen danach grundsätzlich so schwer wiegen, dass deren Erlass unabweisbar erscheint

(OVG Weimar, Beschl. v. 7.3.2016, 3 EN 123/16, juris, Rn. 16 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 26.3.2012, 5 B 892/11, juris, Rn. 9 f.; VGH Mannheim, Beschl. v. 24.10.2002, 8 S 2210/02, juris, Rn. 33, jeweils m.w.N.).

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist der Antragstellerin die Glaubhaftmachung von Tatsachen, die einen Anordnungsanspruch (hierzu unter aa) sowie einen Anordnungsgrund (hierzu unter bb) begründen, gelungen.

aa) Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch mit dem für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht. § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes allein gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage mit dem erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit rechtswidrig. Zwar beruht die Verordnung auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage (hierzu unter (1)). Auch genügt § 5 Abs. 3 Ziffer 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO materiell-rechtlich den aus § 28 Abs. 1 IfSG folgenden Voraussetzungen (hierzu unter (2)) und ist hinreichend bestimmt (hierzu unter (3)). Jedoch verstößt sie aller Voraussicht nach gegen die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG) i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG – hierzu unter (4)).

(1) Die HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung findet in §§ 32 Satz 1 und 2, 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Die Verordnungsermächtigung ist mit höherrangigem Recht vereinbar, sie beachtet insbesondere die Vorgaben von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und des Parlamentsvorbehalts (OVG Hamburg, Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, n.v., S. 8 BA m.w.N.). Auch ist das verfassungsrechtliche Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht verletzt (VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 6 BA m.w.N.).

(2) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sind aufgrund der gegenwärtig bestehenden Corona Pandemie erfüllt (hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, n.v., S. 8 f. BA). Unter die zu treffenden notwendigen Schutzmaßnahmen fallen nicht nur die in §§ 28 ff. IfSG ausdrücklich benannten Maßnahmen; vielmehr ist den Infektionsschutzbehörden ein breites Spektrum an geeigneten Schutzmaßnahmen eröffnet, welches durch die Notwendigkeit der Maßnahme im Einzelfall begrenzt wird.

(3) Die Regelung des § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO betreffend die vorübergehende Schließung von Fitness- und Sportstudios für den unmittelbaren Publikumsverkehr ist voraussichtlich hinreichend bestimmt (VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 7 f. BA m.w.N.).

(4) Jedoch verstößt § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aller Voraussicht nach gegen die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG) i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

Die vorübergehende Schließung von Fitness- und Sportstudios gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Antragstellerin (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.4.2020, 1 BvR 899/20, juris Rn. 11).

Dieser Eingriff ist vorliegend aller Voraussicht nach nicht gerechtfertigt. Denn die Auswahl der von der vorübergehenden Schließung betroffenen Gewerbebetriebe für den Publikumsverkehr gemäß der Teile 2 und 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (§§ 5 ff.) verstößt nach Auffassung der Kammer gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

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, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 369).

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber gemäß der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 369, 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, Beschl. v. 7.11.2006, BVerfGE 117, 1, 30, 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 rechtferti-

gen könnten (vgl. BVerfG, Urte. v. 28.1.2003, BVerfGE 107, 133, 141, 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, Urte. 28.1.2003, BVerfGE 107, 133, 141, 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, Beschl. v. 21.6.2006, BVerfGE 116, 164, 180, m.w.N.).

An diesem Maßstab gemessen ist die ausnahmslose vorübergehende Schließung von Fitness- und Sportstudios gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bei gleichzeitiger Öffnungsmöglichkeit von Übernachtungsangeboten (§ 9 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), Betrieben des Friseurhandwerks und Dienstleistungsbetrieben der Körperpflege, insbesondere Kosmetikstudios, Nagelstudios, Massagesalons, Tattoo-Studios und ähnlichen Betrieben (§ 12 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) sowie Gaststätten (§ 13 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) aller Voraussicht nach nicht gerechtfertigt.

Die Differenzierung zwischen unterschiedlichen Arten von Gewerbebetrieben bewirkt eine Ungleichbehandlung von Personengruppen. Die Regelung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO führen dazu, dass die Betreiber von Fitness- und Sportstudios – anders als die Betreiber der anderen genannten Gewerbebetriebe – ihre Betriebe vorläufig schließen müssen. Damit wirkt sich die Ungleichbehandlung nachteilig auf die Ausübung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit der Betreiber von Fitness- und Sportstudios aus.

Für diese Ungleichbehandlung fehlt es – auch unter Berücksichtigung der Notwendigkeit von Typisierungen bei abstrakt-generellen Regelungen und angesichts des aktuellen Zeitdrucks (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2020, 2 E 1671/20, veröffentlicht auf der Homepage des VG Hamburg) – an hinreichenden sachlichen Gründen. Dabei bestehen angesichts der starken Betroffenheit der Gewerbetreibenden in ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) durch die vorübergehende ausnahmslose Schließung ihrer Betriebe

enge Grenzen für den Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers bei der Ausgestaltung der Lockerungen der Verbote der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO.

Begründungsmaterialien zu der Regelung des § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO liegen der Kammer nicht vor. Ausführungen zur besonderen Notwendigkeit der vorübergehenden Schließung der Fitness- und Sportstudios sind in den im Internet veröffentlichten Auslegungshilfen nicht enthalten.

Die Antragsgegnerin hat zur sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung vorgetragen, dass beim Betrieb von Fitness- und Sportstudios eine besondere Ansteckungsgefahr durch die Ansammlung körperlich trainierender Personen in geschlossenen Räumen wegen des gesteigerten Atemverhaltens unter körperlicher Belastung und des damit verbundenen verstärkten und weiterreichenden Ausstoßes von – möglicherweise infektiösen – Aerosolen bestehe. In Abgrenzung zu Nagelstudios und anderen Betrieben der individuellen körperbezogenen Dienstleistungen bestehe in Fitness- und Sportstudios auch eine größere Gefahr, dass infektiöse Personen das Virus großflächiger verteilen und auch mehr Personen das Virus aufnehmen könnten. Zudem sei die Gefahr größer, dass durch Personen, die sich durch den Raum bewegen (von Gerät zu Gerät), die Abstandsregelungen nicht eingehalten werden könnten. Die größeren Personenzahlen würden auch zu einer schwierigeren Nachverfolgung der Infektionskette führen.

Diese Erwägungen sind nach Ansicht der Kammer nicht geeignet, eine ausnahmslose vorübergehende Schließung von Fitness- und Sportstudios bei gleichzeitiger Öffnungsmöglichkeit von Übernachtungsangeboten (§ 9 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), Betrieben des Friseurhandwerks und Dienstleistungsbetrieben der Körperpflege, insbesondere Kosmetikstudios, Nagelstudios, Massagesalons, Tattoo-Studios und ähnlichen Betrieben (§ 12 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) sowie Gaststätten (§ 13 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) sachlich zu rechtfertigen.

Zwar ist der Aspekt der besonderen Ansteckungsgefahr durch die Ansammlung körperlich trainierender Personen in geschlossenen Räumen wegen des gesteigerten Atemverhaltens unter körperlicher Belastung und des damit verbundenen verstärkten und weiterreichenden Ausstoßes von – möglicherweise infektiösen – Aerosolen ernst zu nehmen und grundsätzlich geeignet, eine vorübergehende Betriebsschließung zu rechtfertigen (vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 28.4.2020, 2 B 151/20, juris Rn. 18, 21; OVG Weimar, Beschl. v. 8.4.2020, 3 EN 245/20, juris Rn. 48; OVG Münster, Beschl. v. 24.4.2020, 13 B 520/20.NE, juris

Rn. 48; Beschl. v. 15.4.2020, 13 B 440/20.NE, juris Rn. 107). Jedoch ist die Kammer der Auffassung, dass dieser Unterschied nicht ausreicht, um eine ausnahmslose vorübergehende Schließung von Fitness- und Sportstudios im Gegensatz zur Öffnungsmöglichkeit bei den anderen Gewerbebetrieben zu rechtfertigen. Insbesondere hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass der Betrieb von Fitness- und Sportstudios auch bei der Anordnung strenger Auflagen (vgl. etwa die Anlage „Hygiene- und Infektionsschutzstandards“ zur CoronaSchutzVO NRW, VII. Fitnessstudios, im Internet unter: www.mags.nrw/sites/default/files/asset/document/200508_anlage_hygiene-_und_in_fektionsschutzstandards_zur_coronaschvo_vom_8._mai_2020_bf.pdf) ein höheres Infektionsrisiko beinhaltet, als der Betrieb von Friseurbetrieben, Dienstleistungsbetriebe der Körperpflege oder Gaststätten. Vielmehr hat der Ordnungsgeber durch die Öffnungsmöglichkeit der anderen Gewerbebetriebe zu erkennen gegeben, dass auch Tätigkeiten, bei denen der Mindestabstand denklogisch regelmäßig unterschritten werden muss, um den Kunden bedienen zu können (v.a. Friseure, Dienstleistungsbetriebe der Körperpflege und Gaststätten) zulässig sein können, wenn sie von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden (vgl. zur vergleichbaren Rechtslage in Niedersachsen: VG Osnabrück, Beschl. v. 11.5.2020, 3 B 23/20, juris – Pressemitteilung). Auch kann der höheren Aerosolbelastung bei sportlicher Betätigung durch umfangreiche Lüftungsvorgaben und ggf. höhere Mindestabstandsregelungen ausreichend Rechnung getragen werden, zumal viele Fitnessstudios bereits mit besonderen Lüftungsanlagen ausgerüstet sein dürften.

Die Rechtslage in anderen Bundesländern zeigt, dass der von Fitnessstudios ausgehenden Infektionsgefahr – aus Sicht der anderen Ordnungsgeber und damit für die Rechtslage in Hamburg nicht unmittelbar bindend – durch die Einhaltung strenger Auflagen wirksam begegnet werden kann (vgl. in Nordrheinwestfalen: § 9 Abs. 5 der Vierten Verordnung zur Änderung von Rechtsverordnungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 8. Mai 2020; in Hessen ist eine Öffnung am 15. Mai 2020 geplant, in Schleswig-Holstein und Sachsen am 18. Mai 2020).

Die weiteren von der Antragsgegnerin genannten Aspekte (größere Gefahr in Fitness- und Sportstudios, dass infektiöse Personen das Virus großflächiger verteilen und auch mehr Personen das Virus aufnehmen könnten bzw. schwierigere Nachverfolgung der Infektionskette wegen der größeren Personenzahlen) stellen sich unterschiedslos auch in Gaststätten, deren Öffnung die Antragsgegnerin unter Auflagen erlaubt, so dass sie – zumindest insoweit – nicht zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung geeignet sind.

Andere sachliche Rechtfertigungsgründe werden von der Antragsgegnerin nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.

bb) Die Antragstellerin hat auch die einen Anordnungsgrund begründenden Tatsachen glaubhaft gemacht. Angesichts der Befristung des § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 31. Mai 2020 und angesichts ihrer grundrechtlichen Betroffenheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) ist es der Antragstellerin nicht zumutbar, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten.

2. Der Antrag zu 2) ist ebenfalls zulässig (hierzu unter a) aber nicht begründet (hierzu unter b).

a) Der Antrag, der Antragsgegnerin aufzugeben, die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO unverzüglich abzuändern, so dass der Betrieb von Fitnessstudios erlaubt sein kann, ist zulässig, insbesondere statthaft (vgl. hierzu und zum Folgenden: VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 11 f. BA). Der Statthaftigkeit eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung steht § 123 Abs. 5 VwGO, der die Anwendung des § 123 Abs. 1 VwGO in den Fällen des §§ 80, 80a VwGO ausschließt, nicht entgegen. Das mit dem Antrag verfolgte Begehren würde sich in der Hauptsache als eine allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO in der Form der Normerlassklage darstellen, denn es ist darauf gerichtet, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren feststellen zu lassen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet wird, die HmbSARSCoV-2-Eindämmungs-VO derart abzuändern, dass der Betrieb von Fitnessstudios erlaubt sein kann.

Grundsätzlich kommen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Ansprüche auf Erlass oder Änderung untergesetzlicher Rechtsnormen ausnahmsweise in Betracht (BVerwG, Urt. v. 4.7.2002, 2 C 13/01, juris Rn. 15). Diese können sich im Einzelfall aus dem Gesetz, dem Gleichbehandlungsanspruch oder anderen Grundrechten oder Verfassungssätzen ergeben, wenn ein subjektiver Anspruch besteht. Soweit er besteht, sichert Art. 19 Abs. 4 GG seine gerichtliche Durchsetzbarkeit (Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL 2019, § 42, Rn. 160; BVerwG, Urt. v. 3.11.1988, 7 C 115/86, juris Rn. 16 ff.; VG Bremen, Urt. v. 10.9.2019, 6 K 1980/18, juris 34 ff.). Mit dem Ausnahmecharakter der Normerlassklage wird der im Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Trennung der Recht setzenden und Recht sprechenden Organe Rechnung getragen, demzufolge auf

deren Entscheidungsfreiheit gerichtlich nur in dem für den Rechtsschutz des Bürgers unumgänglichen Umfang eingewirkt werden soll (BVerfG, Beschl. v. 17.1.2006, 1 BvR 541/02, juris Rn. 51 ff.; BVerwG, Urt. v. 28.11.2007, 9 C 10/07, juris Rn. 13 m.w.N.).

Gemessen daran und unter besonderer Beachtung des Ausnahmecharakters der Normenerlassklage sind die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit aller Voraussicht nach gegeben (vgl. hierzu und zum Folgenden: VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 12. BA). Die Antragstellerin macht eine Verletzung ihrer Grundrechte (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG) und damit eines subjektiven Rechts geltend. Die Feststellungsklage wäre in der Hauptsache auch statthaft, denn es liegt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin vor. Die Frage, ob die Antragstellerin die Änderung des § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dahingehend verlangen kann, dass der Betrieb von Fitnessstudios erlaubt wird und die Antragsgegnerin durch das Unterlassen der Änderung Rechte der Antragstellerin verletzt, ist klärungsfähig und -bedürftig. Die Subsidiarität (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) steht dem Feststellungsbegehren nicht entgegen. Insbesondere scheidet eine Verpflichtungsklage aus, weil der Antrag in der Hauptsache nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet wäre (BVerwG, Urt. v. 4.7.2002, 2 C 13/01, juris Rn. 15).

b) Der Antrag ist aber nicht begründet. Die Antragstellerin hat insoweit nicht mit dem für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. § 5 Abs. 3 Nr. 26 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO verstößt nach Ansicht der Kammer zwar aller Voraussicht nach gegen die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG) i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Dies jedoch nur deshalb, weil insoweit eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Fitness- und Sportstudios im Vergleich zu anderen Gewerbebetrieben vorliegt. Es bleibt dem Verordnungsgeber überlassen, ob er den Gleichheitsverstoß durch eine Ausdehnung der Ausnahmeregelungen auf Fitness- und Sportstudios, durch eine nach sachgerechten Kriterien differenzierende Vorschriften oder durch eine grundlegend anders konzipierte Verbotregelung ausräumen will (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvL 21/11, juris Rn. 58). Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass der Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers darauf beschränkt ist, die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dahingehend zu ändern, den Betrieb von Fitness- und Sportstudios zuzulassen. Insbesondere folgt eine solche Beschränkung nicht aus der Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin (Art. 12 Abs. 1 GG). Denn abgesehen von der

fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Gewerbebetrieben und dem daraus folgenden Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt die ausnahmslose Schließung von Fitness- und Sportstudios voraussichtlich nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2020, 19 E 1760/20, S. 8 ff. BA).

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG i.V.m. Nr. 35.6 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mangels hinreichender Anhaltspunkte für die Bemessung des wirtschaftlichen Interesses ist vorliegend der Auffangwert maßgeblich. Aufgrund der begehrten Vorwegnahme der Hauptsache sieht die Kammer von einer Reduzierung des Betrags im Eilverfahren ab. Bei beiden Anträgen handelt es sich um Streitgegenstände mit jeweils selbständigem wirtschaftlichem Wert (vgl. Nr. 1.1.1 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit).