



## Verwaltungsgericht Hamburg

# Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 2, am 17. Juni 2021 durch

...

### **beschlossen:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsteller.

### **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.

### **Gründe:**

I. Der Antrag, mit dem der Antragsteller die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehrt, einstweilen sanktionsfrei zu dulden, dass er unter Verstoß gegen die in § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der Fassung der 43. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 3. Juni 2021 (HmbGVBl. 2021, S. 367) angeordnete Sperrstunde von 23 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags die Innenräume seiner Gaststätte „XXX“ in der X-Straße in XXX Hamburg auch innerhalb dieser Zeit betreibt, soweit die Vorgaben der §§ 5 ff. HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sowie eines weiterreichenden Hygienekonzepts eingehalten werden und der 7-Tage-Inzidenzwert in Hamburg an mehr als drei Tagen unter 100 liegt, wird abgelehnt.

Der nach § 123 Abs. 1 Satz 2 statthafte Antrag (vgl. zur Statthaftigkeit eines Begehrens auf einstweilige sanktionsfreie Duldung eines Verhaltens: OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.) ist auch im Übrigen zulässig.

Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsgrunds, der insbesondere die Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung begründet, 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). Da das vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses dient und einem Antragsteller hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden soll, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann, kann einem Eilantrag nach § 123 VwGO im Falle einer Vorwegnahme der Hauptsache 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 (OVG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.).

Eine solche (endgültige) Vorwegnahme der Hauptsache stellt das Begehren des Antragstellers dar. Die angegriffene Regelung des § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gilt bis zum 25. Juni 2021 (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO). Darüber hinaus sind erhöhte Maßstäbe hier auch schon deshalb anzulegen, da der Sache nach die Gültigkeit einer Rechtsnorm vorübergehend suspendiert werden soll, wofür in einem Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO auch eine besonders strenge Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. zum Maßstab: OVG Münster, Beschl. v. 10.6.2016, 4 B 504/16, juris Rn. 24 ff. m.w.N.). Zwar betrifft der vorliegende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, anders als Eilanträge im Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 6 VwGO, unmittelbar nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens. Jedoch könnten, wenn die nächtliche Betriebsuntersagung gegenüber dem Antragsteller für rechtswidrig erklärt würde, auch andere Bürgerinnen und Bürger Hamburgs Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren stellen und es bestünde für die Antragsgegnerin ein erheblicher Druck auf Gleichbehandlung mit der Folge, dass die Bestimmung des § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO faktisch außer Kraft gesetzt würde. Auch dieser Umstand unterstreicht das Erfordernis hoher Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 8).

Gemessen an diesen Maßstäben hat der Antragssteller einen Anordnungsanspruch nicht mit dem für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Maß an Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht. Die Regelung in § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dürfte nach der im Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung derzeit noch keinen Verstoß gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit darstellen und auch im Übrigen rechtmäßig sein.

1. Dagegen, dass die §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 13 IfSG eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellen, dass die formellen Voraussetzungen für den Erlass des Gebotes eingehalten und die tatbestandlichen Voraussetzungen von §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1, 28a Abs. 1 IfSG gegeben sind, bestehen derzeit keine durchgreifenden Bedenken (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 1.4.2021, 5 Bs 54/21, BA S. 6, abrufbar unter: <https://justiz.hamburg.de/content-blob/14996640/d9be668564be4f63f2a13f9961ad9a59/data/5bs54-21.pdf>, m. w. N.; VG Hamburg, Beschl. v. 17.5.2021, 2 E 2178/21, BA S. 5,6, n.v.). Derartige Bedenken ergeben sich auch nicht daraus, dass in Hamburg der Wert der Sieben-Tage-Inzidenz den in § 28a Abs. 3 Satz 6 IfSG genannten Schwellenwert von 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen seit dem 26. Mai 2021 kontinuierlich unterschreitet und am

heutigen Tag bei 12,7 liegt (vgl. <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>,; das RKI veröffentlichte einen Wert von 12, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Fallzahlen.html/](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html/), Abruf jeweils am Tag der Entscheidung). Denn auch in diesem Fall ist der Verordnungsgeber gemäß § 28a Abs. 3 Satz 7 und Satz 11 IfSG gehalten, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die die Kontrolle des Infektionsgeschehens unterstützen und insgesamt Schutzmaßnahmen aufrechtzuerhalten, soweit und solange dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 erforderlich ist.

2. Die in § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgesehene Betriebsuntersagung für die Innengastronomie zwischen 23 Uhr und 5 Uhr des Folgetags stellt eine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne der §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 Nr. 13 ISfG dar. Eine solche Regelung dürfte derzeit noch verhältnismäßig sein und begründet demnach keine Verletzung von Grundrechten.

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Ausübung des Berufes kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Hieraus folgt, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit nur dann zulässig sind, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliegt, die ihrerseits wiederum mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang steht. Maßgeblich ist dabei insbesondere, dass die jeweilige Eingriffsnorm verhältnismäßig ist. Die nächtliche Betriebsuntersagung mit Ausnahme der Auslieferung von Speisen und Getränken sowie deren Abverkauf dürfte dabei als Berufsausübungsregelung einzustufen sein (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 26.10.2020, 13 B 1581/20.NE, juris Rn. 68; OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 7, 56; OVG Hamburg, Beschl. v. 4.3.2014, 4 Bs 328/13, juris Rn. 29). Berufsausübungsregeln sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird (BVerfG, Beschl. v. 14.9.2010, 1 BvR 1504/10, juris Rn. 12; vgl. zur sog. „Stufentheorie“ umfassend Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 90. EL Februar 2020, Art. 12 Rn. 335 ff.).

Hierbei ist zu beachten, dass dem Verordnungsgeber, dem eine Schutzpflicht für Leib und Leben obliegt (vgl. BVerfG, Urt. v. 28.1.1992, 1 BvR 1025/82, juris Rn. 69), ein Einschätzungsspielraum zusteht. Dieser besteht bei der Beurteilung komplexer Gefahrenlagen, wie sie bei der aktuellen Corona-Pandemie gegeben ist, hinsichtlich der Einschätzung der geeigneten, erforderlichen und gebotenen Maßnahmen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 30.4.2020, 5 Bs 64/20, S. 9; VGH München, Beschl. v. 27.4.2020, a.a.O., OVG Magdeburg, Beschl. v. 27.4.2020, a.a.O.) sowie auch im Hinblick auf 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 (OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 28; VG Hamburg, Beschl. v. 17.5.2021, 2 E 2178/21, n.v.).

Vor diesem Hintergrund ist nach summarischer Prüfung von der Verhältnismäßigkeit der angegriffenen Regelung auszugehen.

Sie dient einem legitimen Zweck (hierzu unter a)) und der Ordnungsgeber durfte angesichts des oben beschriebenen Einschätzungsspielraums davon ausgehen, dass sie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet (hierzu unter b)), erforderlich (hierzu unter c)) und derzeit noch angemessen ist (hierzu unter d)).

a) Der Zweck, Leben und Gesundheit der Bevölkerung und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen, indem Kontakte reduziert und im Falle von Kontakten die Ansteckungsrisiken verringert werden, um das Infektionsgeschehen einzudämmen, ist legitim (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 26; OVG Hamburg, Beschl. v. 1.4.2021, 5 Bs 54/21, BA S. 7, abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/contentblob/14996640/d9be668564be4f63f2a13f9961ad9a59/data/5bs54-21.pdf>; OVG Hamburg, Beschl. v. 14.4.2021, 5 Bs 67/21, juris Rn. 22).

b) Die nächtliche Betriebsuntersagung dürfte auch geeignet sein, die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzudämmen. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn der gewünschte Erfolg mit ihrer Hilfe gefördert werden kann (BVerfG, Beschl. v. 26.4.1995, 1 BvL 19/94 und 1 BvR 1454/94, juris Rn. 52). Nicht erforderlich ist dabei, dass der Zweck durch das Mittel vollständig erreicht wird; es genügt vielmehr, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das verfolgte Ziel zumindest teilweise eintritt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.2.2001, 1 BvR 781/98, juris Rn. 22). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin die Grenzen ihres Einschätzungsspielraums überschritten haben könnte. Soweit der Antragsteller vorträgt, die angegriffene Maßnahme sei nicht zur Zweckerreichung geeignet, da es keinen Unterschied mache, ob seine Gäste sich vor oder nach 23 Uhr in der Gaststätte aufhielten, vermag die Kammer dem nicht zu folgen. Der Hauptübertragungsweg für SARS-CoV-2 ist nach aktuellem Erkenntnisstand die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel (größerer Tröpfchen und kleinerer Aerosole), die beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen entstehen (vgl. RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und

COVID-19, Stand: 19.4.2021, abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html), Abruf am Tag der Entscheidung). Nach der Risikobewertung des RKI ist SARS-CoV-2 grundsätzlich leicht von Mensch zu Mensch übertragbar, wobei Kontakte in Risikosituationen (wie z.B. langer face-to-face Kontakt) eine besondere Rolle spielen. Die Aerosolausscheidung erhöht sich bei lautem Sprechen, Singen oder Lachen stark, wodurch in Innenräumen das Risiko einer Übertragung deutlich ansteigt, auch über einen größeren Abstand als 1,5 m (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html), Abruf am Tag der Entscheidung).

Hiernach ist nicht zweifelhaft, dass die nächtliche Betriebsuntersagung für Gaststätten geeignet ist, die Ausbreitung von SARS-CoV-2 einzudämmen. Die zweitweise Schließung von Gaststätten trägt zur Kontaktreduzierung bei (vgl. hierzu und zum Folgenden OVG Münster, Beschl. v. 9.11.2020, 13 B 1656/20.NE, juris, Rn. 35). In gastronomischen Einrichtungen kommt eine größere Zahl wechselnder Personen für einen längeren Zeitraum nicht nur zum Essen oder Trinken, sondern auch zum geselligen Beisammensein zusammen. Auch unter Beachtung der bereits bestehenden Hygienekonzepte und der aktuell geltenden zulässigen Gruppengrößen lässt sich eine Weiterverbreitung von SARS-CoV-2 in solchen Einrichtungen nicht ausschließen, da die Gäste jedenfalls während des Essens und Trinkens keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen können und sich eine Verbreitung von potentiell virushaltigen Tröpfchen und Aerosolen in der Luft nicht verhindern lässt. Die nächtliche Betriebsuntersagung für Gaststätten verhindert eine Übertragung des SARS-CoV-2 in diesen Lokalitäten. Auf diese Weise beugt sie auch einem Eintrag der Infektion in das weitere berufliche und private Umfeld der Gäste vor. Es trifft zwar zu, dass sich das Infektionsrisiko in den Innenräumen gastronomischer Einrichtungen nach 23 Uhr nicht grundsätzlich anders darstellt als zuvor. Das ändert aber nichts daran, dass die Sperrstunde für die Zeit danach einen Beitrag zur Kontaktreduzierung leistet.

c) Die Antragsgegnerin darf im Rahmen ihrer Einschätzungsprärogative die nächtliche Betriebsuntersagung für Gaststätten für erforderlich halten, um das Ziel der Eindämmung einer weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 zu erreichen.

Das Element der Erforderlichkeit setzt voraus, dass der Staat unter mehreren, zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln dasjenige wählt, das die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.9.2014, 1 BvR 2108/14, juris, Rn. 19; Beschl. v. 28.2.2012, 1 BvR 3116/11, juris, Rn. 30; Urt. v. 14.7.1999, 1 BvR 2226/94, juris, Rn. 219). Die gleiche Wirksamkeit setzt dabei dieselbe Steigerung

der Erfolgswahrscheinlichkeit voraus (vgl. Sachs, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 152; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL August 2020, Art. 20 Rn. 113). Das Bundesverfassungsgericht legt in seiner Rechtsprechung zugrunde, dass es sich um eine „eindeutig gleichwertige Alternative“ handeln muss (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987, 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84-120, juris Rn. 87).

Die nächtliche Betriebsuntersagung für Gaststätten dürfte in diesem Sinne zur Eindämmung einer weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 erforderlich sein. Ein weniger stark in die Berufsfreiheit eingreifendes Mittel gleicher Eignung drängt sich der Kammer nicht auf.

Insbesondere kann dem Ordnungsgeber nicht vorgehalten werden, dass er nicht – worauf der Antragsteller verweist – die bereits angeordneten bzw. die vom Antragsteller angebotenen Hygienemaßnahmen für ausreichend erachtet. Auch wenn die Anordnung (und Einhaltung) von spezifischen Hygienekonzepten beim Betrieb von Gaststätten eine gewisse Wirksamkeit haben dürfte, ist nicht festzustellen, dass diese Konzepte infektionsschutzrechtlich eine vergleichbare Effektivität aufweisen wie die Betriebsschließungen (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 411/20, juris, Rn. 49). Hinsichtlich des vom Antragsteller vorgestellten, seiner Ansicht nach weiterreichenden Hygienekonzepts, ist schon nicht feststellbar, dass es tatsächlich über die entsprechenden Vorgaben der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO hinausgeht. Soweit der Antragsteller anbietet, seinen Gästen Selbsttests zur Verfügung zu stellen oder diese nach entsprechender Schulung durch sein Personal testen zu lassen, dürfte es ihm vor allem darum gehen, solche Gäste zu gewinnen, die den Aufwand scheuen, vor Besuch der Gaststätte einen der in § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zugelassenen Coronavirus-Test durchzuführen und das negative Testergebnis vorzulegen. Letztlich berücksichtigen aber auch eventuell denkbare weitere Möglichkeiten, den Betrieb so zu organisieren, dass Infektionen weiter minimiert werden, nicht, dass Kontakte auch dadurch nicht in gleicher Weise reduziert werden.

Der Antragsgegnerin kann weiter nicht vorgehalten werden, dass sie unter der Annahme, dass der nächtliche Betrieb von Innenräumen gastronomischer Einrichtungen besonders gefahrgeneigt sei, zwischen der Zeit vor und nach 23 Uhr unterscheidet. Zwar dürfte es grundsätzlich bezüglich der Gefahrgeneigtheit einzelner Gastronomiebetriebe durchaus Differenzierungskriterien geben, allerdings rechtfertigen die Unsicherheiten bei der prognostischen Bewertung des weiteren Infektionsgeschehen, insbesondere auch angesichts der zunehmenden Verbreitung der als besorgniserregend eingestuften Delta-Variante in Deutschland (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html), Abruf am Tag der Entscheidung),

sowie das Regelungsinstrument der Rechtsverordnung notwendigerweise eine typisierende Betrachtungsweise. Hinzu kommt, dass die Gaststätte des Antragstellers, die ausschließlich Getränke anbietet und deren Kerngeschäft nach Angaben des Antragstellers in der Nachtzeit liegt, wohl genau zu den Betriebsmodellen gehören dürfte, die der Verordnungsgeber derzeit noch begrenzen will. Der Verordnungsbegründung (a.a.O.) ist insoweit zu entnehmen, dass nach den Erkenntnissen des Verordnungsgebers der Konsum von Alkohol regelmäßig zu einer Enthemmung und einem gesteigerten Geselligkeitsbedürfnis, in deren Folge es regelmäßig zu Verstößen gegen infektionsschutzrechtliche Maßnahmen komme. Im Spätsommer und Herbst 2020 sei es gerade im Zeitraum der nächtlichen Betriebsuntersagung zu einer Vielzahl von Verstößen in gastronomischen Betrieben gekommen und es habe in mehreren Gaststätten erhebliches Ausbruchsgeschehen gegeben. Diese Einschätzung hat der Antragsteller nicht substantiiert widerlegt.

d) Die Betriebsuntersagung für Gaststätten in der Zeit von 23 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags ist derzeit auch voraussichtlich angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne.

Angemessen ist eine freiheitseinschränkende Regelung, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (hierzu und zum Folgenden: BVerfG, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182, juris Rn. 265 m.w.N.). Hierbei ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig. Die Interessen des Gemeinwohls müssen umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Zugleich wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus der Grundrechtsausübung erwachsen können. Diese Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann dazu führen, dass der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde. Nur so kann die Prüfung der Angemessenheit staatlicher Eingriffe ihren Sinn erfüllen, geeignete und gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen.

Davon ausgehend ist die fragliche Regelung voraussichtlich nicht zu beanstanden, weil die Schwere der damit verbundenen Grundrechtseingriffe im Ergebnis nicht außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Verordnungszweck steht. Zwar greifen die Maßnahmen vor allem in



ganz erheblicher Weise in die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der davon betroffenen Betreiber gastronomischer Einrichtungen ein und gehen insbesondere für diejenigen Betriebe, die typischerweise einen wesentlichen Teil ihres Umsatzes erst später am Abend und in der Nacht erzielen, mit gravierenden wirtschaftlichen Einbußen einher. Dies wirkt umso schwerer, als die gesamte Gastronomie bereits infolge der bisher während der Pandemie verordneten zeitweise flächendeckenden Betriebsschließungen und sonstigen Einschränkungen große Belastungen verkraften musste. Dass die Regelung bei Gaststättenbetreibern wie dem Antragsteller zur Existenzvernichtung führt, ist demgegenüber allerdings nicht feststellbar – was im Übrigen auch durch den Antragsteller für seinen Betrieb nur behauptet, aber nicht konkret dargelegt worden ist. Eine solche Existenzvernichtung liegt selbst ungeachtet der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Fördergeldern nicht ohne weiteres auf der Hand. Selbst reinen Kneipengeschäften wie dem des Antragstellers, verbleiben durchaus noch umfangreiche Öffnungszeiten, auch wenn ihr typisches Kerngeschäft im Zeitraum der nächtlichen Betriebsuntersagung liegen mag. Dies zeigt sich beispielhaft an den veröffentlichten Öffnungszeiten des Antragstellers selbst (Montag bis Mittwoch jeweils 16-23 Uhr, Donnerstag bis Sonntag 11-23 Uhr).

Hinzu kommt, dass die streitgegenständliche Regelung von vorneherein zeitlich befristet ist, nämlich derzeit bis Ablauf des 25. Juni 2021 (vgl. § 40 Abs. 2 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO). Es ist vorliegend nur dieser Geltungszeitraum der Verordnung zu berücksichtigen; bei einer etwaigen Fortschreibung der Regelung ist deren Rechtmäßigkeit erneut zu prüfen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.11.2020, OVG 11 S 111/20, juris, Rn. 51, VG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020, 21 E 4586, BA S. 15, abrufbar unter <https://justiz.hamburg.de/content-blob/14645126/73695e82849ba23d488056feeb880da1/data/21-e-4586-20-beschluss-vom-17-11-2020.pdf>).

Dem stehen in der Abwägung der Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems gegenüber. Die Gefahren der COVID-19-Pandemie sind weiterhin sehr ernst zu nehmen. Trotz der deutlichen Stabilisierung und des Rückgangs der Neuinfektionen ist nach wie vor von einer angespannten Infektionslage auszugehen. In Hamburg liegt der Wert der Sieben-Tage-Inzidenz am heutigen Tage nach den Hamburger Berechnungen bei 12,7. 51 Patienten sind in Hamburg wegen einer Erkrankung mit dem SARS-CoV-2-Virus in stationärer Behandlung, hiervon befinden sich 29 Patienten auf der Intensivstation, bei 19 dieser Intensivpatienten handelt es sich um Hamburger (<https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>, Abruf am Tag der Entscheidung). Das RKI

schätzt seit dem 1. Juni 2021 aufgrund der anhaltend hohen Fallzahlen die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als hoch ein (hierzu und zum Folgenden: Situationsbericht des RKI vom 17.6.2021, abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Jun\\_2021/2021-06-15-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jun_2021/2021-06-15-de.pdf?__blob=publicationFile), Abruf am Tag der Entscheidung). Zwar sei weiterhin ein kontinuierlicher Rückgang der Sieben-Tage-Inzidenz zu beobachten, der Trend habe sich aber leicht abgeflacht. Der Sieben-Tage-Reproduktionswert liege unter eins und die Sieben-Tage-Inzidenz sei in den letzten Wochen in allen Altersgruppen gesunken. Nach wie vor sei bei dem Großteil der Fälle der Infektionsort aber nicht bekannt, es handele sich um ein diffuses Geschehen mit Häufungen insbesondere in Haushalten, im beruflichen Umfeld sowie in Kitas und Horteinrichtungen. Um die positive Entwicklung nicht zu gefährden, sei es weiterhin erforderlich, dass alle Menschen ihr Infektionsrisiko entsprechend den Empfehlungen des RKI minimierten; die Rücknahme von Schutzmaßnahmen solle aus epidemiologischer Sicht unbedingt schrittweise und nicht zu schnell erfolgen.

Nach diesen Erkenntnissen erachtet es die Kammer als vom Einschätzungsspielraum der Antragsgegnerin noch gedeckt, dass diese im Rahmen der 43. Änderungsverordnung zur HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung den Betrieb der Innenräume von Gaststätten in dem von § 15 Abs. 4 HmbSARS-CoV2-EindämmungsVO bestimmten Zeitraum untersagt. Die mit der angegriffenen Betriebsuntersagung für Gaststätten verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Gaststättenbetreiber und auch des Antragstellers stehen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit der Regelung verfolgten Zweck, erhebliche Gefahren für Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen zu verhindern. Der Einschätzungsspielraum steht der Antragsgegnerin dabei nicht nur bezüglich der (erstmaligen) Auswahl der geeigneten, erforderlichen und angemessenen Schutzmaßnahmen, sondern auch bei der Auswahl derjenigen Maßnahmen zu, die vor dem Hintergrund einer sich stabilisierenden Situation nach und nach entfallen können. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin, wie in der Begründung zur 43. Änderungsverordnung zur HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (HmbGVBl., S. 367, 379) ausgeführt wird, mit der angegriffenen Bestimmung anstrebt, gefahrgeneigte Betriebsmodelle zur Nachtzeit (vgl. hierzu oben unter c)) vorerst einzuschränken, um einerseits den bisherigen Erfolg aller Maßnahmen abzusichern und gleichzeitig besonders schutzwürdige soziale Kontakte wie in der Kinderbetreuung und der Schule zu ermöglichen, das Infektionsgeschehen weiter zu reduzieren und auf einem niedrigen Wert zu stabilisieren, bis die Bürgerinnen und Bürger ausreichend durch Impfungen geschützt sind. Die Kammer geht hierbei davon aus, dass die

Antragsgegnerin das Infektionsgeschehen sowie die Wirkung der Schutzmaßnahmen kontinuierlich evaluieren wird und dabei auch die Fortdauer der angegriffenen Regelung alsbald überdenken wird. Bis dahin bleibt es bei dem dargestellten weiten Einschätzungsspielraum der Antragsgegnerin, den sie – wie dargestellt – an dieser Stelle bisher nicht überschritten hat.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Über den Streitwert wird in einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Beteiligten hierzu entschieden.

...

...

...