



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

X,
X,
X,
x Hamburg,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte(r):

X,
X,
X,
- X - ,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das Bezirksamt

X,
-X- ,
X,
X,
- X - ,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 21, am 31. März 2021 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht ...,
den Richter am Verwaltungsgericht ...,
die Richterin ...

beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, die Öffnung des von der Antragstellerin betriebenen Schwimmbads, xxxxxxxxxxxxxxxx Hamburg, unter Verstoß gegen § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 24 und § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-

CoV-2-EindämmungsVO bei Beachtung der übrigen gesetzlichen Vorgaben und des Hygienekonzepts der Antragstellerin sanktionsfrei zu dulden.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird auf 15.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin betreibt in Hamburg unter der Marke „xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx“ ein Schwimmbad mit Beckenmaßen von 11,00 m x 4,50 m und mit einer Wassertiefe von 1,32 m. Hier bietet sie – außerhalb von Pandemiezeiten – eine Reihe von Schwimmkursen sowie Aquafitnesskurse an. Mit Inkrafttreten der 19. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung stellte die Antragstellerin die Nutzung ihres Schwimmbads vollständig ein. Nunmehr begehrt sie, ihr Schwimmbad für einen jeweils konkret definierten Zeitraum an Angehörige eines gemeinsamen Haushalts vermieten zu dürfen, insbesondere für Kindern und erwachsene Schwimmanfänger.

Die Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung - HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) sieht u.a. vor:

§ 4b Vorübergehende Schließung von Einrichtungen mit Publikumsverkehr

(1) Die folgenden Einrichtungen und Betriebe dürfen sowohl in geschlossenen Räumen als auch im Freien nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden:

[...]

24. Schwimmbäder, einschließlich sogenannter Spaßbäder,

[...]

§ 20 Vorübergehende Einschränkung des Sportbetriebs, Spielplätze

(1) Der Sportbetrieb auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen sowie der Badebetrieb in öffentlichen und privaten Schwimmbädern sind untersagt. Dies gilt sowohl für Sportanlagen im Freien als auch in geschlossenen Räumen (zum Beispiel Fußball- und Tennishallen, Schießstände). [...]

Die Antragstellerin hat am 16. März 2021 um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Sie trägt vor, dass nach ihrem Konzept sich die Tätigkeit der Antragstellerin auf die Badeaufsicht beschränken würde, die von einem separaten Raum aus über ein großes Fenster mit direktem Blick auf das Becken erfolgen würde. Jeglicher persönliche Kontakt der Badeaufsicht und den das Therapiebecken nutzenden Personen würde so vermieden; gleichwohl könne in Notsituationen die Badeaufsicht schnell eingreifen. Ihr Hygienekonzept sehe vor:

- die Vermietung nur an Angehörige eines einzelnen Haushalts;
- ein Betretungsverbot für erkrankte, symptomatische und in Quarantäne befindliche Personen;
- Maskenpflicht im Eingangsbereich bei Betreten und Verlassen des Therapiebades
- Vorsehung eines „Wegekonzepts“ unter Markierung von Laufwegen und Wartebereichen;
- die Abwicklung der Anmietung nur kontaktlos online (einschließlich Zahlung) unter vollständiger
- Angabe aller Personendaten zwecks Nachverfolgbarkeit;
- die räumliche Trennung zwischen Badeaufsicht und anmietendem Haushalt;
- Verbot des Lebensmittelverzehrs im Therapiebad;
- Einhaltung ausreichender zeitlicher Abstände zwischen den anmietenden Haushalten, um Begegnungen zwischen mehreren Haushalten auszuschließen und eine gründliche Reinigung zwischen den Nutzungen sicherzustellen;
- das Vorhalten von persönlicher Schutzausrüstung und Hygienematerial (FFP 2-Masken, Desinfektionsmittel);
- aushängende Verhaltensregeln für die anmietenden Haushalte und Übersendung des Hygienekonzepts vorab per Email;
- die Raumlüftung durch Filterung der Luft;
- regelmäßige Reinigung und Desinfektion aller relevanten Flächen und Räumlichkeiten (Umkleiden, WC, Nassbereich, Sitzflächen im Badebereich);

Die Antragstellerin meint, die Aufrechterhaltung eines Betriebsverbotes verletzte sie in ihren grundgesetzlich geschützten Rechten (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Art. 14 GG; Recht der freien Berufsausübung, Art. 12 GG). Es erscheine bereits höchst fraglich, ob das von der Antragstellerin betriebene Therapiebad überhaupt ein „Schwimmbad“ im Sinne von § 4b Abs. 1 Nr. 24 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sei. Jedenfalls unterfalle die von der Antragstellerin begehrte Vermietung ihres Therapiebades für jeweils einen konkret bemessenen Zeitraum an einen individuellen Haushalt der aktuellen Verbotsvorschrift nicht. Denn das begehrte Angebot der Antragstellerin zeitigt keinen „Publikumsverkehr“ im Sinne des § 4b Abs. 1 Satz 1.

Sie beantragt,

dass das Vorhaben der Antragstellerin, das von ihr unter der Adresse xxxxxxxx
xxxxx Hamburg betriebene Therapiebad für jeweils einen konkret definierten Zeit-
raum an Angehörige eines gemeinsamen Haushalts zu vermieten, nicht gegen § 4b
Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO oder weitere Vorschriften dieser Ver-
ordnung verstößt und unter Einhaltung der allgemeinen Schutzbestimmungen nach
den §§ 5 bis 9 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zulässig ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie meint, die gesetzliche Grundlage der §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 28a IfSG sei ver-
fassungskonform und die Antragsgegnerin habe von dieser verfassungskonformen Er-
mächtigung rechtmäßigen Gebrauch gemacht. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der
gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage seien erfüllt. Das Angebot der Antragstellerin sei un-
ter § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 24 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zu subsumieren. Von
Publikumsverkehr im Sinne dieser Vorschrift sei auszugehen, wenn die zugangsberechtig-
ten Personen nicht abschließend bestimmt seien. Sobald einzelne Gäste zugelassen wür-
den, liege daher Publikumsverkehr vor, auch wenn der Personenkreis stark beschränkt sei.
Zudem sei nach § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO auch der Badebe-
trieb in öffentlichen und privaten Schwimmbädern untersagt. Im Rahmen des geplanten
Angebots der Antragstellerin seien auftretende Kontakte durchaus anderer Qualität als zu-
fällige Begegnungen im öffentlichen Raum. Es handle sich um geschlossene Räume mit
Sanitäreinrichtungen, Umkleieräumen und gemeinsam genutzten Wasserbecken. In Innenräu-
men sei aufgrund des beschränkten Luftvolumens die Wahrscheinlichkeit einer Anreiche-
rung infektiöser Partikel generell höher als im Freien. Aus diesem Grund erhöhe der Auf-
enthalt von mehreren Menschen in Innenräumen das Infektionsrisiko. Ein Zeitintervall, das
zwischen den Besuchen einen kompletten Luftaustausch ermöglichen würde, habe die An-
tragstellerin nicht vorgesehen. Es sei lediglich von einem „ausreichenden Zeitfenster“ die
Rede, damit sich nicht zwei Familien in der Schwimmschule begegnen. Eine Begegnung
zwischen Familien sei wissenschaftlichen Erkenntnissen zufolge jedoch nicht notwendige
Bedingung einer Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. In geschlossenen Räu-
men würden sich infektiöse SARS-CoV-2-Viren in Aerosolform und auf Oberflächen hart-
näckig halten. In Umkleieräumen und Sanitärbereichen könne es zu einer Anreicherung

infektiöser Aerosole kommen. Zudem könne eine Übertragung über kontaminierte Oberflächen nicht ausgeschlossen werden. Vermehrungsfähige SARS-Cov-2-Viren blieben auf Flächen einige Zeit infektiös. Auch auf der Rechtsfolgenseite würde die Untersagung der Öffnung von Schwimmbädern keinen Bedenken begegnen. Angesichts dessen, dass der 7-Tages-Inzidenzwert nicht nur in der Freien und Hansestadt Hamburg, sondern auch bundesweit nach wie vor bei weit über 50, nämlich am 19. März 2021 bei 96, liege, sei sogar der Anwendungsbereich des § 28a Abs. 3 Satz 9 IfSG eröffnet. Es seien „bundesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben“. Die Untersagung der Öffnung von Schwimmbädern sei eine notwendige Schutzmaßnahme, die auch verhältnismäßig sei. Insbesondere stelle die Öffnung des Betriebs der Antragstellerin unter Einhaltung eines strengen Hygienekonzepts kein milderes Mittel dar. Es sei nicht vorgetragen, dass die zentrale Lüftungsanlage des Schwimmbades im Hinblick auf die gesteigerten Anforderungen der SARS-CoV-2-Viren entsprechend nachgerüstet worden wäre. Hinzu komme, dass nicht alle Räume eines Schwimmbades auf gleiche Art belüftet seien. Die Wirksamkeit von mobilen Luftfiltern sei entsprechend davon abhängig, ob ein ausreichend großes Luftvolumen desinfiziert werde und ob die gereinigte Luft im Raum zirkulieren könne. Hygieneschutzkonzepte böten keine vollkommen sichere Gewähr, dass es nicht zu gefährlichen Aerosolbelastungen in den geschlossenen Räumlichkeiten komme. Auf die Einhaltung von Hygienekonzepten zu vertrauen habe eine geringere Effektivität als die Betriebsschließung. Die Untersagung sei auch angemessen. Die SARS-CoV-2-Pandemie berge im Hinblick auf die vielfältigen Gesundheitsgefahren für weite Teile der Bevölkerung erhebliche Gefahren. Die wirtschaftlichen Folgen der Betriebsuntersagung würden durch Hilfsprogramme staatlicher Stellen etwas abgemildert. Der Besuch eines Schwimmbades sei als Freizeitvergnügen einzuordnen. Freizeitaktivitäten seien jedoch angesichts des aktuellen Infektionsgeschehens nicht angezeigt.

II.

Der Antrag ist zulässig (1.) und hat auch in der Sache Erfolg (2.).

1. Der Antrag ist gemäß §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO sachdienlich dahingehend zu auslegen, dass die Antragstellerin die Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung begehrt, den Betrieb des von ihr betriebenen Schwimmbades unter Verstoß gegen § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 24 und § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO sanktionsfrei zu dulden, wenn hierbei die Vorgaben des eigenen Hygienekonzepts und die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die allgemeinen Hygienevorgaben des § 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eingehalten werden. Der so verstandene Antrag ist zulässig, insbesondere gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft (vgl. zur Statthaftigkeit eines Antrags auf Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zur vorläufigen sanktionsfreien Duldung eines Verhaltens OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris, Rn. 13 ff.).

2. Der Antrag ist begründet. Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitgegenständliches Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwehr wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl eines Anordnungsgrundes, der insbesondere die Eilbedürftigkeit der vorläufigen Regelung begründet, als auch eines Anordnungsanspruchs, mithin des materiellen Anspruchs, für den der Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz sucht, glaubhaft gemacht werden. 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 (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris, Rn. 35). Diese strengen Anforderungen gelten auch im vorliegenden Verfahren, da eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur vorläufigen sanktionsfreien Duldung des Betriebs des Schwimmbads der Antragstellerin aufgrund der befristeten Geltung der Vorschriften der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 18. April 2021 (§ 40 Abs. 2 HmbSARS-CoV-

2-EindämmungsVO) eine endgültige Vorwegnahme einer – bisher noch nicht anhängig gemachten – Hauptsache bewirken würde. Darüber hinaus sind erhöhte Maßstäbe auch deshalb anzulegen, da die Antragstellerin der Sache nach die Gültigkeit von Rechtsnormen vorübergehend zu suspendieren begehrt, wofür in einem – insoweit in Hamburg nicht eröffneten – Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO ebenfalls eine besonders strenge Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. zum Maßstab: OVG Münster, Beschl. v. 10.6.2016, 4 B 504/16, juris, Rn. 24 ff.). Zwar betrifft der vorliegende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, anders als Eilanträge im Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Abs. 6 VwGO, unmittelbar nur das Verhältnis zwischen den Beteiligten des vorliegenden Verfahrens. Jedoch könnten, wenn das Verbot zur Öffnung von Schwimmbädern gegenüber der Antragstellerin für (teilweise) rechtswidrig erklärt würde, auch andere Betreiber von Schwimmbädern in Hamburg Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren stellen, und es bestünde für die Antragsgegnerin ein erheblicher Druck auf Gleichbehandlung mit der Folge, dass die dem Schwimmbadbetrieb entgegenstehenden Normen der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO für vergleichbare Konstellationen 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 diesem Maßstab hat die Antragstellerin einen Anspruch auf die beantragte einstweilige Verpflichtung der Antragsgegnerin.

a) Der Anordnungsanspruch der Antragstellerin ergibt sich daraus, dass die Regelung zum Verbot der Öffnung ihres Schwimmbades nach Maßgabe ihres Hygienekonzepts insoweit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG garantierte Berufsfreiheit darstellt, als ihr nicht wenigstens die Öffnung unter den genannten Maßgaben ermöglicht wird.

aa) Der Betrieb des Schwimmbads der Antragstellerin würde, auch wenn die Nutzung – wie vorgesehen – nur jeweils durch einzelne Personen oder Angehörige eines Haushalts erfolgt, sowohl einen „Badebetrieb“ im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO also auch eine Öffnung „für den Publikumsverkehr“ gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO darstellen (anders wohl für die hessische Rechtslage Beschluss des VG Wiesbaden v. 2.3.2021, 7 L 185/21.WI, juris (Nachricht)). Nach dem Sinn und Zweck dieser Normen, umfassenden Schutz vor Infektionen mit dem

Coronavirus SARS-CoV-2 zu verhindern, dürfte eine weites Verständnis des Begriffs „Publikumsverkehr“ angezeigt sein, da eine Übertragung von Viren nicht nur bei Aufeinandertreffen von mehreren Nutzern/Kunden, sondern auch beim Aufeinandertreffen der Nutzer/Kunden mit Personal der Einrichtungen potentiell stattfinden kann.

bb) Zwar finden die verordnungsrechtlichen Regelungen zum Verbot der Öffnung von Schwimmbädern bzw. zum Verbot des Badebetriebs in Schwimmbädern wohl eine hinreichende gesetzliche Grundlage in §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2, 28a Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 8 IfSG (vgl. OVG Saarland, Beschl. v. 15.1.2021, 2 B 354/20, juris, Rn. 18). Hierdurch werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnung entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Nach § 28 Abs. 1 IfSG trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a Abs. 1 und in den §§ 29 bis 31 IfSG genannten, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Die Vorschrift des § 28a Abs. 1 IfSG listet regelbeispielhaft auf, was insbesondere notwendige Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag sein können. Gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 6 IfSG kann eine solche Schutzmaßnahme insbesondere die Untersagung oder Beschränkung des Betriebs von Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung zuzurechnen sind, sein. § 28a Abs. 1 Nr. 8 IfSG ermöglicht die Untersagung oder Beschränkung von Sportveranstaltungen und der Sportausübung. Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (§ 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG). Bei Überschreitung des Schwellenwerts von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens erwarten lassen (§ 28a Abs. 3 Satz 5 IfSG).

cc) Die durch § 28a Abs. 5 IfSG für den Erlass einer Verordnung definierten Voraussetzungen sind erfüllt. Insbesondere wurde die 37. Verordnung zur Änderung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, wie auch die Vorgängerverordnungen, formell ordnungsgemäß

begründet (HmbGVBl. 2021, 147 ff.). Die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist bis zum 18. April 2021 befristet.

dd) Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 28 Abs. 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 6 und 8 und Abs. 3 IfSG sind erfüllt. Der Deutsche Bundestag stellte am 25. März 2020 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite fest (BT-PIPr. 19/154, 19169C). Am 18. November 2020 und 4. März 2021 hat er den Fortbestand erneut festgestellt (BT-Drs. 19/24387, BT-PIPr. 19/191, 24109C). In Hamburg liegt der Inzidenzwert der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 seit Monaten und auch nach wie vor bei (deutlich) über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner, derzeit liegt er bei ca. 153,7 (vgl. <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>, zuletzt abgerufen am 31.3.2021).

ee) Das durch § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 24 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierte generelle Verbot, Schwimmbäder für den Publikumsverkehr zu öffnen und das in § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO festgelegte Verbot des Badebetriebs in Schwimmbädern greifen jedoch in unverhältnismäßiger Weise in die der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG garantierte Berufsfreiheit ein. Es stellt keine verhältnismäßige Maßnahme dar und dementsprechend keine notwendige Schutzmaßnahme i.S.v. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Zwar dient das Verbot einem legitimen Zweck und ist zu dessen Erreichung auch geeignet, es ist jedoch nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

(1) Das Verbot, Schwimmbäder für den Publikumsverkehr zu öffnen und die Untersagung des Badebetriebs in öffentlichen und privaten Schwimmbädern dienen dem legitimen Zweck, die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg einzudämmen, um hierdurch die Gesundheit und das Leben der Bürgerinnen und Bürger zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens zu gewährleisten (vgl. § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

(2) Zur Erreichung dieses Zwecks sind die Regelungen auch geeignet. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn der gewünschte Erfolg mit ihrer Hilfe gefördert werden kann (vgl. 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). Dies ist vorliegend auch

hinsichtlich des Verbots der Öffnung von Schwimmbädern und der Untersagung des Badebetriebs in Schwimmbädern der Fall, da in Schwimmbädern in der Regel auch persönliche Kontakte zwischen Menschen stattfinden, bei denen es zu einer Übertragung des SARS-CoV-2-Virus kommen kann.

(3) Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass der durch die Regelungen in § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 24 und § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erfolgende Eingriff in die der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG garantierte Berufsfreiheit derzeit zur Erreichung des mit der Regelung verfolgten legitimen Zwecks erforderlich ist. Erforderlich ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur dann, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt (BVerfG, Beschl. v. 14.3.1989, 1 BvR 1033/82, 1 BvR 174/84, juris, Rn. 80 m.w.N.). Ebenso wie für die Eignung einer Maßnahme kommt dem Gesetz- bzw. im Rahmen der Ermächtigung dem Verordnungsgeber für ihre Erforderlichkeit ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu, der nur dann überschritten ist, wenn aufgrund der dem Normgeber bekannten Tatsachen und der bereits vorhandenen Erfahrungen feststellbar ist, dass weniger grundrechtsbelastende, aber gleich wirksame Regelungsalternativen in Betracht kommen (stRspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.09.2010, 1 BvR 1789/10, juris, Rn. 21; BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, juris, Rn. 49 jeweils m. w. N.).

Hat der Verordnungsgeber selbst hingegen durch von ihm gesetzte abstrakt-generelle Regelungen bereits zu verstehen gegeben, dass bestimmte tatsächliche Unsicherheiten nicht mehr in einem Maße bestehen, das eine so weitgehende Freiheitsbeschränkung wie die vollständige Untersagung einer beruflichen Betätigung rechtfertigen könnte, hat er mithin seinen Einschätzungsspielraum ausgeübt und definiert, ist jedenfalls innerhalb des hierdurch gesetzten Rahmens bzw. Regelungskonzeptes die volle gerichtliche Überprüfbarkeit nicht nur eröffnet, sondern besteht vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG auch die Pflicht des angerufenen Gerichts zur uneingeschränkten Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 17.3.2021, 3 E 1096/21, <https://openjur.de/u/2332550.html>).

Die Antragsgegnerin hat mit den Regelungen der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO, in der aktuell geltenden Fassung der 37. Änderungsverordnung zu verstehen gegeben, dass sie unter gewissen Voraussetzungen über hinreichendes Wissen verfügt, wonach unter bestimmten Voraussetzungen gewerbliche Tätigkeiten, die mit Publikumsverkehr verbunden sind, erlaubt werden können und erlaubt worden sind, deren infektionsschutzrechtliches

Risiko jedenfalls gegenüber dem Betrieb eines Schwimmbades bei Einhaltung eines strengen Hygienekonzepts wie es die Antragstellerin vorsieht, bei dem insbesondere zurzeit nur eine Person bzw. Personen eines Haushalts das Schwimmbad nutzen, ersichtlich nicht geringer ist. Die Antragsgegnerin gibt mit den von ihr erlassenen Bestimmungen zu erkennen, dass das von ihr verfolgte (Regelungs-) Konzept zur Eindämmung der Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus und zur Erreichung des mit den in der Verordnung normierten Beschränkungen verfolgten legitimen Zwecks Möglichkeiten vorsieht, welche zur Erreichung dieses Zwecks gleich geeignet sind, aber im Sinne des Erlasses ausschließlich erforderlicher Einschränkungen weniger intensiv in die grundrechtliche Freiheitsbetätigung eingreifen. Damit gibt die Antragsgegnerin selbst den Rahmen vor, innerhalb dessen kein generell gerichtlich nicht überprüfbarer Einschätzungsspielraum mehr besteht. Mit der Normierung des der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zugrundeliegenden (Regelungs-) Konzeptes hat die Antragsgegnerin von der ihr zustehenden Einschätzungsprärogative Gebrauch gemacht. Es ist dann Aufgabe der Gerichte, in Anerkennung des vom Ordnungsgeber selbst definierten Rahmens seiner Einschätzungsprärogative zu überprüfen, ob eine Maßnahme erforderlich ist oder ob der hiermit verfolgte Zweck nicht auch durch weniger belastende Maßnahmen in gleichem Maße erreicht werden kann, die selbst bereits im mit der Verordnung definierten Regelungskonzept enthalten bzw. angelegt sind. Dies ist vorliegend der Fall. Der durch § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO definierte Zweck kann in Bezug auf das von dem bei einem Betrieb des Schwimmbads der Antragstellerin ausgehenden Infektionsrisiko in gleichem Maße dadurch erreicht werden, dass der Antragstellerin der Betrieb ihres Schwimmbades unter den Einschränkungen wie sie die Antragstellerin in ihrem Hygienekonzept festgelegt hat und unter Beachtung der sonstigen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere der von § 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erlaubt wird. Dies greift dabei erheblich weniger intensiv in die Grundrechte der Antragstellerin ein als das generelle Verbot, ihr Schwimmbad für den Publikumsverkehr zu öffnen.

Der Ordnungsgeber hat in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der Fassung der 37. Änderungsverordnung sogar Dienstleistungen mit Körperkontakt erlaubt, und zwar auch solche Dienstleistungen, die für die Körperhygiene oder für sonstigen elementare Bedürfnisse nicht relevant sind, wie zum Beispiel die Öffnung von Tattoo-Studios und Sonnenstudios. In der Begründung der 34. Änderungsverordnung heißt es hierzu (HmbGVBl. 2021, 128):

„Dem Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 entsprechend können nunmehr auch wieder Dienstleistungen im Bereich der Körperpflege, insbesondere in Kosmetikstudios, Massagesalons und Tattoo-Studios erbracht werden. Vor dem Hintergrund der

aktuellen epidemiologischen Lage und des aktuellen Infektionsgeschehens in der Freien und Hansestadt Hamburg (hierzu zuvor unter A.), das weiterhin durch hohe Neuinfektionszahlen sowie die erhebliche Verbreitung der Mutationsvarianten des Coronavirus im Stadtgebiet gekennzeichnet ist, ist dieser Schritt nur unter strikter Beachtung der infektiologisch erforderlichen Vorgaben möglich, die in § 14 Nummern 1 bis 5 sowie in der ab dem 15. März 2021 in Kraft tretenden Nummer 6 geregelt sind.“

Hat der Ordnungsgeber somit die – vertretbare – tatsächliche Einschätzung getroffen, dass solche körpernahen Dienstleistungen infektiologisch vertretbar sind, muss diese Einschätzung im Hinblick auf die Gefahr von Infektionen auch für Schwimmbäder gelten. Insofern ist nicht erkennbar, dass die Vorgaben des Hygienekonzepts der Antragstellerin und die gesetzlichen Anforderungen einen geringeren Schutz gewährleisten als die für die körpernahen Dienstleistungen geltenden Anforderungen. Vielmehr dürfte der Schutz sogar höher sein. Das Hygienekonzept der Antragstellerin gewährleistet u.a., dass die Aufsichtsperson einen medizinischen und die Nutzer im Eingangsbereich einen (normalen) Mund-Nasenschutz tragen, ein Körperkontakt zwischen Nutzern und Personal, außer in – wohl seltenen – Notsituationen praktisch nicht stattfindet, ein Kontakt zwischen Nutzern verschiedener Haushalte weitgehend ausgeschlossen ist, eine regelmäßige Reinigung und Desinfektion stattfindet und die Kontaktdaten der Nutzer erfasst werden. Ferner sollen die Räume über eine zentrale Lüftungsanlage gelüftet bzw. durch Nutzung von namentlich benannten Raumluftfiltern (in Räumen bis zu 40 m² Größe), die nach Angabe der Antragstellerin für bis zu 150 m² große Räume geeignet sind, gereinigt werden. Die Kammer hat nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens keinen Anlass anzunehmen, dass dieses Lüftungs- bzw. Luftfilterkonzept unzureichend sein könnte. Auch die Angabe der Antragstellerin, dass im Beckenbereich eine nutzungsfreie Zeit zwischen den jeweiligen Besuchern von 15 bis 20 Minuten liegt, erscheint plausibel.

Auf der Grundlage der tatsächlichen Risiko- bzw. Gefahrbewertung steht es im Bewertungsspielraum des Ordnungsgebers, in vertretbarer Weise für bestimmte Bereiche, denen er eine besondere Bedeutung beimisst, Risiken oder Gefahren in Kauf zu nehmen, und für andere Bereiche solche Risiken oder Gefahren auszuschließen. Dass und ggf. aus welchen Gründen der Ordnungsgeber Tattoo-Studios und Sonnenstudios eine besondere Bedeutung beimisst, die geeignet wäre, ein im Vergleich zu Schwimmbädern höheres Infektionsrisiko in Kauf zu nehmen ist indes weder der Begründung der Verordnung noch den Ausführungen der Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren zu entnehmen noch ist dies objektiv erkennbar. Während die Öffnung der Friseurbetriebe mit der 31. Änderungsverordnung noch mit deren Bedeutung für die Körperhygiene und den körperlichen Allgemeinzustand begründet wurde (HmbGVBl. 2021, S. 58 zu § 14), ist eine solche Begründung für

Tattoo-Studios und Sonnenstudios nicht ersichtlich; insoweit wurde ausschließlich auf das infektiologische Risiko abgestellt, welches der Ordnungsgeber als hinnehmbar eingeschätzt hat. Auch bei objektiver Betrachtung dürften Schwimmbäder, die nicht zuletzt der Gesunderhaltung ihrer Nutzer und darüber hinaus auch der wirtschaftlichen Existenz insbesondere der Beschäftigten dienen, bei keinen geringeren gesellschaftlichen Wert als etwa Tattoo-Studios und Sonnenstudios haben.

Die erkennende Kammer hat keine Bedenken, dass der Ordnungsgeber im Rahmen von geeigneten Modellversuchen zur Erprobung alternativer Schutzmaßnahmen und -konzepte bereichsspezifisch ein erhöhtes Gefahrenniveau hinnehmen kann (vgl. OVG Hamburg, Beschlüsse v. 25.3.2021, 5 Bs 57/21 und 5 Bs 60/21, jeweils n.v.). Die Kammer vermag aber nicht zu erkennen, dass die erlaubte Öffnung der in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO genannten Dienstleistungen mit Körperkontakt, insbesondere für Tattoo-Studios und Sonnenstudios, auf einer bewussten Entscheidung des Ordnungsgebers beruht, einen abgegrenzten Bereich als Experimentierfeld für zukünftige Öffnungsstrategien auszuwählen, um angesichts der weiterhin bestehenden Ungewissheiten über die Wirksamkeit der Infektionsschutzmaßnahmen im Hinblick auf die sich ausbreitenden Virusvarianten Öffnungsperspektiven im Rahmen eines effektiven Infektionsschutzes entwickeln zu können (a.A. OVG Hamburg, Beschlüsse v. 25.3.2021, 5 Bs 57/21 und 5 Bs 60/21, jeweils n.v.). Die Öffnung von Tattoo-Studios sowie Kosmetikstudios und Massagesalons wurde bereits mit der 34. Änderungsverordnung vom 5. März 2021 (HmbGVBl. 2021, 121) ermöglicht. Dies geschah, soweit ersichtlich, nicht mit der Absicht, alternative Schutzmaßnahmen und -konzepte zu erproben, sondern wurde damit begründet, dass die Öffnung vor dem Hintergrund der epidemiologischen Lage und des aktuellen Infektionsgeschehens möglich sei (HmGVBl. 2021, 128). Erst mit der kürzlich in Kraft getretenen 37. Änderungsverordnung vom 26. März 2021 ermöglicht der Ordnungsgeber in § 37 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO Modellversuche. Dass die Öffnung von Betrieben für Dienstleistungen mit Körperkontakt in solche oder andere Modellversuche, welche ggf. auch fundiert zu evaluieren wären, einbezogen worden sind, ist nicht erkennbar.

Schließlich ist auch nicht erkennbar, dass der Ordnungsgeber das Infektionsrisiko aufgrund der Veranlassung von Verkehren zu und von Schwimmbädern, in denen nur einzelne oder einem einzigen Haushalt angehörende Nutzer jeweils Zutritt erhalten, im Vergleich zu Betrieben mit körpernahen Dienstleistungen anders bewertet.

b) Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht auch ein Anordnungsgrund. Aufgrund der von der Antragstellerin jedenfalls nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens nicht unplausibel vorgetragene Verlusts für das Jahr 2020 in Höhe von 128.289,00 Euro, der sich im Jahr 2021 aufgrund der fortgesetzten Schließung entsprechend fortsetzen dürfte, ist das Bestehen schwerer und unzumutbarer (wirtschaftlicher) Nachteile auf Seiten der Antragstellerin für den Fall, dass die vorliegende einstweilige Anordnung nicht erlassen würde, zu bejahen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG und orientiert sich an Nr. 54.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtbarkeit. Hiernach ist bei einer Gewerbeuntersagung der Jahresbetrag des erzielten oder erwarteten Gewinns, mindestens 15.000,- Euro anzusetzen. Diese Summe hält die Kammer für angemessen. Wegen der nur befristeten Geltung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO ist auch angesichts des von der Antragstellerin angegebenen Verlusts in Höhe von 88.774,00 Euro aufgrund der Schließung für das Jahr 2020 ein höherer Streitwert der Bedeutung der Sache nicht angemessen. Von einer Halbierung dieses Werts ist in Orientierung an Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs abzusehen, da das Begehren der Antragstellerin auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft.

...

...

...