



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Firma Fitness First Germany GmbH,
vertr. d. d. Geschäftsführer Martin Seibold,
Hanauer Landstraße 148 a,
60314 Frankfurt,

Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Ganteführer,
Poststraße 1-3,
40213 Düsseldorf,
- 854 - 20 - ,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das Bezirksamt
Hamburg-Mitte
-Rechtsamt-,
Caffamacherreihe 1-3,
20355 Hamburg,
- M/RA 4 - 736/20 - ,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 13, am 10. November 2020 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Schlöpke-Beckmann,
die Richterin am Verwaltungsgericht Knölle,
die Richterin Hesselbarth

beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Betrieb der insgesamt acht, auf dem Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg befindlichen Fitnessstudios der Antragstellerin (Lifestyle Club Hamburg - Rödingsmarkt; Lifestyle Club Hamburg - ST Georg; Platinum Club Hamburg - Jungfernstieg; Platinum Club Hamburg -

Eppendorf; Lifestyle Club Hamburg - Niendorf; Lifestyle Club Hamburg - Wandsbek; Platinum Club Hamburg - Altona; Platinum Club Hamburg - Stephansplatz) einstweilen sanktionsfrei zu dulden. Dies gilt mit der Maßgabe, dass die Antragstellerin ihr Sicherheits- und Hygienekonzept vom 22. Oktober 2020 nebst dessen Anlage 1 sowie der gesonderten Anlage für die Stadt Hamburg – als Anlage diesem Beschluss beigelegt – einhält.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird auf 40.000,00 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 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 Hauptantrag der Antragstellerin, vorläufig festzustellen, dass sie berechtigt ist, ihre im Tenor genannten Fitnessstudios wieder für den Publikumsverkehr zu öffnen, ist nach §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO sachdienlich dahingehend auszulegen, dass sie die einstweilige sanktionsfreie Duldung des Betriebs dieser Fitnessstudios begehrt (vgl. dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 13 ff.).

Der so verstandene zulässige Antrag hat Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dafür müssen gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO tatsächliche Umstände glaubhaft gemacht werden, aus denen sich ein in der Hauptsache zu schützendes Recht (Anordnungsanspruch) und die Dringlichkeit einer Regelung (Anordnungsgrund) ergeben. Wird – wie hier aufgrund der zeitlichen Befristung der angegriffenen Verordnung (vgl. § 40 Abs. 2 Satz 2 Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 30. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 365) in der Fassung vom 6. November 2020 (HmbGVBl. S. 569) [im Folgenden: HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO]) – 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 unabdingbar 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. 20.5.2020, 5 Bs 77/20, juris Rn. 17). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

1. Die Antragstellerin hat die einen Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen hinreichend glaubhaft gemacht. Die Kammer geht bei der im Eilverfahren allein möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung davon aus, dass die Antragstellerin in einer (noch anhängig zu machenden) Hauptsache mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit obsiegen würde.

Die Vorschrift des § 4b Abs. 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO, wonach u.a. Fitnessstudios nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden dürfen, dürfte die Antragstellerin in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzen. Zwar ermächtigt § 32 Satz 1 IfSG die Landesregierungen, die nach §§ 28 bis 31 IfSG möglichen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten auch durch Rechtsverordnung zu erlassen. Allerdings findet sich in den §§ 28 bis 31 IfSG keine hinreichend konkrete Regelung betreffend die Untersagung unternehmerischer Tätigkeiten von Nichtstörern. Die insofern allein in Betracht kommende Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, wonach die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen trifft, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden, genügt für einen derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gegenwärtig nicht mehr.

Die Kammer geht bei summarischer Prüfung davon aus, dass die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für (erneute) Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes (vgl. etwa Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 91. EL April 2020, Art. 20 Rn. 111 ff.) nicht mehr ausreicht. Die Kammer kann nicht erkennen, dass im Hinblick auf diese – auch in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr anders zu bewertende – Rechtsfrage noch Raum für eine Folgenabwägung bleibt.

Die Kammer hält die in den vergangenen Monaten sowohl in der Rechtsprechung (siehe etwa OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2020, 13 B 1657/20.NE, abrufbar lediglich die Pressemitteilung unter https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/84_201106/index.php, zuletzt abgerufen am 9.11.2020; VGH München, Beschl. v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360, juris Rn. 28 ff.; VG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2020, 17 E 4565/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 3 ff.; VG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2020, 10 E 4538/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 5; VG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2020, 14 E 4379/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 9 f.; VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn.11 f.) als auch in der Literatur (Papier, DRiZ 2020, 180, 183; Kießling, in: Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 62 ff.; Pautsch/Heug, NJ 2020, 281 ff.; Trute, jM 2020, 291, 295) geäußerten Zweifel an der Wahrung des Gesetzesvorbehalts für durchgreifend (a.A. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 433/20, juris Rn. 16 f.; OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020, 5 Bs 114/20, juris Rn. 8).

Der in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnte Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist Ausfluss des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips und ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 77 m.w.N.). Art. 80 Abs. 1 GG ist dabei Ausprägung dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 77). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln, ob ein förmliches Gesetz erforderlich ist. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien in erster Linie den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den vom Grundgesetz anerkannten und verbürgten Grundrechten zu entnehmen (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 78 f.).

Die Kammer kann nicht erkennen, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen, die es angesichts des im März dieses Jahres noch nicht vorhersehbaren, nun aber erwartbaren Infektionsgeschehens zu erlassen gilt, durch die §§ 28 ff. IfSG getroffen hat (in diesem Sinne auch Kurzgutachten, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43-parlamentsbeteiligung-corona-800010>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020). § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG ist als Generalklausel ausgestaltet. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Behörden in die Lage versetzt werden sollen, auf unterschiedlichste Lagen, die durch das Auftreten ganz verschiedener ansteckender Krankheiten eintreten und oft schwer vorhersehbar sind, zu reagieren (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.4.2020, 13 B 496/20.NE, juris Rn. 50). Als Generalklausel regelt § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG aber gerade nicht, unter welchen Umständen und mit welchem Ziel die Verwaltung welche Grundrechte beschränken darf. Angesichts der Vielzahl der möglichen Maßnahmen und der betroffenen Grundrechte ist hier jedoch eine gesetzgeberische Entscheidung erforderlich (vgl. auch VGH München, Beschl. v. 27.4.2020, 20 NE 20.793, juris Rn. 45). Dies gilt vor allem hinsichtlich Maßnahmen, die – wie hier – gegenüber Nichtstörern getroffen werden (Volkman, NJW 2020, 3153 ff., 3156). Die Maßnahme einer vorübergehenden, aber mehrere Wochen andauernden Betriebsschließung stellt einen äußerst intensiven Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar, der nicht mehr auf die ihrem Wortlaut nach weit gefasste Generalnorm des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden kann (Papier, a.a.O., 183 a.E.). Eine besondere Schwere des Eingriffs liegt vor, weil die Adressaten des § 4b Abs. 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO ihre

unternehmerische Tätigkeit mit Ausnahme des weiterhin möglichen Angebots von Onlinekursen einstellen müssen, wodurch sie als Nichtstörer ein Sonderopfer für die Gemeinschaft erbringen (vgl. Papier, a.a.O., 183). Vorübergehende Liquiditätsengpässe der Betroffenen sind dabei ebenso wenig auszuschließen wie längerfristige Zahlungsschwierigkeiten, die unter Umständen die Stellung eines Insolvenzantrags unausweichlich machen. Die Eingriffsintensität der Betriebsschließung kann auch nicht deshalb in Abrede gestellt werden, weil die Bundesregierung für die Betroffenen Entschädigungen in Aussicht stellt (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Gemeinsame Pressemitteilung „Neue Corona-Hilfe: Stark durch die Krise“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201029-neue-corona-hilfe-stark-durch-die-krise.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2020). Denn auch die Entschädigung ist derzeit gesetzlich nicht geregelt. Zum jetzigen Zeitpunkt liegen allein politische Absichtserklärungen vor. Die Details möglicher Entschädigungszahlungen, insbesondere der Kreis der Berechtigten und der konkrete Umfang, stehen noch nicht fest. Dies mag zwar aufgrund der Dringlichkeit der Maßnahmen wegen der aktuellen besorgniserregenden Entwicklung des Infektionsgeschehens nachvollziehbar sein. Dies führt jedoch dazu, dass der mildernde Effekt, den Entschädigungszahlungen für die von den Maßnahmen betroffenen Unternehmen wie die Antragstellerin haben kann, nicht abschließend beurteilt werden kann. Es fehlt insgesamt an konkreten Vorgaben für den gebotenen Ausgleich zwischen dem Interesse am Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Bevölkerung und den durch die Beschränkungen betroffenen Rechten von Nichtstörern (so auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn.12). Die wesentlichen Eingriffsmodalitäten sind aufgrund der Intensität der Maßnahmen für die betroffenen Grundrechtsträger durch den Gesetzgeber zu regeln. Er muss die vielseitigen Wechselwirkungen der infektionsschutzrechtlichen Eingriffsmaßnahmen in einem gesetzlichen Rahmenkonzept abbilden, an dem der Verordnungsgeber sich in der Folge bei dem Erlass von Einzelmaßnahmen zu orientieren hat. Es ist dem Gesetzgeber auch ohne Weiteres möglich, besondere infektionsschutzrechtliche Maßnahmen vergleichbar den Standardmaßnahmen im allgemeinen Polizeirecht gesondert zu regeln (Volkman, a.a.O., 3157; vgl. auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn. 12). Die Kammer schließt sich im Übrigen den insofern überzeugenden Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs an:

„Vorliegend geht es um Grundrechtseingriffe, die nach ihrer Reichweite, ihrer Intensität und ihrer zeitlichen Dauer mittlerweile ohne Beispiel sein dürften. Mit der den streitgegenständlichen Normen zu Grunde liegenden Verordnungsermächtigung der §§ 32, 28 IfSG wollte der Gesetzgeber hingegen nur die allgemeinverbindliche

Regelung einer lokal begrenzten Gefahrenlage ermöglichen; bezeichnend ist insofern das in der Gesetzesbegründung allein beispielhaft genannte Badeverbot für ein bestimmtes Gewässer (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 21). Eine gesetzgeberische Abwägung der zur Bekämpfung einer Pandemie von bundesweiter Bedeutung erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen Schutzgütern liegt der Verordnungsermächtigung nicht zugrunde. Bis zu welchem Ausmaß und für welchen Zeitraum die §§ 32, 28 IfSG möglicherweise noch ausreichend waren, um die mit dem Eintritt einer bislang nicht dagewesenen Pandemie einer zumindest potenziell lebensbedrohlichen Krankheit entstandene Gefahrenlage zu bewältigen, bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Entscheidung und muss den noch anhängigen Normenkontrollverfahren der Hauptsache vorbehalten bleiben.“ (VGH München, Beschl. v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360, juris Rn. 30).

Die Kammer ist der Ansicht, dass die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in den Blick genommene Übergangszeit jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt angesichts der hohen Bedeutung der betroffenen Grundrechte und der seit März dauerhaft die öffentliche Diskussion bestimmenden Pandemielage bereits überschritten ist. Denn das Parlament hat unter Beweis gestellt, dass es auch nach dem erstmaligen Eintritt einer epidemischen Lage im März 2020 fortlaufend handlungsfähig geblieben ist (Volkmann, a.a.O., 3159; Kießling, a.a.O., § 28 Rn. 64; vgl. auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn. 12). Es hat – wie üblich – seinen Sitzungsbetrieb aufrechterhalten (vgl. Sitzungskalender des Deutschen Bundestages, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/parlament/plennum/sitzungskalender/bt2020-590846>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020) und hat seit Eintritt der Pandemie Änderungen des IfSG vorgenommen (vgl. etwa Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, BGBl. I S. 587 sowie Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020, BGBl. I S. 1018).

Die Kammer ist dabei bewusst, dass Behörden aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls für eine gewisse Übergangszeit auf bestehende Generalnormen zurückgreifen dürfen, sofern der Gesetzgeber noch nicht hinreichend Gelegenheit hatte, eine bislang nicht erkannte Regelungslücke zu schließen (siehe dazu BVerfG, Beschl. v. 8.11.2012, 1 BvR 22/12, juris Rn. 25; OVG Münster, Urt. v. 5.7.2013, 5 A 607/11, juris Rn. 97 ff.). Insbesondere kann es auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Falle einer – wie hier – verfassungsrechtlich ungenügenden Ermächtigungsgrundlage zur Vermeidung eines rechtslosen Zustandes geboten sein, von einer übergangsweisen Fortgeltung der Rechtsverordnung auszugehen (BVerfG, Beschl. v. 13.12.1988, 2 BvL 1/84, BVerfGE 79, 245-252, juris Rn. 18; vgl. auch Uhle, in: BeckOK GG, Epping/Hillgruber, 44. Edit. Stand August 2020, Art. 80 Rn. 9). Die Notwendigkeit einer solchen Fortgeltung ist in der höchst-

richterlichen Rechtsprechung vor allem dann anerkannt worden, wenn es galt, Rechtsunsicherheit oder die Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, weil der sonst eintretende Zustand der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner gestanden hätte als der bisherige (BVerfG, Beschl. v. 13.12.1988, 2 BvL 1/84, BVerfGE 79, 245-252, juris Rn. 18 m.w.N.).

Unter Berücksichtigung dieser vorgenannten Grundsätze kann jedoch nach Ablauf von über sieben Monaten § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Betriebsschließung nicht mehr genügen (in diesem Sinne auch Kießling, a.a.O., § 28 Rn. 64; vgl. auch Trute, a.a.O., 205, der von „mehreren Wochen“ spricht). Seit dem Eintritt der epidemischen Lage im März dieses Jahres ist bereits über ein halbes Jahr vergangen, wobei die nunmehr zu Tage tretende „zweite Welle“ in der breiten Öffentlichkeit bereits in den Sommermonaten vorhergesehen worden ist (vgl. etwa Tagesschau, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/coronavirus-zweite-welle-101.html>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020). Der Gesetzgeber ist – anders als im März 2020 – nicht durch den Anstieg der Coronainfektionen überrascht worden. Gleichwohl hat der Gesetzgeber es versäumt, rechtzeitig „vor der zweiten Welle“ tätig zu werden. Unerheblich ist, dass inzwischen ein durch die Fraktionen der CDU/CSU und SPD vorgelegter Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Bundestag eingebracht worden ist. In dem Entwurf (BT-Drs. 19/23944) wird die Erforderlichkeit eines Parlamentsgesetzes ausdrücklich als Problem und Ziel des Gesetzentwurfes benannt („Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, ist eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt.“ S. 2). Entscheidend ist, dass zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, noch kein Gesetz beschlossen und in Kraft getreten ist. Schließlich steht die vom Bundesverfassungsgericht für die Notwendigkeit der Fortgeltung angeführte Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen hier nicht zu befürchten, weil das Parlament jederzeit handlungsfähig ist. Die Kammer verkennt dabei im Übrigen nicht, dass für den Staat aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch die Verpflichtung erwächst, einen möglichst weitgehenden Gesundheits- und Lebensschutz zu gewährleisten (BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020, 1 BvR 762/20, juris Rn. 8). Allerdings ist der Zustand fortdauernder, nicht durch den Gesetzgeber legitimer, schwerer Grundrechtseingriffe wie hier in Art. 12 GG ebenfalls mit der verfassungs-

mäßigen Ordnung nicht in Einklang zu bringen. Die Frage, wie die Verwirklichung widerstreitender Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz in einer Pandemielage sichergestellt werden kann, ist gerade vom Gesetzgeber zu beantworten und diese Aufgaben kann nicht durch den Ordnungsgeber oder die Gerichte übernommen werden.

Auch das von der Antragsgegnerin ferner angebrachte Argument, die Gesetzesform sei mit Blick auf die gebotene Handlungsschnelligkeit der Verwaltung nicht erforderlich, überzeugt nicht (so auch Möllers, *VerfBlog*, 2020/3/26, DOI: 10.17176/20200326-123121-0.). Denn der Gesetzgeber war bereits Ende März in der Lage, erste Änderungen des IfSG vorzunehmen (s.o.).

Anders als die Antragsgegnerin meint, wird dem Parlamentsvorbehalt auch nicht schon dann hinreichend genüge getan, wenn der Gesetzgeber in Kenntnis der Verordnungslage untätig bleibt (ähnlich OVG Berlin-Brandenburg, *Beschl. v. 4.11.2020*, OVG 11 S 94/20, *juris* Rn. 33). Hierbei handelt es sich lediglich um eine Fiktion des gesetzgeberischen Willens. Ein solcher kann jedoch nicht unterstellt werden, da die Untätigkeit des Gesetzgebers auf den unterschiedlichsten Gründen beruhen kann. Die erforderliche demokratische Legitimation des § 4b Abs. 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO kann hierdurch nicht wiederhergestellt werden (vgl. hierzu Volkmann, a.a.O., 3158 f.). Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin hat die streitgegenständliche Rechtsverordnung auch kein „hohes Niveau an demokratischer Legitimation“. Ein solches kommt in einer repräsentativen Demokratie wie der Bundesrepublik Deutschland allein den Parlamentsgesetzen selbst zu, die durch den Deutschen Bundestag in grundsätzlich öffentlichen Verhandlungen (vgl. Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) beschlossen werden. Im demokratisch-parlamentarischen System des Grundgesetzes vollzieht sich die Repräsentation des Volkes allein durch die Abgeordneten im Parlament (vgl. etwa BVerfG, *Beschl. v. 10.5.1977*, 2 BvR 705/75, BVerfGE 44, 308-322, *juris* Rn. 27 ff.).

Soweit sich die Antragsgegnerin auf das Urteil des VG Hamburg vom 8. September 2020 (19 K 1731/20) beruft, folgt hieraus nichts für das streitgegenständliche Eilverfahren. Denn die genannte Entscheidung bezieht sich ausschließlich auf die Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Coronavirus in Hamburg vom 15. März 2020 und setzt sich demzufolge nicht mit der Frage auseinander, ob auch noch über ein halbes Jahr später, d.h. bei Fortschreiten der im zitierten Urteil ebenfalls Erwähnung gefundenen Übergangszeit, § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage genügen kann (VG Hamburg, *Urt. v. 8.9.2020*, 19 K 1731/20, *juris* Rn. 45 mit Verweis auf OVG Magdeburg, *Beschl. v. 20.5.2020*,

3 R 86/20, juris Rn. 42 ff., 45; OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020, 1 B 97/20, juris Rn. 34 m.w.N.).

Sollte es dem Gesetzgeber gelingen, die Ermächtigungsgrundlage noch während dieses Monats hinreichend gesetzlich zu konkretisieren, so könnte dem ohne Weiteres durch einen Abänderungsbeschluss entsprechend § 80 Abs. 7 VwGO Rechnung getragen werden.

2. Die Antragstellerin hat auch die einen Anordnungsgrund begründenden Tatsachen hinreichend glaubhaft gemacht. Dies ergibt sich schon aus den glaubhaft gemachten Angaben über das Verhältnis ihrer Einnahmen und Ausgaben. Zu berücksichtigen ist auch, dass die genaue – durch die Exekutive bislang lediglich in Aussicht gestellte (vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Gemeinsame Pressemitteilung "Neue Corona-Hilfe: Stark durch die Krise", abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201029-neue-corona-hilfe-stark-durch-die-krise.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2020) – Entschädigung noch nicht gesetzlich festgeschrieben worden ist (vgl. Papier, a.a.O., 183, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber verpflichtet sein dürfte, selbst Art und Ausmaß der Entschädigungen für angeordnete Betriebsschließungen zu bestimmen).

3. Die Anordnung ergeht mit der tenorierten Maßgabe, um zu gewährleisten, dass die Antragstellerin, die von ihr selbst vorgeschlagenen Hygienemaßnahmen – die die Kammer angesichts der auch in Hamburg bedenklich hohen Infektionszahlen (vgl. Freie und Hansestadt Hamburg, „Corona: Zahlen für Hamburg“, abrufbar unter <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>, zuletzt abgerufen am 10.11.2020) für zwingend erforderlich erachtet –, einzuhalten verpflichtet ist. Deshalb wurde dieses Schutzkonzept als Anlage in die Beschlussformel aufgenommen.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. Da es sich um acht eigenständige Fitnessstudios handelt, war der Auffangwert mit dem Faktor 8 zu multiplizieren. Da gegenwärtig unklar ist, wie viele Kunden der Antragstellerin ihre Zahlung für den Monat November 2020 tatsächlich einstellen werden und wie groß der Umsatzverlust nach Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Entschädigung

schließlich ist, sieht es die Kammer derzeit nicht für möglich an, den geschätzten Umsatzverlust für den Zeitraum des Antragseingangs bis zum Außerkrafttreten der streitgegenständlichen Vorschrift zugrunde zu legen (so VG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2020, 14 E 4379/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 16). Auch hält die Kammer infektionsschutzrechtlich bedingte Betriebsschließungen, die stets befristet sind, nicht mit den auf Dauer angelegten Gewerbeuntersagungen für hinreichend vergleichbar, sodass auf den hierfür vorgesehenen Auffangwert von 15.000,00 Euro (vgl. Ziffer 54.2.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013) nicht zurückgegriffen werden kann (so aber VG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2020, 17 E 4565/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 15). Von einer Halbierung des Streitwertes nach Ziffer 1.5 des vorgenannten Streitwertkatalogs ist mit Blick auf die erforderliche Vorwegnahme der Hauptsache abzusehen.

Schlöpke-Beckmann

Knölle

Hesselbarth



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, den 10.11.2020

Leithold
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –
ohne Unterschrift gültig.

