

Fundstelle

openJur 2021, 13622

Rkr: AmtISlg: **Verwaltungsrecht** Öffentliches Recht

Tenor

- ¹ Die Antragsgegnerin wird unter Ablehnung des Antrags im Übrigen im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, Verstöße der Antragstellerin gegen das Öffnungsverbot gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO für das von der Antragstellerin betriebene Sonnenstudio „XXX“, XXX, XXXXX Hamburg, unter den kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen sanktionsfrei zu dulden, dass
- ² 1. im Sonnenstudio der Antragstellerin die allgemeinen Hygienevorgaben nach § 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eingehalten werden,
- ³ 2. die Antragstellerin ein Schutzkonzept entsprechend § 6 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erstellt, in welches ein betriebliches Testkonzept nach Maßgabe von § 10e HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO mit der Maßgabe aufzunehmen ist, dass abweichend von § 10e Abs. 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO im Sonnenstudio der Antragstellerin beschäftigte Personen sich dort nur in einem Zeitraum von 12 Stunden nach einem negativen Schnelltest oder von 48 Stunden nach einem negativen PCR-Test i.S.v. § 10h Satz 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aufhalten dürfen,
- ⁴ 3. im Sonnenstudio der Antragstellerin eine Kontaktdatenerhebung entsprechend § 7 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO vorgenommen wird,
- ⁵ 4. die im Sonnenstudio der Antragstellerin erbrachten Dienstleistungen nur nach Anmeldung und Terminvereinbarung erbracht werden und nur von solchen Personen in Anspruch genommen werden dürfen, die sich hierfür zuvor angemeldet und einen Termin erhalten haben,
- ⁶ 5. alle im Sonnenstudio der Antragstellerin anwesenden Personen eine medizinische Maske nach den Vorgaben des § 8 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO tragen, die erst dann abgenommen werden darf, wenn sich der Dienstleistungsempfänger auf der Sonnenbank niedergelassen hat und die unmittelbar nach Verlassen der Sonnenbank wieder anzulegen ist, und
- ⁷ 6. Dienstleistungen im Sonnenstudio der Antragstellerin ausschließlich solchen Personen gegenüber erbracht werden, die unmittelbar bei Aufsuchen des Sonnenstudios einen negativen Coronavirus-Testnachweis nach § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erbringen bzw. vorweisen, dessen Gültigkeitsdauer (12 Stunden nach einem negativen Schnelltest oder 48 Stunden nach einem negativen PCR-Test i.S.v. § 10h Satz 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) erst nach Ende der Inanspruchnahme der Dienstleistung im Sonnenstudio der Antragstellerin enden darf.
- ⁸ Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin zu einem Viertel und die Antragsgegnerin zu drei Vierteln.
- ⁹ Der Streitwert wird auf 15.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

- ¹⁰ I.
- ¹¹ Der Antrag ist vor dem Hintergrund der §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO sachdienlich dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin die Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung begehrt, den Betrieb des von ihr betriebenen Sonnenstudios unter Verstoß gegen das in § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO (in der Fassung der 35. Änderungsverordnung vom 11.3.2021, HmbGVBl. 2021, 137) normierte Verbot sanktionsfrei zu dulden, wenn hierbei die Vorgaben des § 14 Nrn. 1 bis 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eingehalten werden.
- ¹² II.
- ¹³ Der so verstandene Antrag hat teilweise Erfolg. Er ist zulässig und teilweise begründet.
- ¹⁴ 1. Der 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.).

¹⁵ 2. Der Antrag ist teilweise 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 Sonnenstudios der Antragstellerin aufgrund der befristeten Geltung von § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bis zum 28. März 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 einer Rechtsnorm 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 Sonnenstudios gegenüber der Antragstellerin für (teilweise) rechtswidrig erklärt würde, auch andere Betreiber von Sonnenstudios in Hamburg Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren stellen, und es bestünde für die Antragsgegnerin ein erheblicher Druck auf Gleichbehandlung mit der Folge, dass die Bestimmung des § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 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).

¹⁶ Gemessen an diesem Maßstab hat die Antragstellerin im Grundsatz einen Anspruch auf die beantragte einstweilige Verpflichtung der Antragsgegnerin, allerdings nur unter den im Tenor ausgeführten weiteren Einschränkungen, zu deren Aufnahme in die einstweilige Anordnung das Gericht gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO berechtigt ist. Insoweit bestehen auf Seiten der Antragstellerin ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund. Im Übrigen ist der Antrag anzulehnen.

¹⁷ a) Der Anordnungsanspruch der Antragstellerin ergibt sich daraus, dass die Regelung zum Verbot der Öffnung von Sonnenstudios in § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO insoweit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die auch der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit (vgl. zur Grundrechtsfähigkeit der GbR: BVerfG, Beschl. v. 2.9.2002, 1 BvR 1103/02, NJW 2002, 3533; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 92. EL., Stand: 8/2020, Art. 12, Rn. 106; Ludwigs/Friedmann, JA 2018, 808) darstellt, als ihr nicht wenigstens die Öffnung des Studios für den Publikumsverkehr unter den tenorierten Einschränkungen ermöglicht wird.

¹⁸ aa) Zwar findet die Normierung des Verbots der Öffnung von u.a. Sonnenstudios durch § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in §§ 32 Satz 1, 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG eine hinreichende gesetzliche Grundlage. 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

- ²¹ 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. 14 IfSG kann eine solche Schutzmaßnahme insbesondere die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel sein, worunter auch das von der Antragstellerin betriebene Sonnenstudio fällt, welches aufgrund seiner Funktion zur Ausübung der Berufsfreiheit der Antragstellerin als Gewerbe im Sinne der Norm anzusehen ist, nicht als Einrichtung der Freizeitgestaltung i.S.v. § 28a Abs. 1 Nr. 6 IfSG. 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).
- ²² bb) Die durch § 28a Abs. 5 IfSG für den Erlass einer Verordnung definierten Voraussetzungen sind erfüllt. Die 35. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung wurde ebenso wie ihre Vorgängerfassungen formell ordnungsgemäß begründet und befristet.
- ²³ cc) Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 28 Abs. 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 14 und Abs. 3 IfSG sind (auch weiterhin) 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 über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner, derzeit liegt er bei ca. 100 (vgl. <https://www.hamburg.de/corona-zahlen/>, abgerufen am 17.3.2021).
- ²⁴ dd) Das durch § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierte generelle Verbot, Sonnenstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, greift jedoch in unverhältnismäßiger Weise in die der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 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.
- ²⁵ (1) Das durch § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierte generelle Verbot, Sonnenstudios für den Publikumsverkehr zu öffnen, dient 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).
- ²⁶ (2) Zur Erreichung dieses Zwecks dürfte die Regelung jedenfalls nach dem Erkenntnisstand des gerichtlichen Eilverfahrens auch geeignet sein. 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 dürfte vorliegend auch hinsichtlich der durch § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten Regelung anzunehmen sein. Auch wenn persönliche Kontakte zwischen Menschen in Sonnenstudios wohl nicht in allzu großer Zahl stattfinden dürften, da diese üblicherweise von den Kunden allein aufgesucht und genutzt werden, sind solche dennoch nicht vollständig auszuschließen. Da eine Übertragung des SARS-CoV-2-Virus vor allem durch die respiratorische Aufnahme virushaltiger Partikel erfolgt, die beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen entstehen, und die sich u.a. über längere Zeit im Raum schwebende Aerosole verteilen, ist nicht auszuschließen, dass auch in Sonnenstudios ein Übertragungsrisiko durch Kontakte zwischen Personen bestehen kann, welchem durch das Verbot, solche für den Publikumsverkehr zu öffnen, entgegengetreten wird.
- ²⁷ (3) Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass der durch die Regelung gemäß § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erfolgende Eingriff in die der Antragstellerin durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit derzeit zur Erreichung des mit der Regelung verfolgten legitimen Zwecks erforderlich ist.

²⁸ Als Prüfungsmaßstab ist insoweit i.S. der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Stufenlehre“ eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegen (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 19.7.2000, [1 BvR 539/96](#), BVerfGE 102, 214). Dies folgt daraus, dass das durch die Regelung angeordnete generelle Verbot, Sonnenstudios während der Geltungsdauer der Verordnung für den Publikumsverkehr zu öffnen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Regelung bereits seit mehreren Monaten in Kraft ist und nicht absehbar ist, wann sie ggf. „gelockert“ oder aufgehoben werden wird, für die Antragstellerin einem zeitlich befristeten und nicht an persönliche Merkmale anknüpfenden faktischen Berufsverbot gleichkommt bzw. jedenfalls einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellt (vgl. LVerfG LSA, Beschl. v. 8.12.2020, [LVG 25/20](#), BeckRS 2020, 39494, Rn. 59). Erforderlich ist ein solcher Grundrechtseingriff nur, wenn der Zweck nicht durch ein anderes Mittel erreicht werden kann, das den Grundrechtsträger weniger belastet. Erforderlich ist die Beeinträchtigung nur, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel fehlt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.3.1989, [1 BvR 1033/82](#), [1 BvR 174/84](#), BVerfGE 80, 30; Beschl. v. 12.12.2006, [1 BvR 2576/04](#), BVerfGE 117, 189; Jarass, in: Jarass/Piero, GG. 16. Aufl. 2020, Art. 12, Rn. 43). Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Antragsgegnerin in ihrer Rolle als Verordnungsgeberin im Bereich der Abwehr infektionsschutzrechtlicher Gefahren über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfaren Einschätzungsspielraum verfügen kann (vgl. schon VG Hamburg, Beschl. v. 21.4.2020, [3 E 1675/20](#), juris, Rn. 19). Die Einräumung eines solchen Einschätzungsspielraums, der einer gerichtlichen Vollkontrolle entzogen sein soll, kann seine Rechtfertigung vor dem Hintergrund der durch das Grundgesetz gegebenen Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) aber nur in tatsächlichen Unsicherheiten finden (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 5.5.2020, [7 E 1804/20](#), juris, Rn. 104). 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.

²⁹ So liegt der Fall auch hier. Die Antragsgegnerin hat insbesondere durch mit dem Erlass der aktuell geltenden 35. Verordnung zur Änderung der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erst jüngst normierte Bestimmungen zu verstehen gegeben, dass sie unter gewissen Voraussetzungen – die das Gericht für den vorliegenden Fall sogar noch enger gefasst hat – davon ausgeht, über hinreichendes Wissen zu verfügen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen sogar gewerbliche Tätigkeiten erlaubt werden können und erlaubt worden sind, deren infektionsschutzrechtliches Risiko jedenfalls gegenüber dem Betrieb eines Sonnenstudios ersichtlich nicht geringer ist, die aber auch nicht von existenzieller Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung sind (Dienstleistungen mit Körperkontakt ohne das Tragen einer medizinischen Maske durch den Dienstleistungsempfänger). Selbst gibt die Antragsgegnerin mit von ihr erlassenen Bestimmungen dementsprechend auch 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 Verordnungsgeber 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.

³⁰ 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 Sonnenstudios der Antragstellerin ausgehenden Infektionsrisiko in gleichem Maße dadurch erreicht werden, dass der Antragstellerin der Betrieb ihres Sonnenstudios unter den durch § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten Einschränkungen – jedenfalls unter den weiteren Einschränkungen, wie sie im vorliegenden Beschluss festgelegt werden – erlaubt wird. Dies greift dabei weniger intensiv in die Grundrechte der Antragstellerin ein als das generelle Verbot, ihr Sonnenstudio für den Publikumsverkehr zu öffnen.

³¹ Den in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der Fassung der 35. Änderungsverordnung normierten Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung erlaubter Dienstleistungen mit Körperkontakt liegt die Überlegung zugrunde, dass von Personen, die einen negativen Corona-Testnachweis nach § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erbringen, in zeitlich beschränktem Maße mit hinreichender Sicherheit kein Infektionsrisiko ausgeht, so dass es ohne den Zweck des § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zu gefährden erlaubt werden kann, diesen gegenüber Dienstleistungen mit Körperkontakt zu erbringen, auch solche, die nicht zu den unmittelbar medizinisch notwendigen gehören (etwa in Kosmetikstudios oder Tattoo-Studios), und hierbei sogar zuzulassen, dass trotz der zur Erbringung der Dienstleistung notwendigen körperlichen Nähe zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger letzterer die ansonsten von ihm zu tragende medizinische Maske ablegt. Den hierbei hinnehmbaren Risikorahmen hat die Antragsgegnerin zum einen dadurch definiert, dass sie die zu erwartende Verfügbarkeit von Schnelltests ausdrücklich als Mittel zur Schaffung von „Lockerungsmaßnahmen“ bezeichnet und sie auch ausdrücklich als notwendig ansieht, um körpernahe Dienstleistungen, bei denen keine Maske getragen werden kann, zu ermöglichen, und zum anderen dadurch, dass sie mit der Schaffung der generellen Bestimmungen des § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO die Verwendbarkeit der Testergebnisse auf einen engen zeitlichen Rahmen begrenzt hat (vgl. Begründung der 35. ÄnderungsVO, HmbGVBl. 2021, 139 f.). Diese von der Antragsgegnerin selbst vorgenommene und dem Regelungs- und Testkonzept der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zugrunde gelegte Wertung ist auch nachvollziehbar. Ihr liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, dass es keinen verfassungskonformen Grund gibt, solchen Personen, die nachweislich mit hinreichender Sicherheit nicht zu einer Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus beitragen können, die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten zu untersagen. Ebenso wenig ist ein Grund dafür erkennbar, solchen Personen die diesbezügliche Inanspruchnahme von Dienstleistungen nicht anzubieten, die Personen, die keinen hinreichenden Nachweis ihrer Nicht-Infektiosität erbringen, zur Erreichung des durch § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO definierten Zwecks nach dem (Regelungs-) Konzept der Verordnung weiterhin verschlossen bleiben müssen. So besagt insbesondere das negative Ergebnis eines Schnelltests zwar nicht zwingend, dass die getestete Person nicht Träger des Virus ist, da im Vergleich zu PCR-Tests eine größere Virusmenge für das Anzeigen eines positiven Testergebnisses notwendig ist (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html, abgerufen am 17.3.2021). Es besagt jedoch mit einer auch von der Antragsgegnerin bei Einhaltung der auch ansonsten notwendigen strengen Hygienemaßnahmen als hinreichend akzeptierten Sicherheit, dass die Person für einen bestimmten Zeitraum (ggf. noch) nicht infektiös ist, weil sie nach derzeitigem Wissensstand allenfalls eine geringe Viruslast trägt, mithin auch nicht zur Weiterverbreitung des Virus beiträgt bzw. die diesbezügliche Gefahr als gering einzustufen ist (so auch die von der Antragsgegnerin im Internet veröffentlichte Ansicht, abrufbar unter https://www.hamburg.de/faq-tests/#14762854_14955424, abgerufen am 17.3.2021). Trägt eine Person das Virus aber nicht weiter bzw. ist dies mit jedenfalls hinreichender Sicherheit ausgeschlossen, wobei absolute Sicherheit auch im infektionsschutzrechtlichen Kontext ohnehin nicht gefordert werden kann (vgl. BVerfG, einstw. Anordnung v. 17.4.2020, [1 BvQ 37/20](#), juris, Rn. 26; VG Hamburg, Beschl. v. 25.9.2020, [14 E 4035/20](#), abrufbar über die Gerichtshomepage, unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 31.5.2020, [1 BvQ 63/20](#), juris, Rn. 8), ist auch die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten durch diese Person ebenso im Hinblick auf die Erreichung des Zwecks nach § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO hinnehmbar wie das Anbieten entsprechender Dienstleistungen an eine solche Person bzw. exklusiv an den Kreis mit hinreichender Sicherheit nicht infektiöser Personen.

³² Mit diesem Regelungs- bzw. Testkonzept entspricht die Antragstellerin außerdem dem bundesrechtlich gesetzten Rahmen, dessen Ausfüllung die HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO dient. Gemäß § 28 Abs. 1 IfSG trifft die Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in u.a. § 28a Abs. 1 IfSG genannten, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass vorrangige Adressaten von Schutzmaßnahmen bzw. Gefahrenabwehrmaßnahmen die benannten Personengruppen sind (vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 5.5.2020, 7 E 1804/20, juris, Rn. 89, unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 22.3.2012, 3 C 16.11, juris, Rn. 24 f.). Solange nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellbar ist, dass Personen nicht zu den genannten Gruppen gehören, können Maßnahmen auch abstrakt generell in der Weise erlassen werden, dass etwa die Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder die Inanspruchnahme sonstiger grundrechtlicher Freiheiten nicht personenbezogen, sondern situationsbezogen untersagt wird, wie es etwa § 28a Abs. 1 IfSG vorsieht. Ist aber mit der notwendigen bzw. hinreichenden Sicherheit festzustellen, dass eine Person bzw. eine Gruppe von Personen nicht zum Kreis der in § 28 Abs. 1 IfSG benannten „Störer“ gehört, was mittlerweile auf die in § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO definierte Weise geschehen kann, entspricht es auch dem bundesrechtlich vorgegebenen Regelungssystem und dem systematischen Zusammenhang zwischen § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 1 IfSG, wenn diesen Personen die Freiheitsausübung ermöglicht wird, solange der Nachweis ihrer hinreichenden Nicht-Infektiösität besteht, und dementsprechend auch ermöglicht wird, ihnen die entsprechenden Dienstleistungsangebote zu machen.

³³ Das insoweit in zeitlicher Hinsicht hinnehmbare Risiko bzw. den insofern anzulegenden Maßstab hinreichender Sicherheit definiert die Antragsgegnerin in ihrer Rolle als Verordnungsgeberin in § 10h Satz 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO allgemeingültig im Falle eines Schnelltests mit 12 Stunden, im Falle eines PCR-Tests mit 48 Stunden. Den dennoch verbleibenden Risiken stellt sie zusätzlich die Regelungen in § 10h und § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO entgegen, wonach ein Schnelltest ausschließlich entweder durch qualifiziert geschulte Personen oder unter deren Aufsicht selbst vorgenommen werden darf (§ 10h Satz 1 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) oder durch einen Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Satz 1 der Coronavirus-Testverordnung durchgeführt werden und der Nachweis hierüber in Papierform oder elektronisch vorgelegt werden muss (§ 10h Satz 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), und wonach Dienstleistungen mit Körperkontakt auch ansonsten nur unter den weiteren in § 14 Nr. 1 bis 6 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten Einschränkungen in Anspruch genommen werden dürfen, die Einhaltung der notwendigen Hygienemaßnahmen mithin dennoch sichergestellt ist und allein ein negatives (Schnell-) Testergebnis nicht etwa als „Freifahrtschein“ interpretiert wird. Das ansonsten verbleibende Risiko, etwa das, dass eine bis dahin unerkannt infizierte Person sich zu einem der von der Antragsgegnerin eingerichteten bzw. anerkannten Testzentren begibt, weil sie anschließend eine Dienstleistung in Anspruch nehmen will, nimmt die Verordnung hingegen hin. Würde sie dies nicht, wäre das gesamte Regelungs- und Testkonzept nach § 10h und § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO hinfällig, da dann gerade die eigentlich gewollte Inanspruchnahme von Testmöglichkeiten mit dem Argument in Frage gestellt würde, dass dies wiederum infektionsschutzrechtliche Risiken begründen würde. Dies will die Antragsgegnerin jedoch erkennbar nicht, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass sie selbst öffentlich betont, die jedem Bürger einmal in der Woche kostenlos angebotene Antigen-Schnelltestung leiste „einen Beitrag dazu, Corona-Infektionen zu erkennen und darauf reagieren zu können, und schaffe[n] Sicherheit für Getestete“ (so ausdrückl. unter <https://www.hamburg.de/corona-schnelltest/>, abgerufen am 17.3.2021).

³⁴ Es ist unter keinem Gesichtspunkt erkennbar – und wird von der Antragsgegnerin auch nicht dargelegt –, dass diese von der Antragsgegnerin selbst in ihr (Regelungs-) Konzept zur Erreichung des Zwecks nach § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eingebundene Erwägung, wonach das von körpernahen Dienstleistungen ausgehende Infektionsrisiko im Hinblick auf grundrechtliche Freiheitsbetätigung bei Einhaltung der durch § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten Beschränkungen hinnehmbar ist, so dass die eingeschränkte (Wieder-) Zulassung dieser Freiheitsbetätigung nicht (noch) länger aufgeschoben worden ist, nicht auch auf den Betrieb eines Sonnenstudios übertragen werden kann.

- ³⁵ Der insoweit in erster Linie das Risiko auf ein hinnehmbares Maß begrenzende Faktor ist im Sinne eines Testkonzeptes nicht die Begrenzung des in einer Situation wurzelnden Infektionsrisikos, sondern die präventive Sicherstellung, dass von einer Person für einen bestimmten, von der Antragsgegnerin mit § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO selbst definierten Zeitraum kein nicht hinnehmbares Infektionsrisiko ausgeht. Geht aber von einer Person kein nicht hinnehmbares Infektionsrisiko aus, gilt dies unabhängig davon, ob diese Person etwa eine Dienstleistung mit Körperkontakt wie eine Massage, eine kosmetische Gesichtsbildung oder das Stechen eines Tattoos in Anspruch nimmt oder ein Sonnenstudio aufsucht. Es ist in allen Fällen für den betreffenden Zeitraum auch unter Anlegung des von der Antragsgegnerin selbst definierten Maßstabes mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen, dass die Person weder an andere im Sonnenstudio befindliche Kunden noch an Personal des Studios das Virus weitergeben kann, solange das Geltungszeitfenster des Tests eingehalten wird. Darüber hinaus dürfte in einem Sonnenstudio bei Einhaltung sämtlicher in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO definierter Einschränkungen und Vorgaben sogar ein noch geringeres Infektionsrisiko bestehen als bei Dienstleistungen mit Körperkontakt, da der Besuch eines Sonnenstudios gerade nicht mit körperlicher Nähe zu einem Dienstleister einher geht, sondern die Dienstleistung üblicherweise alleine und in einer räumlich abgeschlossenen Kabine in Anspruch genommen wird und sich auch nicht durch körperliche Anstrengung auszeichnet, was erst recht zeigt, dass eine Ermöglichung der Öffnung eines Sonnenstudios unter den in § 14 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO normierten Restriktionen, wie sie im vorliegenden Beschluss tenoriert sind, eine gegenüber der Regelung nach § 4b Abs. 1 Satz 1 Nr. 25 Var. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO mildere aber zur Erreichung des Zwecks nach § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO gleich geeignete Maßnahme darstellt.
- ³⁶ Insofern ist außerdem darauf hinzuweisen, dass in das gemäß § 14 Nr. 2 i.V.m. § 6 und § 10e HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zu erstellende Schutzkonzept auch ein Konzept über Testungen der im Betrieb beschäftigten Personen auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus aufzunehmen ist (§ 10e Abs. 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), wobei das Gericht zur zusätzlichen Herabsetzung der von in dem Sonnenstudio der Antragstellerin beschäftigten Personen ggf. ausgehenden Infektionsrisiken vor dem Hintergrund der im Eilverfahren nicht vollständig möglichen Sachverhaltsaufklärung mit Nr. 2 des Tenors des vorliegenden Beschlusses den zeitlichen Risikorahmen insofern jenem angepasst hat, den die Antragsgegnerin mit § 14 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 10h Satz 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO für die Empfänger von Dienstleistungen mit Körperkontakt definiert. Hierdurch wird auch das Risiko minimiert, dass eine Person, die – notwendigerweise – auf der Sonnenbank selbst ihre medizinische Maske ablegt, die sie ansonsten während des gesamten Aufenthalts im Sonnenstudio zu tragen hat, sich während ihres Aufenthalts im Sonnenstudio mit dem Virus infizieren kann. Maßnahmen wie die Einhaltung des Abstandsgebots sowie notwendiger Desinfektion, insbesondere aller Oberflächen, mit denen ein Kunde des Sonnenstudios über einen nicht nur kurzen Zeitraum Hautkontakt hat, ergeben sich zusätzlich aus dem Gebot, die allgemeinen Hygienevorgaben nach § 5 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO einzuhalten und ein auf das Sonnenstudio der Antragstellerin angepasstes Schutzkonzept zu erstellen, das gemäß § 6 Abs. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO der zuständigen Behörde auch vorzulegen ist.
- ³⁷ Eine darüberhinausgehende absolute Sicherheit einer grundrechtlich geschützten Betätigung kann auch im Hinblick auf den Infektionsschutz nicht gefordert werden. Sie ist weder verfassungsrechtlich, noch einfachgesetzlich vorgegeben. Abzustellen ist vielmehr auf eine infektionsschutzrechtliche Vertretbarkeit bzw. hinreichende Sicherheit (vgl. BVerfG, einstw. Anordnung v. 17.4.2020, [1 BvQ 37/20](#), juris, Rn. 26; VG Hamburg, Beschl. v. 25.9.2020, [14 E 4035/20](#), abrufbar über die Gerichtshomepage, unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 31.5.2020, [1 BvQ 63/20](#), juris, Rn. 8), welche vorliegend im Sinne des (Regelungs-) Konzepts der Antragsgegnerin sichergestellt wird.

³⁸ Kann, wie vorliegend, sichergestellt werden, dass sich lediglich mit hinreichender Sicherheit nicht infektiöse Personen im Sonnenstudio der Antragstellerin aufhalten, besteht keine Rechtfertigung, der Antragstellerin auch weiterhin nicht wenigstens den Betrieb ihres Sonnenstudios unter den hier vorgegebenen Einschränkungen zu ermöglichen. Eine solche Vorgehensweise vermeidet im Übrigen auch das von der Antragsgegnerin vorgetragene – und in Bezug auf nicht getestete Personen auch ohne Weiteres anzuerkennende – Risiko von Infektionsgefahren durch Mobilität, etwa durch Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel auf dem Weg zum Sonnenstudio, da von vornherein sichergestellt ist, dass dieser Weg nur von solchen Personen angetreten wird, die einen entsprechenden negativen Test nachweisen können, da sie ansonsten damit rechnen müssen, das Sonnenstudio nicht nutzen zu können. Auch insoweit bewegt sich die vorliegend entsprechend § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO getroffene Regelung innerhalb des von der Antragsgegnerin selbst mit der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO definierten Regelungskonzeptes zur Erreichung des Zwecks nach § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO. Dieses beinhaltet ohnehin nicht, Mobilität ausschließlich zur Inanspruchnahme lebensnotwendiger Dienstleistungen hinzunehmen, was sich schon daran zeigt, dass die Antragsgegnerin Mobilität auch in Bezug auf die Inanspruchnahme bestimmter nicht zwingend notwendiger Dienstleistungen mit Körperkontakt, aber auch zum Aufsuchen nicht dem täglichen bzw., wie die Antragsgegnerin in ihrer Antragserwiderung ausführt, „existentziellen“ Bedarf zuzurechnender Einzelhandelsnutzungen (Buchläden, Blumenhandel und gärtnerischer Fachhandel etc.) hinzunehmen bereit ist (vgl. § 4c Abs. 3 Satz 1 Nr. 20 f. HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

³⁹ (4) Über die vorliegende Regelung hinaus kommt der Antragstellerin hingegen kein Anordnungsanspruch zu, insbesondere nicht dahingehend, auch solchen Personen, die kein negatives Testergebnis vorlegen, die Nutzung des Sonnenstudios zu ermöglichen, wie es der Antrag der – anwaltlich vertretenen – Antragstellerin vom 9. März 2021 vorsieht. Eine solche Zulassung würde das Regelungskonzept der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO verlassen und wäre außerdem angesichts des derzeitigen Infektionsgeschehens auch nicht sicher geeignet, in gleicher Weise die Zweckverwirklichung i.S.v. § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO zu erreichen und erscheint unter den derzeitigen Bedingungen auch nicht als unangemessen (vgl. auch VG Hamburg, Beschl. v. 16.11.2020, [19 E 4584/20](#), abrufbar über die Gerichtshomepage). Die gegenüber der Regelung in § 10e Abs. 1 Nr. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO strengeren Anforderungen an die Testhäufigkeit der im Betrieb der Antragstellerin tätigen Personen erscheinen i.S.v. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO als geboten.

⁴⁰ b) Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung im tenorierten Maße besteht auch ein Anordnungsgrund. Aufgrund der von der Antragstellerin jedenfalls nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens nicht unplausibel vorgetragene hohen Umsatzeinbußen, die die Antragsgegnerin auch nicht substantiiert in Zweifel zieht, sowie aufgrund des fortdauernden Grundrechtseingriffs 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.

⁴¹ III.

⁴² Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO, wobei berücksichtigt wird, dass der Antrag der Antragstellerin nicht vollumfänglich Erfolg hat, da er in seiner in der Antragsschrift vom 9. März 2021 eingereichten Fassung keine Pflicht der Antragstellerin zur Erstellung eines betrieblichen Testkonzeptes nach Maßgabe von § 10e HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO und keine Beschränkung auf einen Personenkreis vorsieht, welcher einen negativen Coronavirus-Testnachweis nach § 10h HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO erbringt bzw. vorweist.

⁴³ IV.

⁴⁴ Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG und berücksichtigt Nr. 54.2 der das Gericht zwar nicht bindenden aber sachgerechten Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtbarkeit. Eine Halbierung des Streitwerts entsprechend Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs kommt angesichts des Umstandes, dass die Antragstellerin de facto eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, nicht in Betracht.