

Examensübungsklausur: Rechtsschutz gegen landes- und bundesrechtliche Verbote in der Pandemie

Von Iva Kostov, Pascal Schütt, Hamburg*

Die Klausur wurde als fünfstündige Examensübungsklausur an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Sommersemester 2021 konzipiert. Prozessual widmet sie sich dem Zusammenspiel zwischen Landesverordnungen und Bundesnotbremse. In dem Umgang damit liegt der Schwerpunkt der Klausur. Materiellrechtlich geht es um grundrechtliche Fragen, die sich im Kontext der pandemiebedingten Einschränkungen im Prostitutionssektor stellen und zu einer Reihe von divergierenden verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen geführt haben.

Sachverhalt

Der sich Anfang 2020 ausbreitende und stark ansteckende SARS-CoV-2-Erreger (sog. Coronavirus) wird vor allem durch Tröpfchen und Aerosole übertragen. Aerosole sind hierbei Mikropartikel, welche mit der Atemluft ausgestoßen werden und sich über Zeit, insbesondere in engen geschlossenen Räumen ansammeln. Weiter kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch das Anfassen kontaminierter Flächen das Virus auf die Hände und später in die Schleimhäute gelangen kann und so zu einer Infektion führt. Das Robert-Koch-Institut beschreibt den Krankheitsverlauf als „stark variierend“. Manche Patienten kommen symptomlos durch die Krankheit während andere an einer schweren Atemwegsinfektion erkranken, was zu einem Ausfall des Atemsystems und dem Tod führen kann. Das Robert-Koch-Institut hat weiter festgestellt, dass ein Abstand von 150 cm, das gründliche Händewaschen und das Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes das Ansteckungsrisiko deutlich verringern kann. Durch verschiedene Einschränkungen von Kontakten und insbesondere durch Schließungen diverser Einrichtungen gelingt es in Deutschland ebenso wie in anderen Ländern, die Ansteckungsrate immer wieder zu reduzieren, allerdings um den Preis von vielen Einschränkungen der Freiheit der Bevölkerung.

Nach verschiedenen Öffnungsschritten der Bundesländer steigen im Herbst 2020 die Neuinfektionen wieder und es droht eine neue Corona-Welle. Wenig später stellt der Bundestag das Fortbestehen der bereits zum Anfang der Pandemie festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG fest. Daraufhin wird die Bundesregierung durch eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes selbst tätig. Das Ergebnis ist die im Frühjahr 2021 entstandene „Bundesnotbremsenregelung“, welche unter anderem den formell rechtmäßig ergangenen § 28b IfSG umfasst. Dieser sieht einen Maßnahmenkatalog für den Fall vor, dass die vom Robert-Koch-Institut veröffentlichte 7-Tage-Inzidenz i.S.d. § 28b Abs. 1 IfSG in einem Landkreis oder einer kreisfreien

Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen den Wert von 100 übersteigt.

Trotz der bundesweiten Maßnahmen stagniert in Hamburg die 7-Tage-Indizenz seit einiger Zeit deutlich über dem Wert von 100. Der Hamburger Senat erlässt somit zum Zwecke der Pandemiebekämpfung eine eigene Rechtsverordnung. Die Verordnung wird formell rechtmäßig, auf Grundlage der §§ 32, 28a IfSG erlassen und erfüllt die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage. Die dort vorgesehenen Einschränkungen von Dienstleistungsbetrieben orientieren sich vor allem an den Befunden des Robert-Koch-Instituts zur Senkung des Infektionsrisikos. Hierunter fallen: Regelmäßiges Lüften geschlossener Räumlichkeiten; bestmögliche Einhaltung des Mindestabstandes, bei körpernahen Dienstleistungen wie Massagen – zumindest die Einhaltung des erforderlichen Abstands in den Warteräumen; das regelmäßige Desinfizieren der Räumlichkeiten; das Sammeln von Kundendaten zur Nachvollziehung von eventuellen Infektionsketten.

Im Mai 2021 dürfen allerdings Fitnessstudios und Massage salons unter Auflagen sowohl nach Bundes- als auch Landesrecht wieder öffnen. Weiterhin größtenteils gesperrt bleibt allerdings der Bereich der Prostitution. Trotz der in Sozialforschung festgestellten besonderen wirtschaftlichen Vulnerabilität von Sexarbeiter*innen in der Pandemie dürfen Prostitutionsstätten auch nach der neuen Verordnung des Hamburger Senats nicht für den Publikumsverkehr geöffnet werden. Auch die Ausnahmen, welche das Bundesgesetz in § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG normiert, werden in Hamburg ausgeschlossen. Verstöße gegen die Verbote stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die nach dem dazugehörigen Bußgeldkatalog mit bis zu 5000 € geahndet werden können.

P erbringt sexuelle Handlungen gegen Entgelt in extra zu diesem Zwecke gemieteten Räumlichkeiten auf Sankt Pauli, ein Stadtteil im Bezirk Hamburg-Mitte. Er fühlt sich durch die Regelungen im Bereich der Prostitution ungerecht behandelt und fragt beim Hamburger Senat nach, mit welcher Begründung Fitnessstudios und Massagesalons wieder öffnen dürfen, Prostitutionsstätten jedoch nicht. Er weist auf eine aktuelle Studie des Robert-Koch-Instituts hin, wonach im Kontext des Coronavirus kein übermäßiges Infektionsrisiko für Prostitutionsstätten im Vergleich zu anderen körpernahen Dienstleistungen festgestellt werden konnte. Weiter sei es P möglich, sich streng an die für andere Freizeiteinrichtungen geltenden Hygienekonzepte zu halten, denn schließlich habe er doch ein eigenes Interesse daran, sich und seine Kund*innen nicht mit dem Coronavirus anzustecken.

In seiner Antwort erwidert der Senat, dass Prostitutionsstätten nicht mit Fitnessstudios und sonstigen Massagesalons vergleichbar seien. Zwar sei eine erhöhte Atemfrequenz auch im Fitnessstudio der Fall, aber aufgrund der regelmäßig engen räumlichen Begebenheiten sei eine hohe Aerosolbelastung in Prostitutionsstätten deutlich schneller erreicht. Eine Maskenpflicht wie im Fitnessstudio oder bei der „normalen“ Massage sei bei sexuellen Dienstleistungen zudem weder lebensnah

* Iva Kostov und Pascal Schütt erstellten die Klausur während ihrer Tätigkeit als wissenschaftliche bzw. studentische Mitarbeitende am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute an der Universität Hamburg.

noch kontrollierbar. Auch die Einhaltung etwaiger Hygienekonzepte könne faktisch nicht kontrolliert werden, was ebenfalls für das Verbot durch den Senat spreche. Eine Öffnung lediglich für bestimmte sexuelle Dienstleistungen, wie etwa erotische Massagen, sei ebenfalls nicht möglich, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Arbeiter*innen im Prostitutionsgewerbe die gleiche sachliche Nüchternheit aufweisen wie eine ausgebildete Massagekraft.

Diese Argumentation überzeugt P nicht. Der lang andauernde Lockdown hat nun auch seine letzten finanziellen Reserven gefordert, sodass er im Juni 2021 unmittelbar vor einer finanziellen Notlage steht. Somit entschließt er sich, dem im Rahmen der Korrespondenz mit dem Senat ebenfalls erfolgten Hinweis der Behörde zu folgen und seine Interessen so schnell wie möglich gerichtlich geltend zu machen. P möchte im besten Fall seinem Geschäft im Rahmen geeigneter Hygieneauflagen in vollem Umfang nachgehen. Sollte dies nicht möglich sein, so müsste es ihm zumindest ermöglicht werden, erotische Massagen erbringen zu dürfen. Er findet, dass die Verbote im Prostitutionssektor mit seinen Grundrechten aus Art. 12, Art. 14 und Art. 3 GG nicht vereinbar sind. Einmal mehr zeige diese Situation, dass die Prostitution weiterhin gesellschaftlich tabuisiert wird und die Verbote nicht auf sachgemäßen Erwägungen beruhen, sondern lediglich darauf, dass dem Prostitutionsgewerbe nicht die gleiche Seriosität in der Erstellung und Einhaltung von Hygienekonzepten zugetraut werden würde, wie es bei anderen Berufsfeldern der Fall sei.

Bundesinfektionsschutzgesetz (IfSG)¹

§ 28b Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen, Verordnungsermächtigung

(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen, die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte, Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen: [...]

(3) Die Öffnung von Freizeiteinrichtungen wie insbesondere Freizeitparks, Indoorspielplätzen, von Einrichtungen wie Badeanstalten, Spaßbädern, Hotelschwimmbädern, Diskotheken, Clubs, Spielhallen, Spielbanken, Wettannahmestellen, Prostitutionsstätten und Bordellbetrieben ist untersagt. Ausgenommen sind Prostitutionsstätten, die unter geeignetem Hygienekonzept sexuelle Dienstleistungen in Form von erotischen Massagen [...] anbieten. [...]

(5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt. [...]

¹ Es handelt sich bei der hier abgedruckten Fassung von § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG um eine zum Teil fiktive Regelung. § 28b Abs. 10 IfSG wurde hinsichtlich der Befristung abgewandelt.

(10) Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. September 2021. [...]

HmbSARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (CoronaVO)²

§ 4b Vorübergehende Schließung von Einrichtungen mit Publikumsverkehr

[...]

(2) ¹Prostitutionsstätten im Sinne des § 2 Absatz 4 des Prostituiertenschutzgesetzes vom 21. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2372), zuletzt geändert am 9. März 2021 (BGBl. I S. 327, 329), dürfen nicht geöffnet werden. ²Die Prostitutionsvermittlung im Sinne des § 2 Absatz 7 des Prostituiertenschutzgesetzes und die Ausübung der Prostitution sind nicht gestattet. ³Prostitutionsveranstaltungen im Sinne des § 2 Absatz 6 des Prostituiertenschutzgesetzes dürfen nicht durchgeführt werden. ⁴Prostitutionsfahrzeuge im Sinne des § 2 Absatz 5 des Prostituiertenschutzgesetzes dürfen nicht bereitgestellt werden. ⁵Die Erbringung sexueller Dienstleistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 des Prostituiertenschutzgesetzes ist untersagt. [...]

Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (ProstSchG)

§ 2 Begriffsbestimmung

(1) Eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt. Keine sexuellen Dienstleistungen sind Vorführungen mit ausschließlich darstellerischem Charakter, bei denen keine weitere der anwesenden Personen sexuell aktiv einbezogen ist.

(2) Prostituierte sind Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.

(3) Ein Prostitutionsgewerbe betreibt, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt, indem er

1. eine Prostitutionsstätte betreibt [...].

Aufgabe

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der rechtlichen Schritte, die P unternehmen muss, um seine Prostitutionsstätte nach seinem Begehren betreiben zu dürfen. Gehen sie dabei auf sämtliche aufgeworfene Rechtsfragen ggf. auch im Rahmen eines Hilfsgutachtens ein.

² Gültig bis 30.9.2021. Bei § 4b CoronaVO handelt es sich um eine durch die 44. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (HmbGVBl. 2021, S. 412) aufgehobene und hier hinsichtlich der Befristung abgewandelte Regelung.

Bearbeitungsvermerk

Zu beachten ist, dass das Land Hamburg von der Regelungsmöglichkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht hat.

Lösungsvorschlag

Um seine Prostitutionsstätte nach seinem Begehren betreiben zu dürfen, müsste der P sowohl gegen das Verbot in § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO als auch gegen das Verbot in § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG vorgehen, da beide Rechtsregime die Ausübung seiner Tätigkeit regulieren.

Teil 1: Rechtsschutz gegen die Coronaverordnung

Der Antrag von P hat Erfolg, wenn seine Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen und soweit er begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, also nach dem Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Für die erstere Voraussetzung ist die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses maßgeblich, die grundsätzlich zu bejahen ist, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet.³ § 4b CoronaVO berechtigt das Land Hamburg zur vorübergehenden Schließung von Einrichtungen mit Publikumsverkehr, einschließlich Prostitutionsstätten und ist somit eine öffentlich-rechtliche Norm. Ferner liegt keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vor. Schließlich ist auch mangels abdrängender Sonderzuweisung die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges zu bejahen.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des P, der seine Prostitutionsstätte so schnell wie möglich unter Einhaltung geeigneter Hygienemaßnahmen wieder in vollem Umfang betreiben, oder zumindest erotische Massagen erbringen dürfen möchte und somit nach § 123 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 88 VwGO vorläufigen Rechtsschutz gegen § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO begehrt.

Dabei könnte es P darauf ankommen, die Norm in ihrer allgemeinen Gültigkeit anzugreifen, oder lediglich gerichtlich feststellen zu lassen, dass seine Tätigkeit davon nicht betroffen ist. Sein Begehren ließe sich in beide Richtungen auslegen, da er sich dabei sowohl auf seine Tätigkeit als auch auf die generelle tabuisierende Wirkung der Verbote im Prostitutionssektor bezieht. Der Eilrechtsschutz gegen eine Verordnungsvorschrift richtet sich grundsätzlich nach § 47 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 VwGO. Eine landesrechtliche Bestimmung nach Nr. 2 ist in Hamburg allerdings nicht vorgegeben, sodass eine

prinzipale Normenkontrolle im Fall des P ausscheidet. Folglich steht ihm nicht die Möglichkeit zu, die Verordnungsvorschrift im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle anzugreifen.

Als statthafte Antragsart kommt stattdessen die Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO in Betracht, gerichtet auf die vorläufige Feststellung in Bezug auf ein durch die CoronaVO begründetes Streitiges Rechtsverhältnis. Konkret geht es P um die Feststellung, dass sich für ihn aus § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO keine Verpflichtungen ergeben. Damit ist der Antrag des P dahingehend auszulegen, vorläufig das Fehlen der individuellen Verbindlichkeit des Verbots feststellen zu lassen.⁴ Dabei steht die Subsidiarität des vorläufigen Feststellungsantrages nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO analog, einem Verpflichtungsantrag, der etwa darauf gerichtet sein könnte, den Betrieb der Prostitutionsstätte der Antragstellerin einstweilig sanktionsfrei zu dulden, dem Feststellungsbegehren nicht entgegen. Denn P kann die Feststellung, dass er seine Prostitutionsstätte betreiben darf, weil die zugrundeliegenden Regelungen der CoronaVO seine Rechte verletzen, nicht erreichen, indem er eine einzelfallbezogene Befreiung von der Vorschrift im Wege der Duldungsverpflichtung der Behörde erstreitet.⁵

Statthaft ist somit das Verfahren nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO, gerichtet auf die Feststellung, dass P vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache, seine Prostitutionsstätte in vollem Umfang betreiben oder zumindest erotische Massagen erbringen darf.

III. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis des P richtet sich nach § 42 Abs. 2 VwGO analog, da die subjektiv-rechtliche Betroffenheit auch im einstweiligen Rechtsschutz so wie im Hauptsacheverfahren

⁴ Vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 13.5.2020 – 15 E 1967/20, Rn. 16.

⁵ Die Praxis der Gerichte ist an diesem Punkt nicht eindeutig. Das VG Hamburg hält im Beschl. v. 13.5.2020 – 15 E 1967/20, Rn. 19 einen Feststellungsantrag für statthaft; so auch der VGH München, Urt. v. 12.12.2016 – 10 BV 13.1006, Rn. 38. Im Beschl. v. 11.6.2020 – 9 E 2258/20 hält das VG Hamburg sowohl eine Feststellungs- als auch eine Verpflichtungsanordnung für zulässig, positioniert sich aber letztendlich nicht; so auch das VG Hamburg in Beschl. v. 8.12.2020 – 15 E 4706/20. Konkreter, im Ergebnis aber ebenfalls offen, hat das OVG Hamburg in Beschl. v. 20.5.2020 – 5 Bs 77/20 argumentiert. Das OVG hält ein Feststellungsbegehren nach § 123 VwGO, insb. unter Aspekten der Vorwegnahme der Hauptsache, für „tendenziell problematisch“, und argumentiert für eine Auslegung des Begehrens als auf einen Antrag auf einstweilige sanktionsfreie Duldung gerichtet, Rn. 19 f., siehe auch Fn. 12. Eindeutig positioniert sich das OVG Hamburg zur Auslegung des Antragsbegehrens gerichtet auf die einstweilige sanktionsfreie Duldung in Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, Rn. 3. Angesichts der divergierenden Ansichten in der Rechtsprechung ist hier beides gut vertretbar.

³ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 17.

ren zur Vermeidung von Populärträgen erforderlich ist (vergleichbare Interessenslage), dieses Erfordernis jedoch ohne die Analogie auf keine andere Gesetzesgrundlage gestützt werden kann (planwidrige Regelungslücke).⁶ § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO entfalten eine unmittelbare Verbotswirkung gegenüber P. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung ergibt sich somit bereits einfachrechtlich sowohl aus der Tatsache, dass P unmittelbarer Adressat des Verbotes ist, als auch aus dem Ordnungswidrigkeitscharakter eines Verstoßes gegen § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO, der nach dem dazugehörigen Bußgeldkatalog mit einem Bußgeld von bis zu 5000 € geahndet werden kann. Ferner könnte die Tätigkeit des P durch die von ihm angeführten Art. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sein. Eine Verletzung dieser Grundrechte durch die Verbote in § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO erscheint daher möglich.⁷

IV. Zuständiges Gericht

Zuständig im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist nach § 123 Abs. 5 VwGO das Gericht der Hauptsache. Dies ist hier das Verwaltungsgericht Hamburg, dessen sachliche und örtliche Zuständigkeit sich aus § 45 VwGO und § 52 Nr. 5 VwGO ergibt.

V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Antragssteller ist nach § 63 Nr. 1 VwGO analog der P. Seine Beteiligungsfähigkeit als natürliche Person ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO, seine Prozessfähigkeit aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, als nach dem bürgerlichen Recht Geschäftsfähiger. Antragsgegnerin ist nach § 63 Nr. 2 VwGO analog die Freie und Hansestadt Hamburg. Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, ist diese als juristische Person des öffentlichen Rechts (Gebietskörperschaft) nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 VwGO. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist nach einer weiten Auslegung des § 62 Abs. 3 VwGO als Vereinigung auch prozessfähig. Vertreten wird sie im Verfahren durch ihre gesetzlichen Vertretenden (nach § 6 Abs. 1 VerwBehG durch die Finanzbehörde, § 4 Abs. 2 Nr. 11 VerwBehG).

VI. Passive Prozessführungsbefugnis

P muss seinen Antrag gegen die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträgerin des Senats nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO analog richten.

VII. Form

Die Formvorschriften nach §§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 1, Abs. 3 ZPO sind zu beachten. Insbesondere ist das Schriftformerfordernis einzuhalten.

⁶ Möstl, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 59. Ed., Stand: 1.10.2021, § 43 Rn. 20 ff.

⁷ OVG Münster, Beschl. v. 8.9.2020 – 13 B 902/20.NE, Rn. 7 ff.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis des P bestünde nicht, wenn er sein Anliegen auf eine schnellere oder einfachere Weise erreichen könnte,⁸ beispielsweise indem er vor der Anrufung des Verwaltungsgerichts, einen Antrag auf Befreiung von § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO bei der zuständigen Behörde begehrt.⁹ Ob ein solcher Antrag bei einem Feststellungsbegehren tatsächlich erforderlich ist, mag hier dahingestellt bleiben, denn jedenfalls hat der Senat P darauf hingewiesen, sein Anliegen gerichtlich geltend zu machen, sodass es für ihn keine schnellere oder einfachere Weise gibt, sein Rechtsschutzziel zu erreichen.

Weiterhin könnte das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, wenn P mit der beantragten Anordnung sein Rechtsschutzziel nicht erreichen könnte. Dies wäre hier zu erwägen. Selbst wenn P mit seinem Antrag vor dem Verwaltungsgericht Hamburg Erfolg hätte, blieb ihm der Betrieb seiner Prostitutionsstätte in vollem Umfang nach wie vor nach Bundesrecht verboten, § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG. Dagegen spricht, dass die vorläufige Feststellung der Unanwendbarkeit des landesrechtlichen Gewerbeverbotes, die auf Grundlage des Bundesrechts weiterhin bestehenden Prostitutionsverbote zwar nicht beseitigen mag, dies jedoch aufgrund sachwidriger Ergebnisse nicht zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses für Anträge gegen die landesrechtliche Regelung führen darf. Der effektive Rechtsschutz droht leerzulaufen, wenn Betroffene in Verfahren gegen die Verbote nach § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO auf das Fortbestehen einer bundesrechtlichen Regelung hingewiesen würden, ihnen aber folgerichtig zugleich ein statthafter Rechtsschutz gegen die bundesrechtlichen Verbote nach § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG mit der Erwägung versagt werden könnte, es mangle dafür wegen der fortbestehenden landesrechtlichen Regelung am Rechtsschutzbedürfnis. Dieses bleibt daher für die verschiedenen Rechtsbehelfe gegen unterschiedliche Verbote jeweils erhalten.¹⁰

Der Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO kann auch schon vor Einleitung des Hauptsacheverfahrens gestellt werden,¹¹ sodass es keine Bedeutung hat, ob P eine Feststellungsklage in der Hauptsache bereits eingeleitet hat. Zudem ist eine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache nicht ersichtlich.

Schließlich ist das Rechtsschutzbedürfnis im einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich zu verneinen, wenn das Ergehen eines gerichtlichen Beschlusses die Vorwegnahme der Haupt-

⁸ Hufen (Fn. 3), § 33 Rn. 10.

⁹ Argumentiert werden könnte auch, dass angesichts der Kommunikation des P mit dem Senat, nicht damit zu rechnen war, dass die Behörde dem Anliegen des P entsprechen wird, weshalb ein vorheriger Antrag voraussichtlich erfolglos wäre und die sofortige Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes daher geboten und zulässig ist, vgl. Kuhla, in: Posser/Wolff (Fn. 6), § 123 Rn. 37a, 38.

¹⁰ So im Umkehrschluss das BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 25.

¹¹ Kuhla (Fn. 9), § 123 Rn. 33.

sache bewirken würde. Dies ist der Fall, wenn die einstweilige Anordnung mit dem Zeitpunkt ihres Erlasses einen Zustand in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht verwirklichen würde, der erst durch die zeitlich spätere Entscheidung in der Hauptsache hergestellt werden soll. Denn das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn – wie hier bei der bis 30.9.2021 befristeten Geltungskraft der CoronaVO – eine rechtzeitige Regelung erst im Hauptsacheverfahren praktisch ausscheidet. In solchen Fällen ist eine Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise, aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG, zulässig.¹²

IX. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt.

B. Begründetheit

Der Antrag des P auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO ist begründet, soweit bei summarischer Prüfung der Hauptsache gegen das Vorliegen eines entsprechenden Anordnungsanspruches und Anordnungsgrundes keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken bestehen, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO.

I. Anordnungsanspruch

P muss mit erhöhter Wahrscheinlichkeit ein materieller Anspruch auf Feststellung dahingehend zustehen, dass er seine Prostitutionsstätte nicht schließen muss und sexuelle Dienstleistungen unter geeigneten Hygieneauflagen erbringen darf oder zumindest erotische Massagen. Dies ist der Fall, wenn sich die Verbotsregelung als (teil-)rechtswidrig erweist, da sie auf einer unzureichenden gesetzlichen Grundlage beruht, ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt oder sie

¹² Alternativ kann diese Voraussetzung auch im Rahmen der Begründetheit geprüft werden. Für „tendenziell problematisch“ hält das OVG Hamburg die Vorwegnahme der Hauptsache bei Feststellungsbegehren, die auf Rechtsschutz gegen Verordnungen nach § 123 VwGO gerichtet sind, Beschl. v. 20.5.2020 – 5 Bs 77/20, Rn. 13, da in solchen Fällen die „ersichtlich begehrte Vorwegnahme der Hauptsache tatsächlich einen recht endgültigen Charakter hätte“. Das Gericht argumentiert, dass in solchen Fällen der Antrag „nichts Anderes dar[stellt] als ein in die äußere Form eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gekleidetes Feststellungsbegehren, mit dem die Antragstellerin tatsächlich ein beschleunigtes gerichtliches Verfahren anstrebt, welches die ebenfalls erhobene Klage gleichen Inhalts durch Erledigung der Hauptsache überflüssig machen soll.“ Daher kann mit entsprechender Argumentation hier eine andere Ansicht vertreten werden. In dem Fall wäre das Begehren als auf die Duldung der Tätigkeit von P gerichtet auszulegen, siehe dazu Fn. 5.

mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist.¹³

1. Ermächtigungsgrundlage und formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung wurde auf Grundlage der §§ 32, 28a IfSG formell rechtmäßig erlassen.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

§ 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO erfüllen die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, müssten jedoch auch mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Insbesondere ist fraglich, ob die Verbote im Einklang mit den Grundrechten des P stehen.¹⁴ P macht geltend, dass die Verordnung gegen sein Recht auf freie Berufsausübung und eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verstößt und zudem, dass sie eine nach Art. 3 Abs. 1 GG verbotene Ungleichbehandlung gegenüber anderen Freizeiteinrichtungen und Sportstätten darstellt.

a) Art. 12 Abs. 1 GG¹⁵

Eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG ist anzunehmen, wenn der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet ist, ein Eingriff vorliegt und dieser verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

aa) Schutzbereich

(1) Persönlich

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist ein Deutschengrundrecht. Nach Art. 116 Abs. 1 GG ist Deutscher, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Es lässt nichts darauf schließen, dass P eine ausländische Staatsangehörigkeit hat, weshalb davon auszugehen ist, dass der persönliche Schutzbereich eröffnet ist.

(2) Sachlich

Weiter muss der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Die Berufsfreiheit stellt trotz des andersartig lautenden Wortlauts des Abs. 1 ein einheitliches Freiheitsgrundrecht dar, welches sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung um-

¹³ Zu diesem Prüfungsmaßstab vgl. VG Hamburg, Beschl. v. 8.12.2020 – 15 E 4706/20, S. 6; OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – 5 Bs 114/20, Rn. 8, 12.

¹⁴ *Hufen* (Fn. 3), § 30 Rn. 15.

¹⁵ Alternativ kann die Prüfung von Art. 12 und Art. 3 GG zusammengeführt werden (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG), so wie etwa in BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, Rn. 149 ff. Das Gericht stellt fest, dass eine an sich verhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit deshalb verfassungswidrig sein kann, weil damit zugleich eine Ungleichbehandlung begründet wird: „Ungeachtet der Anforderungen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, können Berufsausübungsregelungen nur dann Bestand haben, wenn sie auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten“.

fasst.¹⁶ Ein Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, welche der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.¹⁷ Auch selbständige Berufe sollen von der Berufsfreiheit gedeckt werden.¹⁸ P betreibt die Prostitution, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Auch lässt nichts auf eine mangelnde Dauerhaftigkeit seiner Tätigkeit schließen.

In der Vergangenheit wurde diskutiert, ob die Prostitution aufgrund von „Gemeinschaftsschädigung“ aus dem sachlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit herausfallen soll.¹⁹ Jedoch hat sich die gesellschaftliche Einstellung zur Prostitution zunehmend insofern gewandelt, dass, auch wenn man die professionelle Ausübung von Prostitution missbilligen mag, wohl nicht umhin kommt, ihr die Berufseigenschaft zuzuschreiben.²⁰ Die Prostitutionstätigkeit des P ist somit als Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zu verstehen. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet.

bb) Eingriff

Fraglich ist zunächst, welche Rechtsnatur der Eingriff in die Berufsfreiheit des P hat. Eine subjektiv berufsregelnde Tendenz liegt bei einer unmittelbaren Beschränkung vor, wohingegen eine objektiv berufsregelnde Tendenz zu bejahen ist, wenn die Regelung mittelbar die in Art. 12 Abs. 1 GG gesicherten Rechte berührt. Der § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO verbietet das Öffnen von Prostitutionsstätten. Nicht hingegen wird die Wahl der Prostitution als Beruf an sich eingeschränkt. Die Regelung ist also unmittelbar und final auf die Begrenzung der nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG abgesicherten Berufsausübung gerichtet.

cc) Rechtfertigung

Gerechtfertigt ist der Eingriff, wenn die Regelung den Schrankenvorbehalt erfüllt und des Weiteren insbesondere nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

(1) Einschränkung

Der Schrankenvorbehalt ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Demnach kann die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Nach allgemeiner Ansicht bezieht sich der einfache Gesetzesvorbehalt in Satz 2 sowohl auf die Berufswahl als auch die Berufsausübung.²¹ Grundsätzlich ist eine Einschränkung durch formelle Gesetze und Rechtsverordnungen möglich.²² Jedoch

muss die Rechtsverordnung in diesem Fall auf einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen.²³ Die Coronaverordnung stellt kein formelles Gesetz dar, basiert jedoch auf einer hinreichenden formell-gesetzlichen Grundlage.

(2) Verhältnismäßigkeit

Die Verbote in § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO müssen verhältnismäßig sein, also einem legitimen Zweck dienen, sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein, um diesen zu erreichen.²⁴

(a) Legitimer Zweck

Die Regelung müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Im Kontext von Art. 12 Abs. 1 GG ist diesbezüglich die Drei-Stufen-Theorie zu berücksichtigen. Diese knüpft an die Art des Eingriffs an. Handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung, so bedarf es vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls.²⁵ Wenn der Zugang zum Beruf beschränkt wird, muss diese Regelung den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes bezwecken.²⁶ Liegen die Gründe für die Berufszugangsregelung außerhalb der Risikosphäre des Betroffenen, so handelt es sich um eine objektive Berufszugangsregelung und nur die Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher, schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut kann die Maßnahme rechtfertigen.²⁷ Die angeordnete Schließung mag zwar eine Berufsausübungsregelung darstellen, führt jedoch dazu, dass P während ihrer Geltung unter keinen Umständen seinem Beruf nachgehen kann. Die Regelung verbietet es P nicht, der Prostitution nachzugehen, sondern ordnet „lediglich“ ein Verbot der sexuellen Dienstleistung und der Öffnung der Prostitutionsgewerbe an. Dies hat faktisch jedoch den gleichen Effekt wie eine objektive Wahlregelung. In diesen Fällen soll, obwohl es sich theoretisch gesehen um eine Berufsausübungsregelung handelt, der Rechtfertigungsmaßstab der objektiven Wahlregelung angewandt werden.²⁸ Demnach dient § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO nur dann einem legitimen Zweck, wenn dadurch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt wird.

Durch die hohe Ansteckungsrate und die teilweise sehr schweren Verläufe stellt die Pandemie eine große Gefahr für die Gesundheit der Gesamtbevölkerung dar.²⁹ Die Volksgesundheit ist daher als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu verstehen,³⁰ weshalb die Regelung dem Zweck-Erfordernis der Drei-Stufen-Theorie genügt.

¹⁶ Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 95. Lfg., Stand: Juli 2021, Art. 12 Rn. 266.

¹⁷ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 40 Rn. 8.

¹⁸ Scholz (Fn. 16), Art. 12 Rn. 267.

¹⁹ Scholz (Fn. 16), Art. 12 Rn. 36.

²⁰ Zur Beurteilung von Berufen im Kontext der Zeit siehe Scholz (Fn. 16), Art. 12 Rn. 36.

²¹ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – BvR 596/56, Rn. 77.

²² Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 48. Ed., Stand: August 2021, Art. 12 Rn. 76.

²³ Ruffert (Fn. 22), Art. 12 Rn. 76.

²⁴ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 16), Art. 20 Abs. 3 Rn. 110.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – BvR 596/56, Rn. 83.

²⁶ Scholz (Fn. 16), Art. 12 Rn. 335.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – BvR 596/56, Rn. 86.

²⁸ Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, Rn. 707.

²⁹ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – 5 Bs 114/20, Rn. 16.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – BvR 596/56, Rn. 108.

(b) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste weiter geeignet sein, das Ziel der Pandemiebekämpfung zu gewährleisten. Das ist der Fall, wenn sie dazu beiträgt, den legitimen Zweck zu erreichen.³¹ Eine Untersagung der Prostitution wird jedenfalls dazu beitragen, dass sich auf diesem Wege weniger Infektionen ereignen als durch eine Öffnung, wodurch die Maßnahme geeignet ist, das Ziel zu fördern.

(c) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit der Maßnahme wäre zu bejahen, wenn der Gesetzgeber zur Erreichung des Zweckes von allen gleich geeigneten Mitteln, jenes ausgewählt hat, welches die grundrechtlichen Positionen am wenigsten beeinträchtigt.³² Statt des generellen Verbotes der Öffnung von Prostitutionsstätten käme eine Öffnung unter Auflagen infrage. So könnte das regelmäßige Lüften, Einhalten des Mindestabstandes, Desinfizieren der Geschäftsräume und Sammeln von Kundendaten einen hinreichend geeigneten Schutz vor Ansteckungen darstellen. Das Robert-Koch-Institut stellt weiterhin fest, dass das Einhalten von Abstandsregelungen wie auch das Tragen eines medizinischen Mund-Nasen-Schutzes das Infektionsrisiko deutlich einschränken kann.³³ P könnte sein Angebot auch im Sinne der bundesrechtlichen Regelung nur auf erotische Massagen begrenzen, was das Infektionsrisiko weiter reduzieren könnte. Das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes mag lebensfremd sein, ist aber auch während der erbrachten Dienstleistung grundsätzlich möglich.

Jedoch ist bei der Einhaltung sämtlicher Hygienekonzepte und selbst bei zusätzlicher Beschränkung auf erotische Massagen nicht auszuschließen, dass es zu einer erhöhten Atemfrequenz kommen kann.³⁴ Auch eine Maskenpflicht wird je nach Enge und Dauer des Körperkontakts nur einen Teil der Aerosole und Tröpfchen abfangen können und somit in Konsequenz eine Infektion nicht vollends ausschließen.³⁵ Die Kontrollierbarkeit der einzelnen Hygieneanordnung ist ebenfalls schwierig. So kann faktisch nicht kontrolliert werden, ob oder wie P oder seine Kundschaft sich an die Auflagen halten.³⁶ Es kann somit auch unter Einhaltung eines Hygienekonzeptes nicht der vollumfängliche Infektionsschutz sichergestellt werden, welcher durch die angeordnete Schließung erreicht wird, was zu einer Bejahung der Erforderlichkeit führt.

(d) Angemessenheit

Die Maßnahme ist angemessen, wenn der Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem durch den Eingriff verfolgten Zweck steht.³⁷ Auf Seiten des P liegt eine Beeinträchtigung der Berufs-

freiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vor. Der Schutz der Bevölkerung ist in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verankert. Die angeordnete Schließung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit des P dar. Dieser ist durchaus geeignet, P in eine wirtschaftliche Notsituation zu stürzen,³⁸ welche insbesondere in Verbindung mit der besonderen wirtschaftlichen Vulnerabilität von Arbeiter*innen im Prostitutionsgewerbe noch belastender sein kann. Auf der anderen Seite steht das Ziel der Eindämmung der Gefahr für Leib und Leben der Bevölkerung, welche der Staat aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abzuwenden verpflichtet ist.³⁹ Das Grundrecht auf Leben verkörpert einen verfassungsrechtlichen Höchstwert und stellt die vitale Basis für alle anderen Grundrechtsausübungen dar.⁴⁰ Die akute Gefährdung des Rechtsgutes Leben wird weiter durch die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag untermauert. Es erscheint daher angemessen, die Bewältigung dieser hohen Gefahr für die Gesundheit und das Leben der gesamten Bevölkerung gegenüber den Individualinteressen des P zu priorisieren, auch wenn für ihn dadurch schwere wirtschaftliche Folgen entstehen. Im Ergebnis muss die Berufsfreiheit des P hinter dem Schutz der Volksgesundheit zurücktreten.

b) Art. 14 Abs. 1 GG

Eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als eine nach Art. 14 Abs. 1 GG gestützte Rechtsposition hat von vornherein auszuschließen. Denn der Schutzbereich erfasst nur den konkreten Bestand an gewerblichen Rechten und Gütern. Die Verbote im Prostitutionssektor betreffen dagegen nicht die Gewerbe des P als solche, sondern lediglich die Umsatz- und Gewinnchancen des P. Diese sind jedoch, ebenso wie im Rahmen der allgemeinen Eigentumsgarantie, nicht vom Schutzbereich erfasst.⁴¹

c) Art. 3 Abs. 1 GG

Die Maßnahme könnte jedoch deshalb materiell-rechtswidrig sein, weil sie P in seinem Recht auf Gleichbehandlung tangiert. Dies ist der Fall, wenn dadurch wesentlich Gleiches zu Unrecht ungleich oder wesentlich Ungleiches zu Unrecht gleichbehandelt wird.⁴²

aa) Wesentlich Gleiches ungleich behandelt

Dadurch, dass das Prostitutionsgewerbe im Gegensatz zu Fitnessstudios und Massagesalons nicht öffnen darf, liegt eine Ungleichbehandlung vor. Fraglich bleibt die „wesentliche Gleichheit“ von Prostitutionsstätten, welche nur erotische Massagen anbieten, gegenüber Wellness-Massagesalons und Fitnessstudios. Beide Vergleichsgruppen lassen sich unter

³¹ Grzeszick (Fn. 24), Art. 20 Abs. 3 Rn. 112.

³² Grzeszick (Fn. 24), Art. 20 Abs. 3 Rn. 113.

³³ Aus: Empfehlungen des Robert-Koch-Institutes zu Hygienemaßnahmen, Stand 22.3.2021.

³⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 19.

³⁵ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 22.

³⁶ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 23.

³⁷ Grzeszick (Fn. 24), Art. 20 Abs. 3 Rn. 117.

³⁸ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 26.

³⁹ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 26.

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, Rn. 153.

⁴¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.11.2020 – 13, MN 485/20, Rn. 5.

⁴² Vgl. zum Prüfungsmaßstab: BVerfG, Beschl. v. 10.7.2012 – 1 BvL 2/10, Rn. 21.

dem Oberbegriff „Freizeiteinrichtungen“ zusammenfassen. Der Bezugspunkt der Vergleichbarkeit besteht im Hinblick auf das Infektionsrisiko, konkreter im Hinblick auf das Infektionsrisiko von Freizeiteinrichtungen, die unter Bedingungen eines hohen Aerosolausstoßes und besonderer Körpernähe arbeiten. Somit liegt eine Vergleichbarkeit zwischen beiden vom Gesetzgeber ungleichbehandelten Vergleichsgruppen vor, wodurch sich die Frage der Rechtfertigung stellt.⁴³

bb) Rechtfertigung

Die Differenzierung zwischen dem Prostitutionsgewerbe des P gegenüber Fitnessstudios und Massagesalons könnte gerechtfertigt sein, wenn Sachgründe die unterschiedliche Behandlung in verhältnismäßiger Weise rechtfertigen. Je nach Regelungsgegenstand greift dafür als Maßstab stufenlos gelockert das Willkürverbot etwa bei leichten Eingriffen bis hin zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse bei hoher Eingriffsintensität.⁴⁴ Der Prüfungsmaßstab kann sowohl durch das Ausmaß der Ungleichbehandlung als auch durch die Intensität der Ungleichbehandlung zwischen Betroffenen und Vergleichsgruppe verschärft werden.⁴⁵ Die ungleichbehandelnde Maßnahme stellt gegenüber P eine faktische Berufszugangsregelung dar. Hingegen sind die Fitnessstudios und Massagesalons lediglich von einer reinen Berufsausübungsregelung betroffen, welche ihnen die Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit unter Auflagen weiterhin ermöglicht. Insbesondere zeigt die Tatsache, dass für die Rechtfertigung einer Berufszugangsregelung im Vergleich zu der Berufsmodalitätenregelung deutlich strengere Anforderungen an den legitimen Zweck bestehen, dass eine nicht unerhebliche Ungleichbehandlung zwischen beiden Vergleichsgruppen vorliegt. Weiter ist die Anordnung geeignet, P in eine finanzielle Notsituation zu stürzen,⁴⁶ sodass die Ungleichbehandlung schwere Rechtsfolgen auslöst. Folglich erscheint ein strenger Rechtfertigungsmaßstab in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten.⁴⁷

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gestaltet sich als eine Entsprechungsprüfung, bei welcher beurteilt wird, ob sachliche Gründe die Ungleichbehandlung aufwiegen können.⁴⁸ Die Unterschiede zwischen den Freizeiteinrichtungen müssten so groß und gewichtig sein, dass die Differenzierung in der Coronaverordnung angemessen erscheint. Für die Angemessenheit der Ungleichbehandlung spricht, dass im Vergleich

zu einer Wellness-Massage sexuelle Erregung zu einer erhöhten Atemfrequenz und entsprechend einem höheren Aerosol-ausstoß führt, welche dann durch die jeweils andere Person eingeatmet werden können.⁴⁹ Hiergegen lässt sich jedoch anführen, dass in Fitnessstudios ebenfalls die Lungenaktivität zumeist erhöht ist. Das Einhalten der Abstandsregelungen ist hingegen möglich,⁵⁰ während die erotische Massage eine sexuelle Begegnung darstellt und sich somit enger Körperkontakt zwischen P und seinen Kund*innen nicht vermeiden lässt.⁵¹ Bedeutendes Indiz gegen die Angemessenheit ist wiederum, dass im Vergleich zu anderen körpernahen Dienstleistungen kein erhöhtes Infektionsrisiko durch das Robert-Koch-Institut festgestellt werden konnte.⁵² Weiter sind Prostituierte durch einen Berufsausfall besonders gefährdet.⁵³

Als problematisch im Prostitutionssektor erweist sich, dass selbst wenn die Öffnung unter Auflagen wieder gestattet ist, die Kontrollierbarkeit der Maßnahmen nicht in gleichem Maße gegeben ist wie bei der Wellness-Massage und in Fitnessstudios. Jedenfalls gäbe es dort grundsätzlich keine Einwände gegen etwaige Kontrollbesuche durch weitere Angestellte, wohingegen diese bei der Prostitution nicht in sozial-adäquater Weise durchgeführt werden könnten.⁵⁴ Ebenfalls könnte die sachliche Nüchternheit von Prostituierten im Gegensatz zu Krankenpfleger*innen und Physiotherapeut*innen angezweifelt werden.⁵⁵ Hiergegen spricht jedoch, dass eine Kontrolle von jeglichen Schutzmodalitäten im Prostitutionsgewerbe stets auf Vertrauen beruht hat, denke man nur an die im ProstSchG geregelte Kondompflicht.⁵⁶ Auf welcher sachlichen Grundlage Prostituierte weniger „sachlich nüchtern“ als andere Dienstleistende im körpernahen Bereich zu betrachten wären, ist zudem völlig unklar, zumal Prostituierte ein ureigenes Interesse daran haben, die Maßnahmen einzuhalten; einerseits zum Schutz vor einer Infektion, andererseits, weil anderenfalls eine Schließung droht.⁵⁷ Im Ergebnis lassen sich daher nicht hinreichend angemessene Gründe im Hinblick auf die Infektionsgefahr feststellen, um eine Ungleichbehandlung zwischen erotischen Massagen erbringenden Prostitutionsstätten, Wellnessmassagesalons und Fitnessstudios zu rechtfertigen.⁵⁸

II. Anordnungsgrund

Als Anordnungsgrund i.S.v. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO kommt eine drohende Vereitelung oder Erschwerung des materiellen

⁴³ Vergleichbarkeit ebenfalls: OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 29.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, Rn. 64.

⁴⁵ *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 16), Art. 3 Abs. 1 Rn. 268.

⁴⁶ Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 26.

⁴⁷ Andere Ansicht gut vertretbar. Auch wäre es möglich, die Abwägung bereits in der Erforderlichkeit der Berufsfreiheitsprüfung vorzunehmen, so das OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – 5 Bs 114/20, Rn. 20 ff.

⁴⁸ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 22), Art. 3 Rn. 37.

⁴⁹ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 18.

⁵⁰ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 31.

⁵¹ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 19.

⁵² OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 34.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 23.

⁵⁵ So ausdrücklich das OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020 – Bs 114/20, Rn. 19.

⁵⁶ Siehe § 32 Abs. 1 ProstSchG.

⁵⁷ OVG Magdeburg, Beschl. v. 3.9.2020 – 3 R 156/20, Rn. 31.

⁵⁸ Sowohl die Vereinbarkeit mit als auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist gut vertretbar. Im Ergebnis wie hier OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.6.2021 – 13 MN 298/21, Rn. 13.

Anspruchs des P in Betracht. Beide Voraussetzungen sind nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920, 294 ZPO glaubhaft zu machen. Die vorläufige Feststellung, dass P seine Prostitutionsstätte bis zur Entscheidung in der Hauptsache betreiben darf, ist zur Abwendung wesentlicher wirtschaftlicher Nachteile erforderlich und kann angesichts der Eilbedürftigkeit und insbesondere der zeitlichen Befristung der Geltungskraft der CoronaVO nicht eine Entscheidung der Hauptsache abwarten.

III. Inhalt der Entscheidung

Nach einem Umkehrschluss des § 47 Abs. 5 Hs. 2 VwGO steht dem Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren keine Normverwerfungskompetenz bei Rechtsverordnungen zu. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg gälte also nur *inter partes*. Entsprechend wird im vorläufigen Rechtschutzverfahren § 4b Abs. 2 S. 1 und S. 5 CoronaVO nur *inter partes* für vorläufig unanwendbar erklärt.

Teil 2: Rechtsschutz gegen die Bundesnotbremse

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG⁵⁹

Nach Art. 93 Abs. 3 GG i.V.m. § 32 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, soweit das BVerfG ebenfalls für die Hauptsache zuständig ist. Für Fälle, in denen eine Person behauptet durch ein Bundesgesetz in ihren Grundrechten verletzt zu sein, ist in der Hauptsache eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG statthaft. P behauptet, durch § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG in seinen Grundrechten verletzt zu sein, sodass in der Hauptsache die Verfassungsbeschwerde statthaft wäre. Somit ist die Zuständigkeit des BVerfG für den Erlass einer einstweiligen Anordnung in dieser Sache begründet.

II. Antragsberechtigung

Mangels eigenständiger Voraussetzungen der Antragsberechtigung in § 32 Abs. 1 BVerfGG richtet sie sich nach den entsprechenden Voraussetzungen in der Hauptsache. P ist als eine natürliche Person nach § 90 Abs. 1 BVerfGG antragsberechtigt.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Die Zulässigkeit des Antrages nach § 32 Abs. 1 BVerfGG ist nicht davon abhängig, dass das Bundesverfassungsgericht be-

reits mit dem Hauptsacheverfahren befasst ist. Vielmehr sind sogenannte isolierte Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bereits vor der Antragsstellung im Hauptsacheverfahren möglich.⁶⁰ Somit müsste P lediglich einen entsprechenden Antrag stellen.

Eine Vorwegnahme der Hauptsache führt grundsätzlich zur Unzulässigkeit des Antrages, jedoch kann aufgrund von Eilbedürftigkeit sowie sonst schweren und nicht wiedergutmachenden Nachteilen, angesichts des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, das Rechtsschutzbedürfnis trotzdem bejaht werden.⁶¹ Angesichts der Tatsache, dass nach § 28b Abs. 10 IfSG die Bundesnotbremsenregelung zeitlich befristet ist, und unter Berücksichtigung der P drohenden wirtschaftlichen Notlage sind beide Voraussetzungen hier erfüllt.

IV. Form

Für den einstweiligen Rechtsschutz vor dem BVerfG gilt das allgemeine Schriftformerfordernis aus § 23 Abs. 1 BVerfGG sowie die Begründungs- und Beweispflicht aus § 23 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BVerfGG.

V. Frist

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt des § 32 Abs. 2 S. 2 BVerfGG ist die Hauptsache. Danach hat sich auch das Fristerfordernis des Eilantrages zu richten. Nach § 93 Abs. 3 BVerfGG hat P die Verfassungsbeschwerde binnen eines Jahres seit Inkrafttreten des § 28b IfSG zu erheben.

B. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, soweit eine vorläufige Regelung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum Gemeinwohl dringend geboten erscheint.⁶²

Bei der Entscheidung über die einstweilige Anordnung haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die in der Hauptsache begehrte Feststellung erwies sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.⁶³ Eine Offensichtlichkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn das Gericht zum Zeitpunkt

⁶⁰ *Walter*, in: *Walter/Grünwald* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfGG*, 11. Ed., Stand: Juli 2021, § 32 Rn. 18.

⁶¹ BVerfG, *Beschl. v. 21.04.2020 – 2 BvQ 21/20*, Rn. 2 (st. Rspr.).

⁶² BVerfG *Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21*, Rn. 18 (st. Rspr.).

⁶³ Dennoch lässt sich in der Praxis beobachten, dass die Erfolgsaussichten der Hauptsache tatsächlich verdeckt von Bedeutung sind, da es vergleichsweise selten zum Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt und sich anschließend das Hauptsacheverfahren als erfolglos erweist, *Walter* (Fn. 60), § 32 Rn. 49.

⁵⁹ Vertretbar, jedoch klausurtaktisch fernliegend und entgegen der eindeutigen Praxis des BVerfG wäre hier ein erneutes Vorgehen nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vor dem Verwaltungsgericht, gerichtet auf die Feststellung (bzw. Duldung), dass sich aus § 28b IfSG keine Rechte oder Pflichten für den P ergeben, die Grundlage für Vollzugsakte gegen ihn sein könnten. Zu dieser, nach hier vertretener Auffassung, Minderansicht siehe *Greve/Lassahn*, *NVwZ Extra* 10a/2021, 1 (5 f.).

seiner Entscheidung der Auffassung ist, dass kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der dem Hauptsacheverfahren zum Erfolg verhelfen könnte.⁶⁴ Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens muss das Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Folgenabwägung die Nachteile abwägen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.⁶⁵

I. Offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache

Die Hauptsache darf nicht von vornherein unzulässig erscheinen. Zweifel an der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde können sich allein bezüglich der Beschwerdebefugnis, Subsidiarität und des Rechtsschutzbedürfnisses ergeben.

1. Beschwerdebefugnis

P müsste bereits durch die bloße Existenz des § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Die Vorschrift entfaltet seine Verbotswirkung für alle Prostituierten ohne weiteren Vollzugsakt, soweit die 7-Tage-Inzidenz auf drei aufeinander folgenden Tagen überschritten bleibt. Dies ist in Hamburg der Fall. Deshalb ist P beschwerdebefugt.⁶⁶

2. Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 BVerfGG muss vor der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg erschöpft werden. Im weiteren Sinne meint Subsidiarität auch, dass alle prozessualen Möglichkeiten einschließlich der außerhalb des ordentlichen Rechtswegs liegenden Rechtsbehelfe auszuschöpfen sind.⁶⁷ Vorherigen gerichtlichen Schutz gegen die Prostitutionsverbote auf bundesrechtlicher Ebene hat P nicht gesucht. Allerdings ist zu beachten, dass § 28b IfSG seine Verbotswirkung unmittelbar, ohne weiteren Vollzugsakt, wogegen P fachgerichtlich vorgehen könnte, entfaltet. Der Betrieb seiner Prostitutionsstätte unter Inkaufnahme eines Bußgeldbescheides, im Rahmen dessen die Rechtmäßigkeit des § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG von den ordentlichen Gerichten inzident zu prüfen wäre, kann P angesichts seiner ohnehin angespannten finanziellen Situation und insbesondere mit Blick auf das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht zugemutet werden. Zu beachten ist zudem, dass es P spezifisch um verfassungsrechtliche Fragen geht, die das BVerfG zu be-

antworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären.⁶⁸ Somit bedarf es nicht einer vorangehenden fachgerichtlichen Entscheidung.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Auch bezüglich der Verfassungsbeschwerde stellt sich die Frage, ob sie als Rechtsschutzmittel P tatsächlich zum Erreichen seines Rechtsschutzzieles, angesichts der bestehenden noch strengeren landesrechtlichen Vorschriften, verhelfen kann.

Dazu gilt das schon oben im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses des Antrages nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO Gesagte. Zwar würde die vorläufige Außervollzugsetzung der bundesrechtlichen Ausgangsbeschränkung nicht die auf Grundlage des Landesrechts weiterhin bestehenden Grundrechtseingriffe beseitigen. Jedoch führt das nicht zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses für Verfassungsbeschwerden gegen die bundesrechtliche Regelung. Der verfassungsgerichtliche Schutz drohte leerzulaufen, wenn P im Verfahren gegen die Beschränkung nach § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG das Fortbestehen der landesrechtlichen Regelung entgegengehalten werden könnte, ihm aber folgerichtig zugleich statthafter Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO mit der Erwägung versagt werden könnte, es mangle dafür wegen der fortbestehenden bundesrechtlichen Regelung der Prostitution am Rechtsschutzbedürfnis. Dieses bleibt daher für die verschiedenen Rechtsbehelfe, gegen die auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhenden Beschränkungen jeweils, erhalten.⁶⁹

II. Offensichtliche Unbegründetheit der Hauptsache

Ob der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG durch die Beschränkung der Tätigkeit des P in § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG gerechtfertigt ist, lässt sich erst auf Ebene der Angemessenheit abschätzen (vgl. oben). Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände im Prostitutionssektor und der Entwicklung des Infektionsgeschehens ist offen, ob die Einschränkung des Prostitutionsgewerbes allein auf erotische Massagen verfassungsgemäß ist oder ob nicht vielmehr auch andere sexuelle Dienstleistungen erlaubt sein sollten.⁷⁰ Daher kann nicht ohne Weiteres argu-

⁶⁴ Walter (Fn. 60), § 32 Rn. 46, der angesichts der Praxis des Gerichts, sich auch vertieft mit den Erfolgsaussichten auseinanderzusetzen, hier die Formulierung „summarische Prüfung“ als missverständlich kritisiert, Rn. 46.1.

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 19 (st. Rspr.).

⁶⁶ Zur Beschwerdebefugnis im Fall von § 28b IfSG siehe ausführlich BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 85 f.

⁶⁷ Ebert, ZJS 2015, 485 (489 f.).

⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 26; Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 101–103.

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 97.

⁷⁰ Für Beispiele über in der Hinsicht zu berücksichtigenden, hinsichtlich der Infektionsgefahr mit erotischen Massagen vergleichbaren Sexualdienstleistungen vgl. OVG Münster, Beschl. v. 8.9.2020 – 13 B 902/20.NE, Rn. 17: „beispielsweise auch BDS-D/ Domina-Dienstleistungen, [...] und – soweit es um die Erbringung sexueller Handlungen geht – auch Escort-Serviceleistungen oder die behindertengerechte Sexualbegleitung/-assistenz.“

mentiert werden, dass ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG offensichtlich nicht vorliegt.

Hingegen ist der Schutzbereich von Art. 14 GG offensichtlich nicht eröffnet. Bei Beschränkungen der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit von Prostituierten kommt schwerpunktmäßig nicht Art. 14 Abs. 1 GG, sondern Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.⁷¹ Auch eine Ungleichbehandlung des Prostitutionsgewerbes nach Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber Fitnessstudios und massageerbringenden Dienstleistenden ist bei § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG ersichtlich nicht anzunehmen. Denn die Vorschrift trägt gerade dem Gleichheitsgebot Rechnung, indem sie es Prostituierten gestattet, erotische Massagen zu erbringen. Weitere, mit nicht-erotischen Massagen vergleichbare sexuelle Dienstleistungen bleiben nach § 28b Abs. 1 Nr. 3 GG zwar weiterhin verboten. Diesbezüglich besteht aber auch keine Vergleichbarkeit zu Fitness- oder Massagestudios. Daher ist eine Ungleichbehandlung nicht anzunehmen.

III. Folgenabwägung

Die Begründetheitsprüfung eines einstweiligen Antrages nach § 32 Abs. 1 BVerfGG hängt schließlich von der Abwägung im Rahmen der sog. Doppelhypothese ab. Dabei werden die Nachteile, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, abgewogen mit den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen werden würde, das Hauptsacheverfahren aber später erfolglos bliebe.

Wegen der häufig weittragenden Folgen einer einstweiligen Anordnung zur Außerkraftsetzung eines Gesetzes, ist regelmäßig ein strenger Maßstab bei der Entscheidung, ob eine einstweilige Anordnung erlassen wird, anzulegen. Wird die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt, gelten dafür besonders hohe Hürden. Denn das BVerfG darf von seiner Befugnis, den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, weil dies einen erheblichen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstellt. Die Erheblichkeit dieses Eingriffs folgt aus dem Umstand, dass durch eine solche einstweilige Anordnung das angegriffene Gesetz allgemein und nicht nur in der Beziehung zu P außer Vollzug gesetzt wird. Deshalb sind in die Folgenabwägung auch die Auswirkungen einzubeziehen, die nicht nur P, sondern auch sämtliche andere vom Gesetz Erfasste betreffen. Müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe schon im Regelfall so schwer wiegen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabdingbar machen, so müssen sie, wenn beantragt ist, den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, darüber hinaus besonderes Gewicht haben. Insoweit ist von entscheidender Bedeutung, ob die Nachteile für P irreversibel oder auch nur sehr erschwert revidierbar sind, um sein Aussetzungsinteresse durchschlagen zu lassen. Stehen die jeweiligen Nachteile der abzuwägenden Folgenkonstellationen einander in etwa gleichgewichtig gegenüber, verbietet es das sich aus dem Grundsatz

der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergebende Zurückhaltungsgebot des BVerfG, das angegriffene Gesetz auszusetzen, bevor umfassend im Rahmen der Hauptsache geklärt werden kann, ob § 28b Abs. 2 Nr. 3 IfSG mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht setzt ein Gesetz also nur dann vorläufig außer Vollzug, wenn die Gründe für den Erlass der einstweiligen Anordnung überwiegen.⁷²

Es sind daher die Nachteile zu berücksichtigen, die bei dem Fortbestand der Norm sowie bei ihrer Außerkraftsetzung allen Betroffenen entstünden.⁷³ Zwar sind die P speziell und dem Prostitutionssektor allgemein entstehenden Nachteile beim Fortbestand des § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG nicht unerheblich. Jedoch erscheint aufgrund der generell ungewissen Lage einer Pandemie die Prognose, dass die Folgen der Außervollzugsetzung der Vorschrift auch erhebliche, wenn auch im Einzelnen nicht sicher prognostizierbare Infektionsrisiken für „grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Interessen einer großen Anzahl Dritter“⁷⁴ verursachen können, angemessen. Wissenschaftliche Studien, wie die vom Robert-Koch-Institut Vorgelegte, können wesentliche Indizien zur Ausbreitung des Infektionsgeschehens liefern, operieren zurzeit jedoch ebenfalls in einem Bereich der besonderen Unsicherheit. Deshalb ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, sich trotzdem für eine besonders vorsichtige Vorgehensweise bei der Eindämmung der Pandemie zu entscheiden. Diese Entscheidung erscheint hier vernünftig und die damit geschützten Rechtspositionen nicht weniger gewichtig als die des P und sonstiger Prostituierte. Schließlich ist zu beachten, dass wirtschaftliche Verluste, wenn auch schwerwiegend, nicht per se irreversibel sind. Solchen Verlusten versucht der Gesetzgeber mit der ausnahmsweisen Zulassung der Erbringung erotischer Massagen und der zeitlichen Begrenzung der Geltungsdauer der Notbremse gerade Rechnung zu tragen.

In Anbetracht der hypothetischen Folgen, die die Entscheidung des BVerfG verursachen könnte, erscheint der mit einer Außervollzugsetzung einhergehende Eingriff in der originären Zuständigkeit des Gesetzgebers nicht geboten. Im Ergebnis ist § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG deshalb nicht vorläufig außer Vollzug zu setzen.⁷⁵

⁷² Zu diesem gesamten Maßstab siehe: BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 20.

⁷³ *Walter* (Fn. 60), § 32 Rn. 37.

⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 5.12.2020 – 1 BvQ 145/20, Rn. 6.

⁷⁵ Ein anderes Ergebnis ist hier vertretbar, siehe aber BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 (Eilverfahren) und BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 (Hauptsacheverfahren), in denen das Gericht einzelne Regelungen des § 28b IfSG (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen) weder im Eilverfahren außer Vollzug setzte noch später im Hauptsacheverfahren für verfassungswidrig erklärte. Jedenfalls müsste eine im Ergebnis hier abweichende Lösung, angesichts des besonders strengen Prüfungsmaßstabes bei der vorläufigen Außerkraftsetzung von Gesetzen, sehr überzeugend argumentieren, warum die vorläufige Außerkraftsetzung von § 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG dennoch geboten ist.

⁷¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, Rn. 91.