

Schriftleitung und Redaktion:

Prof. Dr. Bernhard Stürer (Schriftleiter: DVBI-aktuell, Abhandlungen, Berichte, Rezensionen und Rechtsprechung), Münster/Osnabrück · Dr. Caspar David Hermanns (Redaktion: DVBI-aktuell und Rechtsprechung), Osnabrück

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz, Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin · Dr. Caspar David Hermanns, Rechtsanwalt, FAVwR, Osnabrück · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Bernhard Stürer, Rechtsanwalt, FAVwR, Münster/Osnabrück

Aufsätze

Wettbewerbsverzerrung im Einzelhandel durch die Corona-Schutzverordnungen?

von Prof. Dr. Ulrich Jan Schröder, Duisburg, und Prof. Dr. Hendrik Schröder, Duisburg-Essen*

Durch die Corona-Schutzverordnungen können Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Die Betriebsuntersagungen der Corona-Schutzverordnungen sind gravierende Eingriffe in die Berufsfreiheit und in das Eigentumsgrundrecht der betroffenen Einzelhandelsbetriebe. Eine klarere gesetzliche Eingriffsgrundlage wäre, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten, so doch wünschenswert gewesen. Für künftige Betriebsuntersagungen ist eine Klarstellung des Infektionsschutzgesetzes verfassungsrechtlich geboten.

I. Einleitung

Die Landesregierungen haben zum Zweck der Bekämpfung der Corona-Pandemie im Wege von Rechtsverordnungen im März 2020 umfangreiche Betriebsuntersagungen angeordnet, die gerade den Einzelhandel stark getroffen haben. Nach dem 15.04.2020 haben die Bundesländer ihre Rechtsverordnungen überarbeitet und »Lockerungen« auch für den Einzelhandel vorgesehen. Allerdings durften zunächst nur bestimmte Betriebstypen und Branchen unabhängig von der Größe der Verkaufsfläche öffnen, andere Einzelhändler dagegen gar nicht oder nur unter zusätzlichen Einschränkungen, wie z.B. der Beschränkung auf 800 m² Verkaufsfläche. Die differenzierte Aufhebung von Freiheitseinschränkungen wirft die Frage nach der Gleichheitskonformität der Differenzierungen auf. Im Folgenden wird die Zulässigkeit der Betriebsuntersagungen und damit auch die Frage der Verzerrung des Wettbewerbs im Einzelhandel untersucht.

In der Verordnungsgebung seit Ende April 2020 haben die Landesregierungen wettbewerbsrelevante Differenzierungen weitgehend aufgegeben. Angesichts der gegenwärtigen »zweiten Welle« der Ausbreitung des Corona-Virus kann nicht ausgeschlossen werden, dass es wieder zu Betriebsuntersagungen für den Einzelhandel kommen wird.

II. Regelungen für den Einzelhandel nach dem 15.04.2020

Am 15.04.2020 haben die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidenten der Bundesländer für den Einzelhandel beschlossen, dass »alle Geschäfte bis zu 800 m² Verkaufsfläche sowie unabhängig von der Verkaufsfläche Kfz-Händler, Fahrradhändler, Buchhandlungen«¹ wieder öffnen können.

Alle Landesregierungen erließen Verordnungen mit diesem gemeinsamen Kern; sie regelten zudem, welche Einzelhandelsgeschäfte nicht öffnen durften, welche öffnen durften und unter welchen Voraussetzungen dies zugelassen war. Im Anschluss kam es zu einer Diskussion darüber, warum bestimmte Geschäfte unabhängig von der Größe der Verkaufsfläche öffnen durften, andere dagegen nicht, wie z.B. Möbelhäuser, Elektromärkte, Bekleidungsgeschäfte und Warenhäuser, obwohl sie im Wettbewerb mit solchen Betrieben stehen, die uneingeschränkt öffnen durften.

Die Verordnungen der Länder enthielten verschiedene Elemente: (1) ein grundsätzliches Verbot für Ladengeschäfte des Einzelhandels jeder Art,² (2) die Untersagung der Öffnung von Einzelhandelsbetrieben mit Verkaufsflächen von mehr als 800 m²³ und (3) die Erlaubnis der Öffnung von Einzelhandelsbetrieben mit Verkaufsflächen bis 800 m².⁴ (4) Des Weiteren gab es eine Auflistung von Einzelhandelsbetrieben, die unabhängig von der Größe ihrer Verkaufsfläche öffnen durften: vor allem Lebensmittelgeschäfte, Getränkemärkte, Wochenmärkte, Apotheken, Drogerien, Sanitätshäuser, Optiker, Hörgeräteakustiker, Tankstellen, Handel mit Kfz und Fahrrädern, Buchhandel, Zeitschriften- und Zeitungsgeschäfte, Baumärkte, Gartenbaumärkte, Tierbedarfsmärkte, Blumenläden und Poststellen (im Folgenden auch: Positivliste). (5) Zudem fand sich die Regelung, dass eine größere Verkaufsfläche als 800 m² durch Absperrungen innerhalb des Betriebes auf 800 m² eingegrenzt werden konnte. (6) Die auch als Schwerpunktregelung genannte Regelung ließ die Öffnung von Einzelhandelsbetrieben zu, wenn der Anteil des zugelassenen Sortiments »einen nicht nur unerheblichen Anteil am Gesamtsortiment umfasst«, »unabhängig von der Ein-

* Ulrich Jan Schröder ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Duisburg; Hendrik Schröder ist Inhaber des Lehrstuhls für Marketing und Handel an der Universität Duisburg-Essen, Campus Essen.

1 Siehe <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224> – abgerufen am 23.04.2020.

2 Z.B. § 2 Abs. 4 Satz 1 2. BayIfSMV v. 16.04.2020 (GVBl. S. 214).

3 Z.B. § 6a Abs. 1 Berliner SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung i.d.F. 21.04.2020 (GVBl. S. 264).

4 Z.B. § 2 Abs. 1 Satz 1 Anti-Corona-VO MV i.d.F. v. 17.04.2020 (GVBl. S. 158).

haltung der Größenbegrenzung von 800 Quadratmetern.«⁵ (7) Schließlich wurden Regelungen aufgenommen, die Einkaufszentren betrafen.

Im Spektrum aller Landesverordnungen gab es zwei Extreme. Das eine Extrem war der weitgehende Verzicht auf die Erlaubnis, Einzelhandelsbetriebe zu öffnen, die nicht in der Positivliste aufgeführt waren und die mehr als 800 m² Verkaufsfläche hatten. So restriktiv verhielten sich z.B. Bayern, Berlin, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Das andere Extrem war die Kombination mehrerer Regelungen, die damit einer größeren Anzahl an Erscheinungsformen des Einzelhandels die Möglichkeit gab, die Geschäfte zu öffnen. Darunter konnte auch die Regelung sein, dass großflächige Betriebe, deren Branche sich nicht in der Positivliste fand, öffnen durften, ohne einer Flächenbegrenzung zu unterliegen, wie z.B. in Nordrhein-Westfalen.

III. Wurden Einzelhandelsbetriebe systematisch vom Wettbewerb ausgeschlossen?

Von der Öffnung vielfach ausgeschlossen wurden vor allem Fachmärkte bestimmter Branchen, wie z.B. für Elektro- und Elektronikprodukte, Bekleidung, Möbel, Sanitärprodukte, Eisenwaren, Malereibedarf, Bodenbeläge, Baustoffe, Babyprodukte, des Weiteren Kaufhäuser und Warenhäuser sowie Einkaufszentren.

Grundsätzlich öffnen durften alle Betriebstypen des Lebensmitteleinzelhandels, so auch Verbrauchermärkte und Selbstbedienungswarenhäuser. Sie haben einen nicht unerheblichen Anteil an Waren, die nicht zu Nahrungs- und Genussmitteln zählen (Food), sondern Ver- und Gebrauchsgüter sind (Near-Food, Non-Food). Diese Produkte finden sich auch in den von der Öffnung grundsätzlich ausgeschlossenen Betriebstypen, insbesondere in den Fachmärkten, den Kaufhäusern und den Warenhäusern. Diese Betriebstypen waren damit auch vom Wettbewerb ausgeschlossen. Was unterscheidet nun großflächige Einzelhandelsbetriebe, die Kraftfahrzeuge, Fahrräder, Bücher und Möbel (so in NRW) anbieten durften, oder großflächige Betriebstypen des Lebensmittel-Einzelhandels, die Non-Food-Artikel auf einer Fläche von mehr als 800 m² anbieten durften, von entsprechenden Fachmärkten mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche, die gleichartige Waren nicht ohne Flächenbegrenzung anbieten durften?

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Behandlung von Einkaufszentren, die sich in gewachsene und geplante Einzelhandelsagglomerationen unterteilen lassen. Für gewachsene, auch als Geschäftszentren bezeichnete Einkaufszentren gab es keine Öffnungsbeschränkungen, solange die einzelnen Betriebe weniger als 800 m² Verkaufsfläche hatten oder sie in die zuvor genannten Ausnahmereiche fielen. Hier konnten also noch so viele Geschäfte in den Hauptgeschäftsstraßen hintereinander liegen oder in Nebenstraßen: Sie alle durften öffnen.

Anders konnte das bei der Ansiedlung mehrerer Einzelhandelsbetriebe aussehen, die unter einem einheitlichen Management und in einem geschlossenen Gebäudekomplex oder auf einem abgeschlossenen Areal mit eigenen Ein- bzw. Ausgängen betrieben werden (teilweise auch als Shopping-Center, Malls und Outlet-Center bezeichnet). Die meisten Verordnungen sahen vor, dass die Geschäfte in diesen Einkaufszentren öffnen durften, soweit sie in der Positivliste aufgeführt waren und soweit

ihre Verkaufsfläche 800 m² nicht überschritt, Reduzierungen der Verkaufsfläche auf 800 m² waren in vielen Ländern möglich (nicht dagegen z.B. in Bayern). Einige Verordnungen schränkten die Öffnungsmöglichkeiten von Betrieben in dieser Art von Einkaufszentren im Vergleich zu Geschäftszentren ein. So galt für das Saarland: »Die Öffnung von räumlich abgetrennten Ladenlokalen in Einkaufszentren unterhalb dieser Größenordnung [Verkaufsfläche 800 m², Anm. d. Verf.] ist nur zulässig, wenn die Gesamtfläche aller Ladenlokale innerhalb des Einkaufszentrums nicht mehr als 800 Quadratmeter beträgt oder soweit es sich um Ladenlokale nach Absatz 5 handelt [gemeint ist die Positivliste, auf der auch Betriebe stehen können mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche, Anm. d. Verf.]«. ⁶ Und Sachsen hatte verordnet: »Der Betrieb von Einkaufszentren [...] ist grundsätzlich untersagt. Erlaubt ist dort nur die Öffnung von folgenden Geschäften des täglichen Bedarfs sowie der Grundversorgung: [...], es folgt die Positivliste, Anm. d. Verf.] und von Geschäften, die über einen separaten Kundenzugang von Außen und nicht über mehr als 800 Quadratmeter Verkaufsfläche verfügen. Eine Reduzierung durch Absperrung der Ladenfläche oder ähnliche Maßnahmen sind unzulässig.«⁷

IV. Die Betriebe des Einzelhandels und das Risiko der Verbreitung des Corona-Virus

Die Voraussetzungen, unter denen bestimmte Einzelhandelsbetriebe (nicht) geöffnet werden durften, betrafen vor allem die Größe der Verkaufsfläche, die Art des Sortiments und die Möglichkeiten, die Verkaufsfläche einzugrenzen. Zudem waren und sind verschiedene Schutzmaßnahmen zu erfüllen, wie z.B. die Steuerung des Zutritts, die Vermeidung von Warteschlangen, die Einhaltung eines Mindestabstands, die Anzahl von Personen im Geschäft sowie die Nutzung von Mund-Nasen-Bedeckungen für Personal und Kunden. Es wurde und wird offensichtlich unterstellt, dass geöffnete Betriebe bei der Einhaltung der Schutzmaßnahmen hinreichend dazu beitragen, die Verbreitung des Corona-Virus in einem akzeptablen Rahmen zu halten. Die Öffnung von Geschäften ist auf jeden Fall risikobehaftet. Nun stellt sich die Frage, ob die Betriebstypen, deren Öffnung zulässig war, das Risiko besser beherrschen als die Betriebstypen, für die ein Öffnungsverbot bestand:

- (1) kleinflächige Einzelhandelsbetriebe besser als großflächige Einzelhandelsbetriebe,
- (2) großflächige Einzelhandelsbetriebe des Lebensmitteleinzelhandels besser als großflächige Einzelhandelsbetriebe aus dem Nicht-Lebensmitteleinzelhandel,
- (3) bestimmte großflächige Einzelhandelsbetriebe aus dem Nicht-Lebensmitteleinzelhandel, wie z.B. Kfz-Handel, Fahrradhandel, Baumärkte, Gartencenter und Tierbedarfsmärkte, besser als solche großflächigen Einzelhandelsbetriebe anderer Branchen, wie z.B. Elektro und Unterhaltungselektronik, Bekleidung und Möbel,
- (4) gewachsene Einkaufszentren besser als einheitlich geplante und geführte Einkaufszentren?

⁵ So z.B. § 7 Abs. 2a Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Sachsen-Anhalt i.d.F. v. 21.04.2020 (GVBl. S. 205).

⁶ § 5 Abs. 4 Satz 2 Saarländische Verordnung zur Bekämpfung der Coronapandemie i.d.F. v. 17.04.2020 (Amtsbl. I S. 258).

⁷ § 7 Abs. 1 Satz 3 SächsCoronaSchVO i.d.F. v. 17.04.2020 (GVBl. S. 170).

Diese Fragen lassen sich jeweils mit zwei Argumenten beantworten: mit der Anzahl der Kunden, die ein Geschäft aufsuchen, beeinflusst durch die Attraktivität eben jenes Geschäftes, und mit der Organisation der Schutzmaßnahmen. Man kann die Annahme treffen, dass die Organisation der Schutzmaßnahmen umso anspruchsvoller und die Kontrolle des Kundenverhaltens möglicherweise umso unsicherer sind, je mehr Kunden auf eine bestimmte Fläche strömen, angezogen eben von der Attraktivität des Einzelhandelsbetriebes. Aufschluss hierüber kann die Einkaufshäufigkeit der bundesdeutschen Haushalte liefern (Abb. 1). Betrachten wir zunächst den *Einzelhandel mit Lebensmitteln* und seine Betriebstypen. Danach werden Discounter, die vergleichsweise kleine Flächen haben, wie z.B. Aldi, Lidl, Penny und Netto, 95mal von einem Haushalt pro Jahr aufgesucht, also fast zweimal pro Woche, Verbrauchermärkte, die wesentlich mehr Fläche haben, dagegen nur 34mal pro Jahr.

Betriebstyp	Anzahl der Einkäufe der Haushalte	
	pro Jahr	Woche
Discounter	95	1,8
Supermärkte	37	0,7
Große Verbrauchermärkte	34	0,6
Kleine Verbrauchermärkte	34	0,6
Drogeriemärkte	22	0,4

Abb. 1: Durchschnittliche Anzahl der Einkäufe der Haushalte pro Jahr im deutschen Lebensmitteleinzelhandel im Jahr 2015 nach Betriebstypen (Quelle: Nielsen Homescan Consumer Panel 2016, <https://t1p.de/n6gh> – abgerufen am 04.09.2020, eigene Berechnungen)

Sieht man sich zudem an, wie viele Einkäufe die Haushalte für Lebensmittel insgesamt im Jahr tätigen, so kommt man im Durchschnitt aller Haushalte auf rund 200 Besuche, also rund vier Geschäfte pro Woche (Abb. 2), die meisten Einkäufe getätigt von Haushalten, deren Haushaltsvorstand älter als 54 Jahre ist. Das sind dann die Bevölkerungsgruppen, bei denen ein erhöhtes Gesundheitsrisiko unterstellt werden kann, wenn sie sich mit dem Corona-Virus infizieren.

Haushaltstyp	2016	2017
Alle Haushalte	216	209
Junge Singles (< 35 J.)	137	133
Junge Paare (< 35 J.) ohne Kind	153	151
Paare mittleren Alters ohne Kind (Haushaltsvorstand 35 bis 54 J.)	215	207
Haushalte mit jüngstem Kind von 0 bis 5 J.	178	168
Haushalte mit jüngstem Kind von 6 bis 14 J.	219	220
Haushalte mit jüngstem Kind von 14 bis 17 J.	195	185
Mehrpersonen-Haushalte ohne Kinder (Haushaltsvorstand > 54 J.)	285	275
Singles mittleren Alters (Haushaltsvorstand 35–54 J.)	185	177
Alleinstehende Senioren (> 54 J.)	222	214

Abb. 2: Einkaufshäufigkeit der Haushalte im deutschen Lebensmitteleinzelhandel 2016 und 2017 nach Haushaltstypen (Quelle: Nielsen Consumer 2018, <https://t1p.de/9n8z> – abgerufen am 04.09.2020)

Betrachtet man nun den Kauf von *Non-Food-Artikeln* im Jahr 2015, so weist die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) 2.282 Mio. Einkäufe aus,⁸ ausgehend von 40 Mio. Haushalten sind das im Durchschnitt 57 Einkäufe eines Haushaltes pro

Jahr. Die Einkaufsintensität bei Non-Food-Artikeln beträgt damit ein Viertel der Einkaufsintensität bei Lebensmitteln. Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei dem erstmaligen Besuch eines Möbelhauses, eines Fahrradmarktes oder eines Elektrogeschäftes nicht sofort gekauft, sondern der Besuch zur Information genutzt wird, so spricht vieles dafür, dass nicht nur die Einkaufsintensität deutlich geringer als im Lebensmitteleinzelhandel ist, sondern auch die Anzahl der Kunden pro Quadratmeter.

Dazu eine grobe Rechnung: Die gesamte Verkaufsfläche im Einzelhandel beträgt rund 125 Mio. m² (Stand 2018),⁹ auf die Lebensmittel-Einzelhandelsgeschäfte entfallen rund 36 Mio. m² (Stand 2018),¹⁰ auf den Nicht-Lebensmittelsektor mithin rund 89 Mio. m². Es gibt rund 70 Mio. Bundesbürger, die 18 Jahre oder älter sind (Stand 2018).¹¹ Wenn wir diese Zahl – bei einiger Unschärfe – als Basis nehmen, so entfallen auf einen volljährigen Bundesbürger rund 1,8 m² Verkaufsfläche, davon 0,5 m² auf den Lebensmitteleinzelhandel und 1,3 m² auf den Nicht-Lebensmittelsektor. Für den Flächenbedarf relevant ist, wann und wie häufig die Menschen einkaufen. Beim Einkauf von Non-Food werden Freitage und Samstage die Schwerpunkte sein, so ähnlich auch bei Lebensmitteln, aber mit einer stärkeren Belastung der übrigen Wochentage. Da die Einkaufsintensität bei Lebensmitteln aber viermal so hoch ist wie bei Non-Food-Artikeln, werden sich deutlich mehr Menschen die verfügbare Verkaufsfläche in den Lebensmittel-Einzelhandelsgeschäften teilen (müssen) als in den Geschäften mit Non-Food. Daraus folgt, dass die Anforderungen an die Schutzmaßnahmen, um die Ausbreitung des Corona-Virus zu unterbinden, im Lebensmitteleinzelhandel höher sind als im Einzelhandel mit Non-Food-Artikeln.

Unter dem Aspekt der Großflächigkeit sollen auch die *Warenhäuser* betrachtet werden, dargestellt am Beispiel des Warenhausbetreibers Galeria Karstadt Kaufhof, der zum Beginn der Corona-Krise 170 Filialen (2020) führte.¹² Die durchschnittliche Verkaufsfläche könnte bei 10.000 m² liegen, gemessen an den Zahlen von 2014. Das ergäbe 1,7 Mio. m² Verkaufsfläche – entsprechend mehr, wenn die durchschnittliche Verkaufsfläche höher ist, wofür die Schließung kleinerer Warenhäuser nach 2014 spricht. Soweit es um Non-Food-Artikel und nicht um Nahrungs- und Genussmittel sowie Drogerieartikel geht, dürfte die Anzahl der Kunden nach den oben angestellten Überlegungen pro Tag deutlich geringer sein und ihnen dürfte mehr Fläche zur Verfügung stehen als im Lebensmitteleinzelhandel. Hinzu kommt, dass dieser Einzelhändler Probleme mit seinen Umsätzen hat: Kunden sind abgewandert, verbliebene Kunden kaufen weniger, neue Kunden können nur schwer gewonnen werden. Die Attraktivität des Betriebstyps Warenhaus hat über mittlerweile Jahrzehnte hinweg stark abgenommen. Nicht zuletzt deshalb sind die Anforderungen an Schutzmaßnahmen nicht höher als im Lebensmitteleinzelhandel.

Sind gewachsene *Einkaufszentren*, so genannte Geschäftszentren bzw. Einkaufsstrassen in der Innenstadt, besser in der Lage, das Verbreitungsrisiko zu beherrschen, als einheitlich

8 GfK 2016, <https://t1p.de/t2ao> – abgerufen am 21.08.2020.

9 Statista 2019, <https://t1p.de/4drr> – abgerufen am 21.08.2020.

10 EHI Retail Institute 2020, <https://t1p.de/nw5e> – abgerufen am 21.08.2020.

11 Statista 2020, <https://t1p.de/mrof> – abgerufen am 21.08.2020.

12 Statista 2019, <https://t1p.de/3e46> – abgerufen am 21.08.2020.

geplante Einkaufszentren? Eine Passantenzählung an Samstagen im Mai 2019 weist für 20 Haupteinkaufsstraßen pro Stunde zwischen knapp 4.000 (Würzburg) und etwas mehr als 11.000 Passanten aus (München).¹³ Auf den gesamten Samstag hochgerechnet dürften es dort nicht unter 25.000 bis 70.000 Passanten gewesen sein.

Diese Zahlen lassen sich mit den Besucherzahlen von einheitlich geplanten Einkaufszentren vergleichen. Eine Erhebung zu der durchschnittlichen Besucheranzahl pro Tag in ausgewählten Einkaufszentren im Jahr 2015 weist Werte zwischen knapp 51.000 (Königsbaupassagen, Stuttgart) und knapp 78.000 Personen (Promenaden Hauptbahnhof, Leipzig) aus.¹⁴ Der Vergleich hinkt insoweit, als sich der Durchschnitt auf alle Öffnungstage bezieht, die Passantenzählung in den Einkaufsstraßen dagegen auf die Samstage beschränkt. Man kann aber die Aussage treffen, dass die Passantenfrequenz in den Einkaufsstraßen nicht wesentlich von der Besucherzahl in den Einkaufszentren abweicht, teilweise auch darüber liegt. Bei der Umsetzung von Schutzmaßnahmen können Einkaufszentren im Vorteil sein: Denn ihr Zentrenmanagement kann Schutzmaßnahmen zentral planen und durchführen, in Geschäftsstraßen ist das hingegen in der Regel nicht möglich.

V. Das Verhalten der Kunden und das Risiko der Verbreitung des Corona-Virus

Maßgeblich für die Verbreitung des Corona-Virus ist – neben der Eindämmung durch medizinische Maßnahmen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz von Leib und Leben – das Verhalten der Menschen.

Man kann das Verhalten in vier Kategorien einteilen. (1) Kunden, die Verhaltensregeln missachten und ignorieren, indem sie z.B. ohne Mund- und Nasenschutz Geschäfte betreten und Abstände nicht einhalten. (2) Kunden, die darüber hinaus Mitmenschen in ihrem Umfeld provozieren, etwa in Warteschlangen oder an der Kasse. Es kommt zu verbalen Angriffen, teilweise auch zu körperlichen Angriffen, wie das bewusste Anspucken oder Anhusten von Personen oder das Ablecken von Geldscheinen. (3) Kunden, die wie gewohnt zum Einkauf gehen und sich regelkonform verhalten. (4) Kunden, die ihr Einkaufsverhalten ändern: Sie reduzieren ihre Einkaufshäufigkeit, teilweise sogar bis auf null, indem sie die Besorgungen auf Dritte übertragen, sie suchen aus ihrer Sicht risikoärmere Einkaufsstätten auf oder sie kaufen seltener und dafür mehr pro Einkauf ein. Kunden der beiden ersten Gruppen erhöhen das Risiko der Verbreitung des Corona-Virus, Kunden der beiden letzten verringern es. Man kann nun darüber spekulieren, wie viele Menschen sich in den einzelnen Gruppen befinden.

Die Motive für das jeweilige Verhalten werden recht unterschiedlich sein. Das Verhalten der Menschen aus den beiden ersten Gruppen ließe sich beschreiben mit: Widerstand gegen Bevormundung, Freiheitsdrang, Ablehnung politischer Parteien und Entscheidungen, Anhänger von Verschwörungstheorien, Bereitschaft zu Aktionen in Wort und Tat, Risikofreude. Für die Menschen der beiden anderen Gruppen könnte gelten: Einsicht, Akzeptanz der jeweiligen Situation, stärkere psychische Widerstandskraft (Resilienz), Zustimmung zu politischen Entscheidungen, Abneigung gegenüber Aktionen in Wort und Tat, Angst, Risikoscheu.

Gehen Menschen nun weniger häufig einkaufen als in der Zeit ohne Corona-Virus? Geben sie bei ihren Einkäufen mehr oder weniger aus? Vieles war im April 2020 Vermutung, belastbares Datenmaterial gab es kaum. Eine Antwort bot das DIW an. Es ließ seit dem 2. April durch das Befragungsinstitut *Civey* Daten im Rahmen einer Online-Befragung erheben.¹⁵ Das Ziel der Untersuchung war, die Wirkung politischer Ankündigungen zu messen. Eine von vier Fragen richtete sich auf die Planung der Ausgaben: »Beabsichtigen Sie in den kommenden 3 Monaten mindestens eine ungewöhnlich hohe Ausgabe, z. B. für einen Urlaub, ein Auto oder eine Baumaßnahme?«¹⁶ An dem Untersuchungsdesign und an der Qualität der Ergebnisse werden erhebliche Zweifel angemeldet, die bei *Schnell* nachzulesen sind.¹⁷ Unterstellen wir einmal, es gäbe keine methodischen Probleme, was sagt dann die folgende Aussage? »Bei den geplanten Ausgaben lässt sich [...] ein signifi[kan]ter Effekt feststellen: Sie liegen nach dem 15. April um etwa 600 Euro unter den Werten, die wir in den Tagen der Pressekonferenz gemessen haben.«¹⁸ Die Autoren sagen: »Es ist bemerkenswert, dass die Äußerungen von Angela Merkel in dieser Kakophonie ein so starkes Gehör fanden.«¹⁹ Dazu zwei Anmerkungen. Erstens wissen wir gar nicht, ob die Befragten tatsächlich die Pressekonferenz der Bundeskanzlerin gesehen oder wahrgenommen haben; dies wurde jedenfalls nicht abgefragt. Es reicht aus, zu erfahren, dass Geschäfte geschlossen bleiben oder nur mit verringerter Fläche – eben bis zu 800 m² Verkaufsfläche – öffnen dürfen. Zweitens kann es nicht verwundern, dass die geplanten Beträge für Konsumausgaben sinken, wenn die Möglichkeiten eingeschränkt werden, zu kaufen oder zu reisen.

Was helfen kann, um Veränderungen des Einkaufsverhaltens zu messen, sind zum einen Passantenzählungen in Einkaufsstraßen und auf Parkplätzen sowie Kundenzählungen in den Geschäften und zum anderen Angaben der Geschäfte zu ihren Umsätzen.

VI. Rechtliche Bewertung

1. Gegenstand der rechtlichen Bewertung

Die Öffnungsregelungen wurden in von den Landesregierungen bzw. einzelnen Landesministern erlassenen Rechtsverordnungen festgelegt. Die Beschlüsse der gemeinsamen Konferenzen von Bundeskanzlerin und Ministerpräsidenten der Bundesländer entfalten gegenüber Bürgern bzw. Unternehmen keine rechtsverbindliche Wirkung. Neben unmittelbar verordnungsrechtlichen Verboten sind darüber hinausgehende (also nicht nur die verordnungsrechtlichen Verbote durchsetzende) Betriebsuntersagungen durch Verwaltungsakte denkbar.²⁰

13 Statista 2019, <https://t1p.de/yqjo> – abgerufen am 21.08.2020.

14 Statista 2015, <https://t1p.de/mbgk> – abgerufen am 21.08.2020.

15 Vgl. Haan/Peichl/Schrenker/Weizsäcker/Winter, DIW Berlin, Discussion Papers 1865, Berlin 2020, https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.786134.de/dp1865.pdf – abgerufen am 04.05.2020, S. 3.

16 Haan et alii (Fußn. 15), S. 10.

17 Siehe <https://www.horizont.net/planung-analyse/nachrichten/repraesentativtaet-wenn-der-scharfschuetze-sein-ziel-selber-malt-171315> – abgerufen am 04.09.2020.

18 Haan et alii (Fußn. 15), S. 5.

19 Haan et alii (Fußn. 15), S. 6.

20 Ein Beispiel bei Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 37.

Die zu untersuchenden Regelungen sind nach dem 15.04.2020 in Kraft getreten und waren, wie die Corona-Schutzverordnungen insgesamt, befristet, die meisten bis Anfang Mai 2020. Die Bundesländer haben nicht alle einheitliche Regelungen getroffen und behandelten auch bestimmte Branchen (z.B. durften in NRW Möbelhäuser unabhängig von der Fläche geöffnet werden) und Betriebstypen (z.B. sehr restriktive Handhabung der Öffnung von einheitlich geplanten Einkaufszentren im Saarland und in Sachsen) unterschiedlich. Es geht in der folgenden Bewertung um die Zulässigkeit von Differenzierungen durch denselben Ordnungsgeber, aber auch um das Ob der Schließung. Wenn schon die Betriebsuntersagung als solche unzulässig ist, dann kommt es auf Gründe für differenzierte Betriebsuntersagungen gar nicht mehr an.

2. Maßstäbe der rechtlichen Bewertung

Die Verordnungen der Landesregierungen stehen im Rang unter dem Bundesrecht. Mögliche Verstöße könnten darin liegen, dass die Rechtsverordnungen weiter gehen, als die bundesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Infektionsschutzgesetz erlaubt (a), oder dass Grundrechte verletzt werden (b).

a) Reichweite der Verordnungsermächtigung

Die Rechtsverordnungen der Bundesländer werden auf § 32 IfSG gestützt. Die Rechtsverordnungen dürfen nicht nur der gesetzlichen Ermächtigung nicht widersprechen, sondern müssen sich auch im Rahmen der Verordnung halten. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG sieht vor, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen.

Durch § 32 IfSG werden die Landesregierungen »ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für die Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen«. Betriebsuntersagungen dürfen daher nur dann durch Rechtsverordnung geregelt werden, wenn sich die entsprechende Befugnis aus den §§ 28 bis 31 IfSG auch für den Einzelfall ergibt.

§ 28 Abs. 1 IfSG nennt konkrete Maßnahmen (Schließungen und Betretungsverbote) und enthält darüber hinaus eine Generalklausel, die nicht auf benannte Maßnahmen beschränkt ist. Unter den Einrichtungen, die geschlossen werden dürfen, sind Einzelhandelsbetriebe nicht genannt. Auch ist ein Betretungsverbot keine Betriebsuntersagung. Daher bleibt als Ermächtigungsgrundlage für die Betriebsuntersagungen lediglich die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, welche der Behörde »die notwendigen Schutzmaßnahmen« erlaubt. Diese sind ihrer Art nach nicht weiter eingeschränkt. Die Generalklausel könnte allerdings eng auszulegen sein: Sie geht von der Feststellung von Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheidern aus, so dass es naheliegt, dass sie erstens nicht den Fall meint, dass noch überhaupt keine solchen Fälle festgestellt wurden, sondern lediglich im Vorfeld dessen sogenannte Gefahrenvorsorge betrieben wird (wie durch Betriebsschließungen), und dass zweitens die Adressaten ausschließlich Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider sein dürfen. Wenn eine Maßnahme auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nur an diese Personen adressiert werden darf, dann darf

auch eine Verordnung Gebote und Verbote nur an Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider richten. Allgemeine Betriebsschließungen wären damit – auch im Ordnungswege – unzulässig. Vorgeschlagen wird, dass die allgemeinen ordnungsrechtlichen Regelungen über die Inanspruchnahme nichtverantwortlicher Personen (wie z.B. § 19 OBG NRW) ergänzend auch für Maßnahmen nach § 28 IfSG gelten, so dass auch Nichtverantwortliche (wie die Inhaber von Einzelhandelsbetrieben) zu Adressaten von Maßnahmen aufgrund des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gemacht werden dürfen. Gegen die Heranziehung der Regelungen über Nichtverantwortliche spricht erstens, dass § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG die zulässigen Adressaten genau nennt, so dass es naheliegt, dass diese Aufzählung auch abschließend sein soll, zweitens, dass damit in unserem Kontext aus Gefahrenabwehr Gefahrenvorsorge wird, die das Infektionsschutzgesetz im vorhergehenden vierten Abschnitt regelt, und drittens, dass § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG sehr wohl die Befugnis zum Verbot von Ansammlungen und Veranstaltungen sowie zur Schließung von Badeanstalten und Gemeinschaftseinrichtungen vorsieht und damit auch die Inanspruchnahme von unter Umständen Nichtverantwortlichen,²¹ aber eben gerade nicht so weit geht, dass die Schließung jeden Nichtverantwortlichen (also auch Einzelhandelsbetriebe) treffen kann. Für die Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher und damit der Einzelhandelsbetriebe sprechen sicherlich der Zweck des Infektionsschutzgesetzes, nämlich die Vorbeugung übertragbarer Krankheiten und die Verhinderung ihrer Weiterverbreitung,²² sowie der Umstand, dass sich in einer Pandemie lokal-regionale Vorbeugung und überregionale Bekämpfung der Krankheit gar nicht unterscheiden lassen.

Der Bundesgesetzgeber hat unter dem Eindruck der Corona-Pandemie bereits im März 2020 Anpassungen in § 28 Abs. 1 IfSG vorgenommen, ohne allerdings die Befugnis zu Betriebsuntersagungen klarzustellen.²³ Eine Klarstellung erfolgte erst im November 2020 durch Einfügung des neuen § 28 a IfSG (in dessen Abs. 1 Nr. 14).

In der Sondersituation der Bekämpfung der Corona-Pandemie ist eine weite Auslegung der Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG gut vertretbar, entsprechend auch eine weite Auslegung der Verordnungsermächtigung des § 32 IfSG. Allerdings kann der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt eine ausdrückliche Regelung der Betriebsuntersagung verlangen, wie es im November dann geschehen ist. Das ist eine Frage nicht mehr nur der Gesetzesauslegung, sondern der verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetz.

b) Vorgaben des Grundgesetzes

Die Normen, mit denen Einzelhandelsbetrieben der Betrieb untersagt wird, könnten die Eigentumsgarantie bzw. die Freiheit der Berufsausübung verletzen (aa). Die Differenzierungen, u.a. nach der Größe der Verkaufsfläche, betreffen den allgemeinen Gleichheitssatz (bb).

aa) Eigentumsgarantie und Freiheit der Berufsausübung

Das Grundgesetz schützt die Wahl und die Ausübung des Berufs (Art. 12 Abs. 1 GG). Die Betriebsuntersagungen stellen

²¹ So das BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16.11, Rdnr. 26.

²² § 1 Abs. 1 IfSG.

²³ BGBl. I, S. 587.

massive Eingriffe in dieses Grundrecht dar. Auch wenn man in vorübergehenden Betriebsuntersagungen lediglich eine Regelung der Ausübung des Berufs (also kein Berufsverbot) sieht, bedarf es eines starken Rechtfertigungsgrundes, nämlich des Schutzes besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter. Solche Schutzgüter sind hier betroffen, da die Betriebsuntersagungen der Vermeidung der (beschleunigten) Weiterverbreitung des Corona-Virus dienen und damit der Vorbeugung von schweren Krankheitsverläufen und Todesfällen in möglicherweise großer Zahl.

Die Betriebsuntersagungen greifen auch in das grundrechtlich geschützte Eigentum (Art. 14 GG) ein, insofern sie den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betreffen. Dessen Zuordnung in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ist nicht unumstritten, wird aber vom Bundesgerichtshof (in Verfahren über Entschädigungsansprüche) anerkannt. Die Zuordnung des grundrechtlichen Schutzbereichs bedeutet eine wichtige Weichenstellung für mögliche Entschädigungsansprüche.²⁴ Die Faustformel, dass Art. 12 GG den Erwerb und Art. 14 GG das Erworbenes schützt, verliert durch diese Rechtsfigur an Eindeutigkeit. Gleichwohl ist der vom Standpunkt des Entschädigungsrechts bessere eigentumsrechtliche Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs gerechtfertigt. Der »Betrieb in Aktion« hat einen Mehrwert gegenüber der Summe seiner rechtlichen und sächlichen Bestandteile.²⁵ Wenn die Betriebsuntersagungen einzelne Rechtspositionen betreffen, die für sich genommen schon unter den Schutz der Eigentumsgarantie fallen (etwa bestehende Vertragsverhältnisse), bedarf es nicht des Rückgriffs auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Ob nun Berufsfreiheit oder Eigentumsgarantie betroffen ist: Der Ordnungsgeber muss in jedem Fall den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.²⁶ Trotz der Schwere des Eingriffs, der viele Betriebe an den Rand der Insolvenz führen dürfte, waren die Maßnahmen zumindest in der ersten Phase angemessen. Die Vielzahl zu erwartender Schwerkranker und Todesopfer rechtfertigte die Betriebsuntersagungen. Die Ordnungsgeber hatten zudem ihre Anordnungen befristet, so dass sie ihrer Pflicht nachkommen konnten, die aktuelle Lage neu zu prüfen und zu bewerten. Die Lockerungen und Differenzierungen seit Mitte April indizieren, dass angemessene Lösungen gesucht werden.

Ohne Parlamentsgesetz darf der Ordnungsgeber keine Betriebsschließungen anordnen. Der Gesetzgeber muss die wesentlichen Fragen des Grundrechtseingriffs regeln. Speziell für das Verhältnis zwischen Gesetz- und Ordnungsgeber und unabhängig von Grundrechtseingriffen schreibt Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG vor, dass das Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung selbst festlegen muss.²⁷ Zwar sind die Verordnungen selbst bestimmt, doch die gesetzliche Grundlage (§ 32 i.V.m. § 28 IfSG) war vor Einfügung des § 28a IfSG in dieser Hinsicht nicht unbedingt bestimmt. Es bedarf einiger teils kontraindutiiver Überlegungen, um die Betriebsuntersagungen in die Befugnisnorm des § 28 IfSG hineinzuinterpretieren. Diesen Zweifeln an der Bestimmtheit kann man entgegenhalten, dass all das, was durch methodengeleitete Auslegung dem Gesetz entnommen werden darf, als Regelung des Gesetzgebers gilt und damit bestimmt genug geregelt ist. Der Gesetzgeber hat gerade eine Generalklausel geschaffen und wollte zu allen nach Lage der Dinge erforderlichen Schutzmaßnahmen ermächtigen.²⁸

Trotz dieser Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung kann es sein, dass der Gesetzgeber das Wesentliche der Grundrechtseingriffe nicht in ausreichendem Maße selbst geregelt hat. Das impliziert, dass die gesetzgeberische Regelung des Wesentlichen mehr ist als nur eine bestimmte Regelung. Konkrete Einschränkungen von Grundrechten, die wesentlich sind, muss der Gesetzgeber deutlich in Tatbestand und/oder Rechtsfolge der Befugnisnorm beschreiben. Eine generalklauselartige Ermächtigung mag zwar die Ermächtigung zur Einschränkung umfassen (und insofern dem Bestimmtheitsgebot Genüge tun), diese aber nicht ausreichend konkret bezeichnen, so dass erkennbar wird, dass der Gesetzgeber auch eine solche Rechtsfolge geregelt hat. Tatsächlich die sehr grundrechtsintensive (mehrwöchige) Betriebsuntersagung bis zum November 2020 gar nicht im Gesetz erwähnt. Aber selbst wenn insoweit eine Verletzung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts vorläge, kann es »im Rahmen unvorhergesehener Entwicklungen aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls geboten sein [...], nicht hinnehmbare gravierende Regelungslücken für einen Übergangszeitraum insbesondere auf der Grundlage von Generalklauseln zu schließen und auf diese Weise selbst sehr eingriffsintensive Maßnahmen, die an sich einer besonderen Regelung bedürfen, vorübergehend zu ermöglichen«.²⁹

Der Gesetzgeber musste – nach einer Phase des Übergangs – ausdrücklich auch die Befugnis zu Betriebsuntersagungen normieren. Diese Übergangszeit durfte nicht allzu lange dauern, weil sich bereits durch die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes im März gezeigt hat, dass der Gesetzgeber sehr wohl in der Lage ist, kurzfristig auf die neue Situation zu reagieren. Noch weitergehend ist die Überlegung, dass der Gesetzesvorbehalt (jedenfalls für die Zukunft) sogar ein »Maßnahmegesetz« erfordern kann, das die konkreten Schließungen regelt und nicht nur den Ordnungsgeber ermächtigt.³⁰

bb) Allgemeiner Gleichheitssatz

Wenn der Normgeber bei Eingriffen in die Freiheitsrechte über weitgehende Gestaltungs-, Bewertungs- und Prognosespielräume verfügt, muss er sich zumindest eng an das von

24 Für Eingriffe in Art. 12 GG wird ein allgemeiner, d.h. ungeschriebener Aufopferungsanspruch anders als für Eigentumseinschränkungen von der Rechtsprechung nicht anerkannt. Zum Verhältnis von Gemeinwohl und Sonderopfer im Blick auf die staatshaftungsrechtliche Bewältigung der Corona-Pandemie vgl. U. J. Schröder, JöR Bd. 69 (2021).

25 So Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 177.

26 Das ist hinsichtlich der Eigentumsgarantie anders zu begründen als für die Berufsfreiheit. Die Betriebsuntersagungen stellen Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums dar. Der Gesetzgeber gestaltet den Inhalt des Eigentums für die Zukunft und ist nicht an das strenge Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden, das gilt, wenn in bestehende grundrechtliche Positionen eingegriffen wird. Zugunsten der bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe muss allerdings diese streng verstandene Verhältnismäßigkeit gelten.

27 Für einen eigenständigen Regelungsgehalt vorsichtig OVG NRW, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE, Rdnr. 30, NWVBl. 2020, 251, dann wieder offengelassen in Rdnr. 39.

28 BT-Drucks. 14/2530, S. 16, 74 f.; vgl. BT-Drucks. 8/2468, S. 11, 27 f. zur Vorgängerregelung § 34 BSeuchG. Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE, Rdnr. 32 f., NWVBl. 2020, 251; ferner BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16.11, Rdnr. 24.

29 OVG NRW, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE, Rdnr. 40, NWVBl. 2020, 251, mit Hinweis u.a. auf OVG NRW, DVBl 2013, 1267; BVerwG, NVwZ 2019, 1291. S.a. bereits BVerwGE 115, 189.

30 Vgl. Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 45.

ihm verfolgte Regelungskonzept halten. Besonders der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zieht eine Grenze. Die Verpflichtung auf Gleichbehandlung kompensiert teilweise, dass das Maß des Freiheitseingriffs den gerichtlich nicht im Einzelnen überprüfbar Spielräumen des Normgebers unterliegt.

Der allgemeine Gleichheitssatz verpflichtet Gesetz- und Verordnungsgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu regeln.

(1) Vergleichsgruppen und Differenzierungen

Für die Feststellung einer Ungleichbehandlung müssen Vergleichsgruppen gebildet werden. Wenn die Verordnungen wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandeln, wäre dies eine Ungleichbehandlung, die allerdings gerechtfertigt sein kann. Die Prüfung, ob die Vergleichsgruppen »wesentlich« gleich sind, ist – nach überwiegender Auffassung – nicht ausführlich. An die Rechtfertigung werden dann allerdings keine allzu hohen Anforderungen gestellt: Die Ungleichbehandlung muss lediglich einen sachlichen Grund haben und verhältnismäßig sein.

Bezogen auf die Schließungsregelungen können verschieden große Einzelhandelsbetriebe als wesentlich gleich gelten, die Frage der Größe der Verkaufsfläche wäre dagegen im Rahmen des sachlichen Grundes für eine Ungleichbehandlung zu erörtern.

In Betracht kommen mehrere Vergleichspaare.

- (a) Ein erster Vergleich ergibt sich daraus, dass die Verordnungen Einzelhandelsbetriebe mit einer Verkaufsfläche unter 800 m² anders behandeln als solche mit einer Verkaufsfläche über 800 m².
- (b) Zweitens können Einzelhandelsbetriebe oberhalb von 800 m², die geschlossen bleiben müssen oder die, um öffnen zu dürfen, ihre Verkaufsfläche durch Abtrennung auf 800 m² reduzieren müssen, einerseits und diejenigen Betriebe, die unabhängig von der Größe ihrer Verkaufsfläche öffnen dürfen, wie etwa Bau- und Gartenbaumärkte, Möbelmärkte, Lebensmittelgeschäfte und Buchhandlungen andererseits (sogen. Positivliste), verglichen werden.
- (c) Ein dritter Vergleich betrifft gewachsene Einkaufszentren auf der einen und einheitlich geplante und geführte Einkaufszentren auf der anderen Seite. Soweit es um gewachsene Einkaufs- bzw. Geschäftszentren (Einkaufsstraßen) geht, regeln die Rechtsverordnungen allenfalls einzelne Betriebstypen. Schließungen von Einkaufsstraßen sieht keine Verordnung vor. Dagegen gibt es Verordnungen, die einheitlich geplante und geführte Einkaufszentren als Ganzes zum Regelungsobjekt machen und deren Öffnung beschränken, etwa Sachsen³¹ und das Saarland.³²

(2) Sachliche Gründe

Wenn die Vergleichsgruppen feststehen und sie als wesentlich gleich qualifiziert werden, stellt sich die Frage, ob die damit einhergehende Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Dafür muss sie einen sachlichen Grund haben und die Verhältnismäßigkeit wahren.

(a) Differenzierung nach Verkaufsfläche

Ein Problem der Ermittlung des sachlichen Grundes liegt darin, dass der Zweck, der mit einer Unterscheidung (etwa derjenigen nach der Größe der Verkaufsfläche) verfolgt wird,

aus den Verordnungen nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervorgeht. Da die Vorschriften Spielraum zu unterschiedlichen Auslegungen geben, wäre die Kenntnis dieses Zwecks besonders wichtig, weil sie eine zweckgerichtete (teleologische) Auslegung der auslegungsbedürftigen Regelungen ermöglichen würde (etwa für die in einigen Verordnungen nicht klar geregelte Frage, ob größere Einzelhandelsbetriebe öffnen dürfen, wenn sie ihre Verkaufsfläche durch Absperrung auf 800 m² reduzieren). Die Landesregierungen haben diesen Mangel ihrer Verordnungen erkannt und sehr schnell »Auslegungshinweise« nachgeschoben, die als Verwaltungsvorschriften keinen Verordnungsrang haben.

Auch aus den Auslegungshinweisen erschließt sich nicht unmittelbar der Sinn einer Differenzierung entlang der 800 m²-Grenze. Das ist grundsätzlich nicht ungewöhnlich und führt noch nicht zur Rechtswidrigkeit einer Regelung. Denkbare sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung müssen durch Auslegung erst ermittelt werden.

Für das Kriterium der Verkaufsflächengröße lassen sich grundsätzlich zwei Zwecke denken, die auch nebeneinander der Norm unterstellt werden könnten: Erstens mag die Flächenbegrenzung dazu dienen, den Infektionsschutz innerhalb der Handelsbetriebe, also auf diesen Flächen, sicherzustellen bzw. kontrollierbar zu halten. Ein Schutzeffekt könnte aus der in Kombination mit den Abstandsgeboten sich ergebenden Höchstzahl von Besuchern resultieren (z.B. ein Besucher je 20 m² Verkaufsfläche). Wenn allerdings andere Betriebstypen und Branchen des Einzelhandels unabhängig von ihrer Verkaufsfläche öffnen dürfen, ohne dass die Infektionsgefahr dort geringer ist, dann ist der Infektionsschutz innerhalb des Handelsbetriebs entweder nicht der vom Ordnungsgeber mit der Flächenbegrenzung verfolgte Zweck oder aber es handelt sich um eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Tatsächlich hat ein Verwaltungsgericht eine Ungleichbehandlung als verfassungswidrig beanstandet und dabei hervorgehoben, dass der Infektionsschutz in den großflächigeren Einzelhandelsbetrieben sogar besser organisiert werden kann.³³

Zweitens kann der Zweck der Flächenbegrenzung darin liegen, für den Infektionsschutz abträgliche Auswirkungen auf die Umgebung des Betriebsstandorts zu verhindern: Besucherandrang vor dem Gebäude, ungünstige Parkplatzsituation, Notwendigkeit, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen, etc. Derartige Auswirkungen der Anziehungskraft des Einzelhandelsbetriebs auf seine Umgebung sind auch der Grund, warum die Baunutzungsverordnung (BauNVO) in § 11 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO »großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können«, auf Kern- und Sondergebiete beschränkt. Die Großflächigkeit wird vom Bundesverwaltungsgericht ab einer Verkaufsfläche von 800 m² angenommen.³⁴ Hier dürfte

31 Vgl. § 7 Abs. 1 Sächsische Corona-Schutzverordnung, i.d.F. v. 17.04.2020 (SächsGVBl. S. 170).

32 Vgl. § 5 Abs. 4 Satz 2 Saarländische Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie i.d.F. v. 17.04.2020 (Amtsl. I S. 258).

33 VG Hamburg, DVBl 2020, 781 (783).

34 BVerwGE 124, 364; BVerwGE 124, 376.

die für den Infektionsschutz verordnungsrechtlich geregelte Grenze der Verkaufsfläche ihren Ursprung haben. Fraglich ist aber, ob das Kriterium, das bauplanungsrechtlich sinnvoll ist, auch eine sinnvolle Grenzziehung für den Infektionsschutz darstellt.

Wertungsparallelen zum Bauplanungsrecht hat der – im Übrigen auf eine Ungleichbehandlung erkennende – VGH München grundsätzlich gelten lassen: »Von Bedeutung ist dabei, welche Anziehungskraft die einzelne Betriebsart auf den Konsumenten ausübt und in welchem Umfeld sich der Betrieb befindet. Je nachdem kann prognostiziert werden, ob und inwieweit die infektionsschutzrechtlichen Anforderungen wie z. B. die Abstandsgebote des § 2 Abs. 6 2. BayIfSMV voraussichtlich eingehalten werden können.«³⁵

»Nach diesen Grundsätzen erscheint die Freistellung von Bau- und Gartenmärkten, Gärtnereien und Baumschulen nicht sachwidrig. So befinden sich Baumärkte in der Regel in dezentraler Lage und werden zumindest typischerweise mit dem eigenen Kraftfahrzeug angefahren. Die Betriebsinhaber solcher Betriebe werden regelmäßig in der Lage sein, die nach § 2 Abs. 6 2. BayIfSMV erforderlichen Hygienekonzepte umzusetzen. Sollten andererseits einzelne Betriebe diese Voraussetzungen nicht erfüllen können, so wäre deren Betrieb im Wege der Einzelanordnung zu beschränken oder letztlich zu untersagen. Großflächige Kaufhäuser befinden sich dagegen regelmäßig in Innenstadtlagen der Großstädte. Ein Großteil der Kunden gelangt über die öffentlichen Verkehrsmittel, insbesondere U- und S-Bahnen, Straßenbahnen und Busse, in den Innenstadtbereich. Durch die Konzentration von Einzelhandelsbetrieben und Dienstleistern in Fußgängerzonen und die dadurch ausgelösten Besucherströme kann hier leichter ein unübersichtliches und unbeherrschbares Infektionsgeschehen entstehen.«³⁶

Dementsprechend muss aber auch das Kriterium der Verkaufsflächenbegrenzung gehandhabt werden. Auch hier kann wieder der VGH München zitiert werden: »In diesem Zusammenhang bedarf der Umstand besonderer Beachtung, dass großflächige Einzelhandelsbetriebe im Innenstadtbereich der Großstädte und in anderen Konzentrationen wie Outlet-Center und Einkaufszentren anders zu beurteilen sind als großflächige Einzelhandelsbetriebe in Stadtrandgebieten und im ländlichen Raum.«³⁷ Das entspricht im Übrigen dem Umstand, dass das Kriterium der 800 m²-Verkaufsfläche auch bei der Auslegung des § 11 Abs. 3 BauNVO nicht starr gehandhabt wird: Schädliche Umwelteinwirkungen sowie andere planungsrechtlich beachtliche Auswirkungen auf die Umgebung können durchaus auch kleinflächigere Betriebe entfalten oder größere Betriebe nicht verursachen.

Der Ordnungsgeber muss aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG konsequent sein und den großflächigen Einzelhandelsbetrieben in Stadtrandgebieten und im ländlichen Raum die Öffnung ermöglichen oder aber allen gleichmäßig den Betrieb untersagen.

Die Größe der Verkaufsfläche verdient daher als sachlicher Grund für Differenzierungen bei der Betriebsuntersagung keine Anerkennung, weil der Infektionsschutz nicht von der Verkaufsfläche abhängt. Soweit als sachlicher Grund angeführt wird, dass sich kleinere Verkaufsflächen besser überwa-

chen lassen,³⁸ wird schon nicht hinreichend berücksichtigt, dass durch Einlassbeschränkungen, Infektionsschutzkonzepte sowie Personal eine der Fläche entsprechende intensive Kontrolle gewährleistet werden kann.

(b) Differenzierung von geplanten und gewachsenen Einkaufszentren

Die Ungleichbehandlung von geplanten und gewachsenen Einkaufszentren ist nur gerechtfertigt, wenn sich tatsächlich ein Grund aus dem Infektionsschutz ergibt. Das kann die im Verhältnis zur Straße verstärkte Engführung von Kunden im Inneren von einheitlich geplanten Einkaufszentren sein. Das mag auch die stärkere Infektionsgefahr durch Aerosole in geschlossenen Räumen (etwa den Foyers) sein. Wichtig sind die Größe und Belüftung des Inneren eines Einkaufszentrums und der Umstand, ob die einzelnen Läden eines Einkaufszentrums separate Ein- und Ausgänge zur Straße haben. Differenzierungen können insoweit gerechtfertigt sein.

(c) Differenzierung nach Art des Warensortiments

Eine weitere Ungleichbehandlung stellt die größenunabhängige Öffnung einzelner Branchen des Einzelhandels dar, insofern andere Branchen gar nicht oder aber nur in Abhängigkeit von der Verkaufsfläche öffnen durften. Der Infektionsschutz könnte dann der Grund für diese Differenzierung sein, wenn die Öffnung der auf der Positivliste aufgeführten Einzelhandelsgeschäfte keine oder eine nur zu vernachlässigende Infektionsgefahr mit sich bringt. Es besteht insofern aber kein wesentlicher Unterschied zwischen Lebensmittelmärkten, die flächenunabhängig öffnen durften, und bspw. Möbelgeschäften oder Elektromärkten, denen zunächst der Betrieb auf einer Verkaufsfläche von mehr als 800 m² untersagt war.³⁹ Der Grund für Differenzierungen mag daher in den Warensortimenten liegen. Ein einfacher sachlicher Grund wäre es, wenn die Geschäfte der Positivliste dem Infektionsschutz dienen (wie etwa Apotheken, sofern sie Masken und Desinfektionsmittel anbieten). Die meisten aufgeführten Geschäfte bieten aber nicht Waren an, die dem Infektionsschutz dienen.

Dennoch hat offenbar das Warensortiment für den Ordnungsgeber den Ausschlag zugunsten einer Differenzierung gegeben. Die Gerichte haben dem Ordnungsgeber zumindest den Versuch unterstellt, Differenzierungen zugunsten einer Grundversorgung der Bevölkerung vorzunehmen und bestimmten Einzelhandelsbetrieben wegen der besonderen Relevanz der von ihnen angebotenen Waren für den Grundbedarf die Öffnung zu erlauben.⁴⁰ Dem entsprach in denjenigen Bundesländern, die Ausgangssperren angeordnet hatten, der Rechtfertigungsgrund, für Besorgungen des täglichen Bedarfs die Wohnung verlassen zu dürfen.⁴¹ Der sachliche Grund ergibt sich dann nicht unmittelbar aus dem Infektionsschutz, sondern aus einer Abwägung zwischen dem Infektionsschutz und dem Bedarf nach bestimmten Waren.

35 Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 36.

36 Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 37.

37 Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 41.

38 OVG Bremen, DVBl 2020, 768.

39 In Nordrhein-Westfalen durften Einrichtungshäuser unabhängig von der Größe ihrer Verkaufsfläche öffnen, vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 CoronaSchVO NRW i.d.F. v. 16.04.2020 (GV. S. 221a).

40 Eine Privilegierung ist dies streng genommen nicht, weil nur grundrechtliche Freiheit zugelassen wird.

41 Vgl. z.B. § 5 Abs. 3 Nr. 3 2. BayIfSMV i.d.F. v. 16.04.2020 (GVBl. S. 214).

Abgesehen von der Schwierigkeit, überhaupt eine geeignete Definition der Grundversorgung vorzunehmen, haben einige Gerichte dieses Differenzierungskriterium in den Verordnungen nicht wiedererkennen können. So hat das OVG Saarlouis für die saarländische Rechtsverordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (CPV) festgestellt: »Es erschließt sich bspw. nicht, weshalb die Beschaffung oder Ersetzung von Einrichtungsgegenständen für die gerade nach dem Verständnis der §§ 1 und 2 CPV zum zentralen Aufenthaltsbereich gewordenen [sic] Wohnung der Bürgerinnen und Bürger ›infrastrukturell‹ weniger bedeutsam sein sollte als ein Gartenmarkt oder die Öffnung eines ›Wertstoffzentrums‹ oder einer Fahrradhandlung.«⁴²

Andere Gerichte haben dem Verordnungsgeber ein weites Verständnis der Grundversorgung unterstellt und nicht nur Lebensmittel darunter verstanden, sondern auch Kraftfahrzeuge und Fahrräder (zur Vermeidung des öffentlichen Personennahverkehrs) sowie die Warensortimente großflächiger Buchhandelsgeschäfte mit ihrer Bedeutung für Informationsgewinnung und Bildung der Bevölkerung.⁴³ Auch solche Gerichte, die die Differenzierungen dadurch gerechtfertigt sahen, dass die geöffneten Betriebe »Teil der Infrastruktur der Grundversorgung der Bevölkerung« sind, haben anerkannt, dass auch solche Betriebe öffnen durften, die der Bedarfsdeckung von Handwerkern und Gewerbetreibenden dienen.⁴⁴ Dies betrifft insbesondere Bau- und Gartenmärkte. Die Plausibilität der Beschränkung auf eine ohnehin schwer zu bestimmende Grundversorgung wird durch diese weiteren Ausnahmen in Frage gestellt. Lässt sich anhand der Regelungen eine Eingrenzung auf einen nachvollziehbaren Begriff von Grundversorgung nicht vornehmen, ist die Differenzierung sachlich nicht gerechtfertigt.

3. Rechtsfolgen von Rechtsverstößen

Rechtsverordnungen, die gegen höheres Recht verstoßen, sind grundsätzlich nichtig. Allerdings hat die Verwaltung in aller Regel nicht die Befugnis zur Verwerfung einer nichtigen Rechtsverordnung, also zu deren Nichtanwendung im Einzelfall.⁴⁵ Die Behörde muss, wenn sie oder ihr Rechtsträger nicht selbst die Norm aufhebt bzw. aufheben kann, auch eine als nichtig erkannte Rechtsverordnung weiter anwenden, bis eine gerichtliche Entscheidung ergeht, durch welche die Nichtigkeit (insofern konstitutiv) festgestellt wird. Das erfolgt im Wege einer Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht, das die Norm allgemeinverbindlich für unwirksam erklärt, wenn es sie für ungültig hält.⁴⁶ Wenn dagegen ein auf die Verordnung gestützter Verwaltungsakt im Wege der Anfechtungsklage angegriffen wird und das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt wegen der Rechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Verordnung aufhebt, hat diese Entscheidung nur Wirkung für die Parteien des Anfechtungsprozesses. Dasselbe gilt für eine Klage auf Feststellung, ob die Verordnung auf den Kläger anwendbar ist.⁴⁷ Die im Feststellungs- oder Anfechtungsprozess incidenter erfolgte Beurteilung der Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit der Verordnung ist nicht allgemeinverbindlich wie im Falle der (prinzipalen) Normenkontrolle.

Es gibt ausdrückliche gesetzliche Regelungen der Unbeachtlichkeit von Verfahrens- und Formfehlern, meist für Satzungen, seltener für Rechtsverordnungen.⁴⁸ Die Rechtsprechung hat auch bei Fehlen einer Unbeachtlichkeitsregelung ange-

nommen, dass »bloße« Form- und Verfahrensfehler bei der Verordnungsgebung nur unter weiteren Bedingungen wie etwa der Evidenz und bzw. oder einem bestimmten Gewicht des Fehlers zur Nichtigkeit der Verordnung führen.⁴⁹ Verstöße gegen materielles Recht führen dagegen auch nach dieser Ansicht stets zur Nichtigkeit. Eine Ausnahme könnte der Verstoß gegen den Gleichheitssatz sein. Wenn Parlamentsgesetze gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, erklärt das Bundesverfassungsgericht das Gesetz nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar, aber nicht für nichtig. Der Grund dafür liegt darin, dass nicht die Regelung an sich verfassungswidrig ist, sondern der Ausschluss einer Vergleichsgruppe vom Regelungsgehalt, und dass aufgrund der Gewaltenteilung der Gesetzgeber selbst entscheiden muss, ob er die Regelung ganz kassiert oder die ausgeschlossene Gruppe in den Regelungsgehalt einbezieht. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Übertragung dieser »Unvereinbarerklärung« auf die Normenkontrolle untergesetzlicher Rechtsvorschriften im Grundsatz abgelehnt, dabei aber ausdrücklich offengelassen, »[o]b in besonderen Ausnahmefällen, in denen die Unwirksamkeitserklärung einen ›Notstand‹ zur Folge hätte, etwas anderes gelten kann.«⁵⁰ Der VGH München hat – auch im Blick auf die Unterscheidung nach der Verkaufsflächengröße – einen solchen Ausnahmefall angenommen und (im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes) von der Außervollzugsetzung der Verordnungsvorschrift abgesehen und sich auf die Erklärung beschränkt, dass die Regelung insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sei.⁵¹ Grund für die Annahme eines Ausnahmefalls sei ein Notstand aufgrund der Bedrohung durch das Corona-Virus.

Die Feststellung der Nichtigkeit erfolgt im Verfahren der (prinzipalen) Normenkontrolle. Das gilt jedenfalls für das Hauptsacheverfahren. Die bisherigen Verfahren ergingen im einstweiligen Rechtsschutz (vgl. § 47 Abs. 6 VwGO). Die Gerichte können die angegriffenen Normen in diesen Verfahren nicht »vorläufig« für nichtig erklären, sondern ordnen die Aussetzung des Vollzugs der angegriffenen Normen an, wenn der Antrag begründet ist. Der Maßstab der Prüfung sind grundsätzlich die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollverfahrens, soweit sie sich bereits absehen lassen.⁵² Lassen sich die Erfolgsaussichten im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes noch nicht absehen,⁵³ so muss über den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung (der sogen. Doppelhypothese) entschieden werden. »Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen deutlich überwiegen [...]«, damit das Gericht die begehrte Außervollzugsetzung

42 OVG Saarlouis, Beschl. v. 27.04.2020 – 2 B 143/20.

43 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.04.2020 – 11 S 31/20, Rdnr. 26.

44 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.04.2020 – 11 S 31/20, Rdnr. 26.

45 Vgl. BVerwGE 75, 142; OVG NRW, NuR 2006, 191.

46 § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO.

47 Vgl. zur Begrenzung der Verkaufsfläche VG Hamburg, Beschl. v. 21.04.2020 – 3 E 1675/20.

48 Vgl. BVerfGE 103, 332 (389).

49 Vgl. BVerfGE 91, 148 (175 f.): Nichtigkeit nur bei Evidenz eines Verfahrensfehlers.

50 BVerwG, NVwZ 2011, 310 (314).

51 Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 28 f.

52 BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, Rdnr. 12.

53 So etwa Bay.VGH, Beschl. v. 27.04.2020 – 20 NE 20.793, Rdnr. 43.

von Verordnungsregelungen verfügt. Auch wenn die verordnungsrechtlichen Betriebsuntersagungen verfassungswidrige Wettbewerbsverzerrungen darstellen, ist es aus prozessualen Gründen schwierig bis unmöglich, im einstweiligen Rechtsschutz eine Korrektur zu erreichen.

VII. Fazit

Die Betriebsuntersagungen der Corona-Schutzverordnungen sind gravierende Eingriffe in die Berufsfreiheit und in das Eigentumsgrundrecht der betroffenen Einzelhandelsbetriebe. Eine klarere gesetzliche Eingriffsgrundlage wäre, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten, so doch wünschenswert gewesen. Für künftige Betriebsuntersagungen ist eine Klarstellung des Infektionsschutzgesetzes verfassungsrechtlich geboten und nunmehr im § 28a Abs. 1 Nr. 14 geregelt. Die Differenzierungen der Wiederöffnungsregelungen in den Verordnungen nach dem 15. April stellen verfassungswidrige

Wettbewerbsbeschränkungen dar, wenn sie nicht mit dem Infektionsschutz gerechtfertigt werden können. Besonders deutlich ist die Wettbewerbsverzerrung im Fall der Differenzierung nach der Größe der Verkaufsfläche. Die Grenze von 800 m² hat keinen Bezug zum Infektionsschutz und ist willkürlich. Die Ungleichbehandlung von Einzelhandelsbetrieben in gewachsenen und in geplanten Einkaufszentren ist nur dann verfassungskonform, wenn sie ihren Grund im Infektionsschutz hat. Die größere Infektionsgefahr in einheitlich geplanten Einkaufszentren oder durch diese kann nicht einfach unwiderleglich vom Ordnungsgeber vermutet werden. Differenzierungen nach der Art des Warensortiments etwa zugunsten einer wie auch immer zu verstehenden Grundversorgung müssen in der jeweiligen Verordnung konsequent durchgeführt werden, sonst ist das Differenzierungskriterium nicht erkennbar und damit die Differenzierung willkürlich.

Wirtschaftliche Sonderopfer in der Pandemie: Entschädigungsansprüche bei einem regionalen Lockdown

von Privatdozentin Dr. Judith Froese, Köln/Göttingen*

Die Infektionsschutzmaßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie bedeuten für die am Wirtschaftsleben Beteiligten erhebliche Belastungen. Dies gilt besonders für Betriebs-schließungen und -beschränkungen. Die naheliegende Frage nach Entschädigungsansprüchen der Betroffenen wird häufig unter Hinweis auf das Vorliegen einer flächendeckenden Krise, die praktisch jeden treffe, verneint. Der Beitrag zeigt anhand des Lockdowns im Kreis Gütersloh auf, dass auch in einer solchen Krise Einzelne besonders stark betroffen sein können, ihnen also mitunter Sonderopfer abverlangt werden. Eine finanzielle Kompensation dürfte aber dennoch nur ausnahmsweise zu gewähren sein.

I. Einleitung

Die »erste Welle« des Corona-Virus ist in Deutschland recht glimpflich verlaufen, die Gefahr eines weiteren »Bergamo«¹ konnte vorerst gebannt werden und eine gewisse Normalität hatte im Sommer 2020 in vielen Bereichen wieder Einzug erhalten. Bereits das Ausbruchsgeschehen im Fleischbetrieb Tönnies in Rheda-Wiedenbrück Mitte Juni und der daraufhin verfügte Lockdown im Kreis Gütersloh haben jedoch gezeigt, wie fragil die Lage weiterhin ist. Neben den vielfältigen politischen Diskussionen – vom Tierschutz und Fleischkonsum² bis zu den Arbeitsbedingungen³ –, die dieses Ereignis ausgelöst hat, stellt sich auch die Frage nach Entschädigungsansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer und Betriebe. Die in Betracht kommenden Ansprüche sind freilich nicht auf die Kompensation einer Vielzahl wirtschaftlich Betroffener zugeschnitten, sondern auf Härtefälle bzw. Sonderopfer. Am Gütersloher Beispiel lässt sich aber aufzeigen, dass Einzelnen auch in einer flächendeckenden Krise wie der Corona-Pandemie mitunter Lasten im Interesse des Gemeinwohls abverlangt werden.

II. Vom Lockdown Betroffene

Der Lockdown im Kreis Gütersloh betraf den Fleischbetrieb Tönnies und seine Mitarbeiter sowie weitere Betriebe. Die Schließung des Fleischbetriebs erfolgte durch Einzelverfügung, die häusliche Quarantäne für die dort tätigen Personen wurde durch Allgemeinverfügung zur Absonderung in sog. häuslicher Quarantäne des Landkreises Gütersloh vom 20.06.2020 angeordnet. Begründet wurde die Quarantäneanordnung insbesondere damit, dass im Betrieb der Firma Tönnies über 1.000 positive Befunde festgestellt worden waren. Weiter sei davon auszugehen, dass die bislang noch nicht positiv auf das Coronavirus getesteten Personen ansteckungsverdächtig i.S.v. § 2 Nr. 7 IfSG seien.

Gegenüber weiteren Betrieben im Kreis Gütersloh erfolgten Schließungen bzw. Tätigkeitsverbote hingegen zur allgemeinen Eindämmung des Ausbruchsgeschehens und auf Grundlage der ersten und zweiten CoronaRegioVO,⁴ die bis

* Die Autorin ist Akademische Rätin a. Z. am Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik der Universität zu Köln und vertritt im Wintersemester 2020/21 den Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie (Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten) an der Georg-August-Universität Göttingen.

1 Die Lombardei (besonders die Provinzen Bergamo und Brescia) war in Europa bekanntlich am schwersten von der Corona-Pandemie betroffen; das Gesundheitssystem war dort derart überlastet, dass Ärzte sog. Triage-Entscheidungen zu treffen hatten, siehe FAZ v. 18.03.2020, Nr. 66, S. 5; zur Triage: S. Augsburg/R. Merkel, JZ 2020, 704 ff.; Nachrichten von einsam sterbenden Menschen gingen ebenso um die Welt wie Bilder von Särgen und Leichentransporten.

2 Siehe etwa FAZ v. 07.07.2020, Nr. 155, S. 9.

3 Siehe etwa FAZ v. 09.07.2020, Nr. 157, S. 4.

4 Erste Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in Regionen mit besonderem Infektionsgeschehen v. 23.06.2020, GV Nr. 25a v. 23.06.2020 S. 449a–454a und Zweite Verordnung v. 30.06.2020, GV Nr. 26a v. 30.06.2020 S. 455a–468a.