

GUTACHTEN

2G-Regel im Einzelhandel – verfassungsrechtliche Einordnung und Rechtsschutzmöglichkeiten

erstellt für den

Handelsverband Deutschland – HDE e. V. Der Einzelhandel

durch

**Rechtsanwalt Dr. Holger Schmitz
Rechtsanwalt Hendrik Schlutt
Rechtsanwältin Esther Priebes
Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB**

im **November 2021**

Noerr
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Rechtsanwälte Steuerberater
Wirtschaftsprüfer
Charlottenstraße 57
10117 Berlin
Deutschland
T +49 30 20942000
F +49 30 20942094
noerr.com

Alicante
Berlin
Bratislava
Brüssel
Budapest
Bukarest
Dresden
Düsseldorf
Frankfurt/M.
Hamburg
London
Moskau
München
New York
Prag
Warschau

Sitz der Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB ist München. Die Gesellschaft ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter der Nummer PR 512 eingetragen.

Eine Liste der eingetragenen Partner der Partnerschaftsgesellschaft mbB kann am Sitz der Gesellschaft oder beim Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München eingesehen werden. Weitere Informationen finden Sie im Internet unter noerr.com. Informationen zum Datenschutz bei Noerr finden Sie unter noerr.com/datenschutz.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE | 4 |
| B. | SACHVERHALT | 9 |
| I. | Verlauf, Eindämmung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie | 9 |
| II. | Verbesserte Datenlage zur Verbreitung und Bekämpfung von SARS-CoV-2 und zur Effektivität von Corona-Schutzmaßnahmen im Einzelhandel | 10 |
| III. | Änderung des Infektionsschutzgesetzes und Bedeutung der Hospitalisierungsrate | 12 |
| IV. | Die 2G-Regelungen in den einzelnen Ländern im Herbst/Winter 2021 | 12 |
| V. | Die wirtschaftlichen Auswirkungen der 2G-Regel auf den Einzelhandel..... | 14 |
| C. | RECHTLICHE WÜRDIGUNG | 16 |
| I. | Die Verletzung grundrechtlicher Freiheitsrechte durch 2G-Regel im Einzelhandel ohne Entschädigung auf kurze Frist / ohne vorrangige Impfpflicht auf lange Frist..... | 16 |
| 1. | Schwerer Eingriff in die Berufsfreiheit der Einzelhändler | 16 |
| a) | Eingriff bei Regeladressierung an Kunden / an Einzelhändler | 16 |
| b) | Schwere des Eingriffs in sachlicher Dimension mit Blick auf massive Umsatzverluste für Einzelhandel in der (Vor-)Weihnachtszeit..... | 18 |
| c) | Schwere des Eingriffs in zeitlicher Dimension mit Blick auf vorangegangene Beschränkungen des Einzelhandels | 18 |
| 2. | Eingriff in Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG)..... | 20 |
| 3. | Unverhältnismäßigkeit der 2G-Regel im Einzelhandel..... | 21 |
| a) | Grundlegend: engeres Auswahlermessen des Verordnungsgebers mit verbesserter Datengrundlage zum COVID-19-Infektionsschutz..... | 21 |
| b) | Nur sehr eingeschränkte Geeignetheit der 2G-Regel im Einzelhandel | 23 |
| c) | Keine Erforderlichkeit der Inanspruchnahme der Einzelhändler als Nichtstörer auf lange Frist..... | 24 |
| d) | Keine Angemessenheit der 2G-Regel im Einzelhandel ohne Entschädigung auf kurze Frist | 27 |

| | | |
|------|---|----|
| aa) | Schwerwiegendste Beeinträchtigung der Interessen des Einzelhandels im Vergleich zu geringem Grad der Zielerreichung durch 2G-Regel | 27 |
| bb) | Indienstnahme der Einzelhändler für öffentliche Aufgabe der Zugangskontrolle | 29 |
| cc) | Erfordernis finanzieller Ausgleichsmaßnahmen zur Kompensation..... | 29 |
| II. | Die Verletzung des grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes durch 2G-Regel im nicht privilegierten Einzelhandel..... | 31 |
| 1. | Grundlegend: strenger rechtlicher Prüfungsmaßstab wegen schwerer Grundrechtseingriffe | 32 |
| 2. | Ungleichbehandlung von nicht privilegiertem Einzelhandel und wesentlich gleichem privilegiertem Einzelhandel | 33 |
| 3. | Gleichbehandlung von nicht privilegiertem Einzelhandel und Betrieben, Einrichtungen und Angeboten mit Publikumsverkehr trotz wesentlich ungleichem Infektionsrisiko..... | 34 |
| 4. | Keine Rechtfertigung der Un- bzw. Gleichbehandlung | 35 |
| 5. | Überschreitung der Typisierungsbefugnis des Verordnungsgebers | 37 |
| III. | Rechtsschutzmöglichkeiten gegen 2G-Regel im Einzelhandel..... | 38 |
| 1. | Geltendmachung der Rechtswidrigkeit im Wege des Normenkontrollantrags | 38 |
| 2. | Geltendmachung der Rechtswidrigkeit im Wege der Normenfeststellungs-klage..... | 39 |
| 3. | Geltendmachung der Rechtswidrigkeit des künftig wiederholten Erlasses einer 2G-Regel für den Einzelhandel in Corona-Schutz-Verordnungen durch eine Normunterlassungsklage in Form der allgemeinen Feststellungsklage..... | 40 |

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die 2G-Regel im Einzelhandel verletzt die Einzelhändler in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG und **ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. Die Privilegierung einzelner Einzelhändler die nicht unmittelbar der Versorgung mit Waren des täglichen Bedarfs dienen, und die Gleichbehandlung der nicht privilegierten Einzelhändler mit Gastronomie und körpernahen Dienstleistungen in Bezug auf die 2G-Regel verletzt die nicht privilegierten Einzelhändler zudem **im allgemeinen Gleichheitsgrundrecht** gemäß Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. mit Art. 19 Abs. 3 GG.

Der schwerwiegende unverhältnismäßige Eingriff in die für das Wirtschaftsleben und die Einzelhändler zentralen grundrechtlichen Freiheitsrechte und der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch **verpflichten den Staat kurzfristig umfassende finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zur Kompensation für die Einzelhändler zu ergreifen, die über eine bloße Fixkostenerstattung im Rahmen der Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV hinausgehen.**

Auf lange Frist ist eine Inanspruchnahme des Einzelhandels als Nicht-Störer insoweit unzulässig, als dem Staat vorrangig Alternativmaßnahmen mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und Effektivität zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zur Verfügung stehen. Hierzu zählt insbesondere der Erlass einer allgemeinen Impfpflicht.

Rechtsschutz gegen die 2G-Regel im Einzelhandel für die (Vor- und Nach-)Weihnachtszeit im Jahr 2021/2022 bietet mit Aussicht auf Erfolg der Normenkontrollantrag vor den Oberverwaltungsgerichten der einzelnen Bundesländer innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Corona-Verordnung, in den Ländern Berlin und Hamburg ist die allgemeine Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten zu erheben. Gegen eine in Zukunft, wohl spätestens für die (Vor- und Nach-)Weihnachtszeit im Jahr 2021/2022 erneut drohende 2G-Regel im Einzelhandel ist im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes bei Nichtergreifen der vorrangigen erforderlichen Schutzmaßnahmen in Form der allgemeinen Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten vorzugehen.

Im Einzelnen:

- Eine 2G-Regel im Einzelhandel stellt einen **schweren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Einzelhändler** dar (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG). Dies gilt sowohl, wenn die 2G-Regel sich mit Nachweispflichten und Zugangsbeschränkungen an die Kunden richtet, als auch für den Fall, dass die Einzelhändler zur Nachweiskontrolle für den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften verpflichtet werden.

Die 2G-Regel im Einzelhandel ist bzw. entspricht einer Berufsausübungsregelung mit ihren **schweren wirtschaftlichen Nachteilen**, da sie für den stationären Einzelhandel den Verkauf von Produkten und Waren an nicht immunisierte Kunden praktisch unmöglich macht, zu einem starken Rückgang der Kundenzahlen auch bei immunisierten Kunden, und zu massiven Umsatzeinbrüchen im umsatzstärksten (Vor-)Weihnachtsgeschäft führt sowie die Durchführung der Nachweiskontrollen einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand bedeutet.

Für die Schwere des Eingriffs muss auch in den Blick genommen werden, dass der Einzelhandel seit Beginn der COVID-19-Pandemie wiederholt langandauernden und schwerwiegenden Maßnahmen unterliegt, die die Einzelhändler wirtschaftlich bereits schwer getroffen haben. **So erkennen auch die Gerichte für den Verlauf der COVID-19-Pandemie an, dass mit zunehmender Dauer der Betriebsbeschränkungen die wirtschaftliche Nachteile für die Einzelhändler immer schwerer wiegen.** Die 2G-Regel im Einzelhandel verschlechtert die wirtschaftliche Lage der Einzelhändler weiter und trägt im stationären Einzelhandel zu einer Verfestigung des zwangsläufig geänderten Konsum- und Nutzungsverhaltens der Kunden bei mit der Folge, dass die **von den vorherigen Beschränkungen bereits schwer getroffenen Einzelhändler in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht** sind.

- Die 2G-Regel im Einzelhandel begründet auch einen **schweren Eingriff in das Recht der Einzelhändler am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG). Im Verlauf der COVID-19-Pandemie haben die Gerichte anerkannt, dass Beschränkungen des Einzelhandels einen Eingriff in den Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen können, soweit ihnen eine existenzgefährdende Wirkung zukommt. Auch schützt Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG den erworbenen Kundenstamm. Gemessen hieran beschränkt die 2G-Regel im Einzelhandel auch weitreichend die Einzelhändler in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.
- Die 2G-Regel im Einzelhandel greift auch **unverhältnismäßig in die grundrechtlichen Freiheitsrechte der Einzelhändler** ein und verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Mit zunehmend verbesserter Datengrundlage zum COVID-19-Infektionsschutz sind dem Ordnungsgeber **enge Grenzen für sein Auswahlermessen** gesetzt. Dies gilt im besonderen Maße für eine 2G-Regel im Einzelhandel, die unabhängig von einer parlamentarisch festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite getroffen wird. Hieraus folgen **gesteigerte Anforderungen an die empirische Begründung** einer 2G-Regel im Einzelhandel. Bestätigung findet dies in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I“), die ausdrücklich auf

die seinerzeit noch bestehenden Unwägbarkeiten wissenschaftlicher Erkenntnisse abhebt.

Aufgrund des nur **geringen Infektionsrisikos im Einzelhandel und der weiten Ausnahmetatbestände für die 2G-Regel** für die stark frequentierten Geschäfte für Lebensmittel und Waren des täglichen Bedarfs ist eine 2G-Regelung für den Einzelhandel nur eingeschränkt zur Verhinderung einer Verbreitung von COVID-19 geeignet.

Die 2G-Regel im Einzelhandel und eine **sonstige Inanspruchnahme der Einzelhändler als Nichtstörer** ist zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auf lange Frist nicht erforderlich und unzulässig, da insbesondere der Staat eine **allgemeine Impfpflicht** als Alternativmaßnahme mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und als hochwirksames Mittel zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie regeln kann. **Soweit eine allgemeine Impfpflicht mit Blick auf die Immunisierungsdauer kurzfristig nicht zur Verfügung steht, sind die Einzelhändler für die massiven Umsatzverluste im (Vor-)Weihnachtsgeschäft umfassend zu entschädigen.**

Die **2G-Regel im Einzelhandel** ist auch **unangemessen** mit Blick auf die schweren Eingriffe in die Grundrechte der Einzelhändler. **Schon in der Vergangenheit haben die Gerichte mit Blick auf die zunehmende Dauer und Intensität von Beschränkungen des Einzelhandels das Missverhältnis zwischen den schweren Grundrechtseingriffen und dem verfassungsrechtlich nicht absolut geschützten Gesundheitsschutz kritisiert.** Auch das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Entscheidung vom 19.11.2021 („Bundesnotbremse I“) die besondere Gefahr sich addierender Corona-Schutzmaßnahmen für die Grundrechte der Betroffenen. Mit Blick auf das ohnehin geringe Infektionsrisiko im Einzelhandel steht der Zweck, eine Verbreitung von COVID-19 im stationären Einzelhandel zu verhindern, außer Verhältnis zu der hiermit verbundenen schwerwiegendsten Beeinträchtigung der Interessen des Einzelhandels.

Erschwerend kommt hinzu, dass den Einzelhändlern mit der dem Betrieb von Einzelhandelsgeschäften fremden Durchführung von Nachweiskontrollen nicht nur ein erheblicher organisatorischer und finanzieller Mehraufwand auferlegt wird, sondern sie auch **für die Durchsetzung der 2G-Regel als originäre Polizeiaufgabe in den Dienst genommen** werden. Für einen solchen Fall stellt das Bundesverfassungsgericht **besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit** wie insbesondere ein Anspruch auf Entschädigung für die in Anspruch genommenen Unternehmen.

- Für die Inanspruchnahme des Einzelhandels trotz rechtzeitig möglicher allgemeiner Impfpflicht, für seine Inanspruchnahme für die öffentliche Aufgabe der Zugangskontrolle und nicht zuletzt für die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatzeinbrüche mit existenzgefährdender Wirkung sind die Einzelhändler **in kurzer**

Zeit umfassend zu entschädigen. Die Gerichte sehen den Staat in der Pflicht, weitere Entschädigungsleistungen zu regeln. Die **Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV ist hierfür nicht geeignet**, da sie eine freiwillige Billigkeitsleistung des Staates ist, auf die per se kein Anspruch besteht und die jederzeit eingestellt werden kann, zumal hiermit nur teilweise die ungedeckten Fixkosten erstattet werden und die langfristigen wirtschaftlichen Schäden für die Einzelhändler von vornherein nicht erfasst werden. **Zur Kompensation der schweren Eingriffe in die Berufsfreiheit der Einzelhändler und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bedarf es finanzieller Ausgleichsmaßnahmen, die die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatz- und Gewinneinbußen umfassend entschädigen.**

- Die **Privilegierung bestimmter Einzelhandelsbetriebe**, die nicht unmittelbar der Versorgung mit Waren des täglichen Bedarfs dienen, in Bezug auf die 2G-Regel **verletzt die nicht privilegierten Einzelhändler im allgemeinen Gleichheitssatz** gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Das gleiche gilt für die **ungerechtfertigte Gleichbehandlung der nicht privilegierten Einzelhändler mit der Gastronomie und den körpernahen Dienstleistungen in Bezug auf die 2G-Regel.**

Für beide Eingriffe in den allgemeinen Gleichheitssatz gibt es **bereits keinen sachlichen Grund**: In den privilegierten **Buchhandlungen, Bau- und Gartenmärkten sowie Blumengeschäften bestehen vergleichbare Infektionsgefahren** wie im sonstigen Einzelhandel, da der Aufenthalt der Kunden in geschlossenen Räumen stattfindet, der Aufenthalt nicht in all diesen Geschäften typischerweise auf eine sehr kurze Aufenthaltsdauer gerichtet ist und auch nicht von vornherein sehr geringfügige Kundenströme zu erwarten sind. Diesen **privilegierten Einzelhändlern kommt auch keine die Ungleichbehandlung rechtfertigende Grundversorgungsfunktion** zu. Bei **körpernahen Dienstleistungen besteht ein signifikant erhöhtes Infektionsrisiko** gegenüber dem Einzelhandel, da es über eine **längere Zeitspanne zu einem körpernahen Kontakt** zwischen Dienstleistenden und Kunden kommt. Im Gegensatz zur Gastronomie können **im Einzelhandel durchgehend Masken** getragen werden, auch ist die durchschnittliche **Verweildauer in der Gastronomie** erheblich länger. Es ist inzwischen auch allgemein bekannt, dass der **Einzelhandel keinen maßgeblichen Beitrag zum Infektionsgeschehen** leistet. Deswegen fehlt es für eine Gleichbehandlung des nicht privilegierten Einzelhandels ebenfalls bereits an einem sachlichen Grund.

Ein finanzieller Ausgleich des Eingriffs in den allgemeinen Gleichheitssatz bei den nicht privilegierten Einzelhändlern ist insbesondere durch den Leistungsumfang der Überbrückungshilfe III Plus / IV nicht dargestellt, weil diese nicht ausreichen, um die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatz- und Gewinneinbußen auszugleichen, da hierdurch nur teilweise die ungedeckten Fixkosten erstattet werden.

Einen Zusammenhang zwischen der Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG bei Eingriffen in Art. 14 Abs. 1 GG und dem Erfordernis von Entschädigungsklauseln oder sonstigen Ausgleichsmaßnahmen für einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Atomausstieg hergestellt. **Wegen des bestehenden Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die 2G-Regel für nicht privilegierte Einzelhändler ist der Mangel einer entsprechenden Entschädigungs- oder Ausgleichsregelung auch für die Rechtfertigung der Eingriffe in den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG bei den nicht privilegierten Einzelhändlern von Belang.**

Vor dem Hintergrund der **fehlenden Entschädigungs- oder Ausgleichsregelung** und der durch die 2G-Regel für die Einzelhändler **im Weihnachtsgeschäft erwartbaren schweren Umsatzeinbrüche und der damit verbundenen Existenzbedrohung**, ist der Eingriff in den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls auch **nicht verhältnismäßig**, so dass auch dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

- Gegen die 2G-Regel im Einzelhandel für die (Vor- und Nach-)**Weihnachtszeit im Jahr 2021/2022** ist mit Aussicht auf Erfolg mit **Normenkontrollanträgen** vor den Obergerichtswahlbehörden der einzelnen Bundesländer innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Corona-Verordnung vorzugehen. In den Ländern **Berlin und Hamburg ist die allgemeine Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten zu erheben. Gegen eine in Zukunft, wohl spätestens für die (Vor- und Nach-)**Weihnachtszeit im Jahr 2021/2022** erneut drohende 2G-Regel im Einzelhandel ist im Wege des **vorbeugenden Rechtsschutzes bei Nichtergreifen der vorrangigen erforderlichen Schutzmaßnahmen in Form der allgemeinen Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten vorzugehen. Hierzu bedarf es eines **qualifizierten Interesses am vorbeugenden Rechtsschutz**. Dieses haben die Einzelhändler, weil sie die sie betreffenden **Regelungen aus den Corona-Schutz-Verordnungen** praktisch immer **sofort** nach Inkrafttreten **befolgen müssen** und ihnen deswegen und **wegen des drohenden Bußgeldes ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann.**

B. Sachverhalt

Entgegen anderslautender Beteuerungen haben mehrere Bundesländer Ende November 2021 die sogenannte 2G-Regel eingeführt, nach der die Kunden im stationären Einzelhandel zur Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises verpflichtet werden und an die ihr Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften geknüpft ist. Teilweise werden die Einzelhändler ausdrücklich zur Kontrolle der jeweiligen Nachweise für den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften verpflichtet. Nicht immunisierten Kunden, also weder Geimpfte noch Genesene, ist der Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften untersagt. Der Handelsverband Deutschland HDE e.V. hat die Kanzlei Noerr beauftragt, die Zulässigkeit der 2G-Regelung im Einzelhandel und hiergegen bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten zu prüfen.

Dieses Gutachten ordnet die 2G-Regel im Einzelhandel verfassungsrechtlich mit Blick auf die grundrechtlichen Freiheitsrechte der Einzelhändler aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG sowie dem Gleichbehandlungsanspruch der Einzelhändler aus Art. 3 Abs. 1 GG und erörtert die erfolgsversprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Verordnungsregelungen in den einzelnen Bundesländern.

I. Verlauf, Eindämmung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie

Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie Anfang 2020 stellte Gesellschaft, Medizin, Politik und nicht zuletzt auch die Wirtschaft vor nie dagewesene Herausforderungen. Um einer Verbreitung von SARS-CoV-2 durch Kontaktreduzierungen entgegenzutreten oder die Ausbreitung zumindest zu verlangsamen und dadurch eine Überlastung des Gesundheitssystems abzuwenden, schränkten Bund und Länder das öffentliche Leben durch verschiedene Corona-Schutzmaßnahmen im Verlauf der COVID-19-Pandemie massiv ein. Zu den hiervon betroffenen Wirtschaftsakteuren zählt auch der Einzelhandel.

Insbesondere die Anordnungen der vollständigen Schließung der Einzelhandelsbetriebe während des ersten Lockdowns ab dem 16.03.2020 bis zur schrittweisen Öffnung ab dem 16.04.2020 und während des zweiten Lockdowns ab dem 16.12.2020, in Sachsen bereits ab dem 14.12.2020, bis zur uneinheitlichen Lockerung durch die einzelnen Länder im Frühjahr 2021 stellten weitreichendste Beschränkungen des Einzelhandels dar. Hiervon ausgenommen blieben der Einzelhandel für Lebensmittel und Waren des täglichen Bedarfs, wobei die Privilegierung einzelner Einzelhandelsgeschäfte in den Ländern unterschiedlich weit bzw. eng gefasst wurde.

Zudem wurde zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie eine Vielzahl weiterer Schutzmaßnahmen im Einzelhandel ergriffen, u.a. die Schließung der Verkaufsstellen für den Publikumsverkehr mit Ausnahme der Öffnung zur Abholung vorbestellter

Ware (sog. Click and Collect), Zugangsbeschränkungen nach Größe der Verkaufsstelle, die Pflicht zur vorherigen Terminvereinbarung (sog. Click and Meet), die Pflicht zur Vorlage eines negativen Testergebnisses für Kundinnen und Kunden bzw. zur Durchführung eines Tests vor Ort, die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske für alle in der Verkaufsstelle anwesenden Personen sowie die Erarbeitung eines Hygiene- und Schutzkonzeptes in den Verkaufsstellen des Einzelhandels.

Zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie startete am 27.12.2020 die bundesweite Impfkampagne in Deutschland. Aufgrund der anfänglich limitierten Impfstoffmengen empfahl die Ständige Impfkommission („STIKO“) zunächst eine Impfung nur für besonders gefährdete Personengruppe, bevor im Juni 2021 die Priorisierung aufgehoben wurde. Seitdem besteht für die Allgemeinheit die Möglichkeit, eine Impfung zu erhalten. Auch wurde die Impfempfehlung der STIKO zwischenzeitlich auf Schwangere sowie Jugendliche im Alter zwischen 12 und 18 Jahren ausgeweitet. Seit dem 25.11.2021 empfiehlt die Europäische Arzneimittel-Agentur die Zulassung des Kinder-Impfstoffs von BioNTech/Pfizer für Kinder im Alter zwischen 5 und 11 Jahren; eine entsprechende Empfehlung der STIKO wird kurzfristig erwartet. Allen Personen ab 18 Jahren, deren zweite Impfung etwa sechs Monate zurückliegt, wird zudem empfohlen, ihre Immunisierung durch eine dritte Impfung aufzufrischen.

II. Verbesserte Datenlage zur Verbreitung und Bekämpfung von SARS-CoV-2 und zur Effektivität von Corona-Schutzmaßnahmen im Einzelhandel

Nach derzeitigem Stand sind 68,3 % der Gesamtbevölkerung in Deutschland vollständig geimpft¹. Modellierungen des Robert-Koch-Instituts („RKI“) zeigen allerdings, dass nur bei Erreichen der sog. Zielimpfquote von 85% für die 12- bis 59-Jährigen sowie von 90% für Personen ab dem Alter von 60 Jahren, die sog. 7-Tage-Inzidenz unter 100 gehalten und die COVID-19-Pandemie wirksam bekämpft werden kann.²

Während zu Beginn der Pandemie noch weitestgehend gesicherte Kenntnisse zur Verbreitung von SARS-CoV-2 und seiner Bekämpfung fehlten, hat sich mittlerweile die Datenlage konstant verbessert und begründen zwischenzeitliche Erkenntnisse zur Infektionsgefahr im Einzelhandel Zweifel an der Effektivität einzelner Corona-Schutzmaßnahmen.

Die Verbreitung des Erregers SARS-CoV-2, insbesondere in seiner derzeit weit verbreiteten Delta-Variante, erfolgt von Mensch zu Mensch hauptsächlich im Wege der

¹ <https://impfdashboard.de/> (zuletzt abgerufen am 26.11.2021 um 17.14 Uhr).

² RKI, Epidemiologisches Bulletin, 27/2021, S. 11.

respiratorischen Aufnahme virushaltiger Partikel durch Tröpfchen und Aerosole und vor allem in schlecht belüfteten, kleinen Innenräumen bei langen Aufenthaltszeiten.³

Zur Bekämpfung von SARS-CoV-2 stellt die Impfung ein hochwirksames Mittel dar.⁴ Die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe können SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) um bis zu 92% verhindern.⁵ Erwiesenermaßen sinkt zudem durch eine Impfung das Risiko eines schweren Verlaufs mit notwendiger Hospitalisierung, sowie das Risiko für einen tödlichen Verlauf.⁶ Darüber hinaus ist die Virusausscheidung bei Personen, die trotz Impfung eine SARS-CoV-2-Infektion haben, kürzer als bei ungeimpften Personen mit einer SARS-CoV-2-Infektion.⁷

Konkret in Bezug auf den Einzelhandel stufte das RKI bereits im März 2021 das Infektionsrisiko als gering ein.⁸ Auch eine gemeinsame Untersuchung der Berufsgenossenschaft für Handel und Warenlogistik und der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin ergab, dass die Erkrankungsrisiken für Arbeitnehmer des Einzelhandels nicht höher als bei der Allgemeinbevölkerung sind.⁹ Eine wesentliche Rolle für das geringe Infektionsrisiko im Einzelhandel spielen geeignete Hygienekonzepte, die Maskenpflicht und das Abstandsgebot.¹⁰ Auch halten sich die Kunden in den Einzelhandelsgeschäften typischerweise nur über eine kurze Zeit auf, sodass die Schwelle zum Hochrisikokontakt ab einer Verweildauer von 15 Minuten nicht überschritten wird.¹¹ So sind im Oktober 2021 nur 1,03% der Warnmeldungen in der Luca-App auf den Einzelhandel zurückzuführen.¹²

³ https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F87DD24D86B1A914ADB07054A25A43E1.internet072?nn=13490888#doc13776792bodyText2 (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

⁴ https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

⁵ RKI, Epidemiologisches Bulletin, 35/2021, S. 5.

⁶ RKI, Epidemiologisches Bulletin, 35/2021, S. 3.

⁷ https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

⁸ RKI, ControlCOVID – Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, S. 6.

⁹ <https://www.bghw.de/ueber-uns/presse/studie-zu-corona-risiko-im-einzelhandel> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

¹⁰ RKI, ControlCOVID - Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, S. 6.

¹¹ <https://www.bghw.de/ueber-uns/presse/studie-zu-corona-risiko-im-einzelhandel> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

¹² <https://www.luca-app.de/luca-veroeffentlicht-aktuelle-zahlen-zum-infektionsgeschehen/> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

Angesichts der von vornherein als gering einzuschätzenden Infektionsgefahr im Einzelhandel erscheint es zumindest zweifelhaft, ob die 2G-Regel im Einzelhandel einen merklichen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie leisten kann.

III. Änderung des Infektionsschutzgesetzes und Bedeutung der Hospitalisierungsrate

Vor dem Hintergrund des Auslaufens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite zum 25.11.2021 ist das „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ am 24.11.2021 in Kraft getreten.

Hiermit wurde auch in § 28a Absatz 7 Infektionsschutzgesetz („IfSG“) ein neuer, bundesweit einheitlicher Maßnahmenkatalog geschaffen, der unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite bestimmte Maßnahmen als notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG ansieht. Zu den möglichen Schutzmaßnahmen gehören neben beispielsweise der Abstands- und Maskenpflicht die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Zugangsbeschränkungen, namentlich auch zu dem in § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG genannten Einzelhandel (§ 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 IfSG).

Im Rahmen der Bund-Länder-Beratungen vom 18.11.2021¹³ wurde zudem beschlossen, dass je nach sog. Hospitalisierungsrate in den einzelnen Ländern für bestimmte Einrichtungen, wobei der Einzelhandel keine Erwähnung fand, 2G-Regelungen oder 2G plus-Regelungen (zusätzlicher Testnachweis für Geimpfte und Genesene) eingeführt werden sollen. Die Hospitalisierungsrate gibt hierbei die Zahl der zur Behandlung aufgenommenen COVID-19 Patienten je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen an (§ 28a Abs. 3 Satz 4 IfSG).

IV. Die 2G-Regelungen in den einzelnen Ländern im Herbst/Winter 2021

Auf Grundlage von §§ 28a Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 IfSG, 28 Abs. 1 Satz 1, 32 Satz 1 IfSG werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnungen eine 2G-Regel im Einzelhandel zu erlassen, längstens bis zum Ablauf des 19.03.2022 und gegebenenfalls verlängert um drei Monate durch Beschluss des Deutschen Bundestages (§ 28a Abs. 10 Satz 1, 3 IfSG). Länderverordnungen, die bis zum 25.11.2021 in Kraft

¹³ <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1982598/defbdf47daf5f177586a5d34e8677e8/2021-11-18-mpk-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

getreten sind, können eine 2G-Regel im Einzelhandel längstens bis zum Ablauf des 15.12.2022 auf § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG stützen.

Ende November 2021 erließen als erste Bundesländer Sachsen, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Berlin eine 2G-Regel im Einzelhandel.

Generell verpflichtet die 2G-Regel die Kunden im stationären Einzelhandel zur Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises und knüpft den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften hieran. Die Einzelhändler können ausdrücklich zur Kontrolle der jeweiligen Nachweise für den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften verpflichtet sein – so etwa in Sachsen. Nicht immunisierten Kunden, also weder Geimpfte noch Genesene, ist der Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften untersagt.

Im Einzelnen unterscheiden sich jedoch in den einzelnen Bundesländern die 2G-Regeln im Einzelhandel insbesondere mit Blick auf die Weite der Ausnahmetatbestände und die weiteren Adressaten von 2G-Regelungen:

In **Sachsen** wurden zum 22.11.2021 die 2G-Regel im Einzelhandel eingeführt, wobei eine Ausnahme für Geschäfte zur Deckung des Grundbedarfs gilt (§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 SächsCoronaNotVO). Eine 2G-Regelung gilt u.a. auch für Friseur- und Bartpflegeleistungen (§ 9 Abs. 2 Satz 2 SächsCoronaNotVO) sowie die Gastronomie (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Sächs- CoronaNotVO).

Auch in **Brandenburg** wurde eine 2G-Regel im Einzelhandel ab dem 24.11.2021 eingeführt (§§ 7 Abs. 1 Satz 1, 13 Abs. 1 2. SARS-CoV-2-EindV). Die Ausnahmetatbestände sind hier allerdings weiter gefasst, da u.a. auch Baufachmärkte, Baumschulen, Gärtnereien, Floristikgeschäfte und der Buchhandel zu den privilegierten Einzelhandelsgeschäften ohne 2G-Regelung gehören (vgl. § 13 Abs. 2 2. SARS-CoV-2-EindV). Auch hier werden zudem körpernahe Dienstleistungen und die Gastronomie grundsätzlich mit dem Einzelhandel hinsichtlich einer 2G-Regelung gleichgestellt (§§ 7 Abs. 1 Satz 1, 14, 15 2. SARS-CoV-2-EindV).

In **Berlin** gilt ebenfalls eine 2G-Regelung für den Einzelhandel seit dem 27.11.2021 (§ 16 Abs. 1 3. SARS-CoV-2-InfektionsschutzmaßnahmenVO). Hiervon ausgenommen sind u.a. der Einzelhandel für Schreibwaren, Buchläden, Blumengeschäfte sowie Bau- und Gartenmärkte (§ 16 Abs. 2 3. SARS-CoV-2-InfektionsschutzmaßnahmenVO). Eine 2G-Regel gilt auch hier für körpernahe Dienstleistungen und für die Gastronomie (§§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 1 3. SARS-CoV-2-InfektionsschutzmaßnahmenVO).

In **Mecklenburg-Vorpommern** ist seit dem 24.11.2021 die 2G-Regel im Einzelhandel vorgesehen, allerdings für Landkreise oder kreisfreie Städte, in denen die Hospitalisierungsrate über 25, die 7-Tages-Inzidenz über 200 bzw. die Auslastung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten mehr als 15 Prozent beträgt (§§ 1 Abs. 2, 1g

Abs. 3 Satz 1 Corona-LVO M-V i.V.m. Anlage I). Zum privilegierten Einzelhandel gehören auch hier u.a. Blumenläden, Bau- oder Gartenbaumärkte und Buchläden (§ 1g Abs. 3 Satz 2 Corona-LVO M-V).

Auch in **Baden-Württemberg** ist seit dem 24.11.2021 eine 2G-Regel im Einzelhandel normiert für Landkreise oder kreisfreie Städte mit einer 7-Tages-Inzidenz über 500 und unter Ausnahme von u.a. Blumengeschäften, Gärtnereien, Gartenmärkten und Baumschulen (§§ 17a Abs. 2 Satz 1, 17 Abs. 1 Satz 4 CoronaVO).

V. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der 2G-Regel auf den Einzelhandel

In der Vergangenheit haben die durch die Corona-bedingten Schließungsmaßnahmen ausgelösten Einschränkungen erhebliche volkswirtschaftliche Kosten verursacht. Bisher haben die Pandemie und die damit verbundenen Einschränkungen nach Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) bereits Wohlstandsverluste in Höhe von über EUR 250 Milliarden verursacht.¹⁴ Etwa Innenstadthändler verloren im Vergleich zu Vor-Corona-Zeiten bereits im Frühjahr 60 % ihrer Umsätze.¹⁵

Nun droht von der 2G-Regelung für den Einzelhandel wieder das Weihnachtsgeschäft betroffen zu werden, durch das Einzelhändler einiger Branchen einen Drittel ihres Jahresumsatzes erzielen.¹⁶ Bereits während der vierwöchigen Schließungen von Geschäften aus dem Nicht-Lebensmittel-Bereich im Frühjahr 2020 hatte die Einzelhandelsbranche rund EUR 30 Milliarden Umsatz verloren.¹⁷ Unter der 2G-Regel wird der Umsatzeinbruch zwar etwas weniger verheerend ausfallen als zuletzt bei einer kompletten Schließung des Einzelhandels. Allerdings wird die 2G-Regel nun Einzelhändler treffen, die durch die Schließungsmaßnahmen in den vergangenen Lockdowns bereits stark finanziell angeschlagen sind. Die sich weiter verschärfende Corona-Lage sorgte in der Woche vor dem ersten Advent bei vielen Einzelhändlern für einen enttäuschenden Auftakt in die wichtigste Phase des Geschäftsjahres. Eine aktuelle Trendumfrage (durchgeführt vom 26.11.-29.11.) des Handelsverbandes Deutschland (HDE) zeigt, dass knapp mehr als die Hälfte der stationären Nonfood-Händler mit der Umsatzentwicklung in der Kalenderwoche 47 unzufrieden sind. Besonders schwach verlief das Geschäft im Bekleidungseinzelhandel. Hier ist nur jeder fünfte Händler zufrieden. Grund für die weit verbreitete Unzufriedenheit der Geschäftsleute sind die

¹⁴ IW-Forschungsgruppe Gesamtwirtschaftliche Analysen und Konjunktur: Gespaltene Wirtschaft im Wechselbad der Pandemie – IW-Konjunkturprognose Frühjahr 2021.

¹⁵ HDE Handelsverband Deutschland, „Vor Kabinettsitzung zu Infektionsschutzgesetz: Handel verliert bei Öffnung mit Testpflicht 60 Prozent seiner Umsätze“, 12.04.2021.

¹⁶ <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/corona-lockdown-ab-weihnachten-einzelhandel-fuerchtet-pleiten-a-20caf2d9-6be1-4847-bdb5-c080aea740f2> (zuletzt aufgerufen am 30.11.2021).

¹⁷ <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/harter-lockdown-der-weihnachtsalbtraum-fuer-den-handel-wird-wahr/26713628.html> (zuletzt aufgerufen am 30.11.2021).

flächendeckend gefallen Kundenfrequenzen. Rund 60 Prozent der Handelsunternehmen berichten von Rückgängen gegenüber dem Vorjahr. In der jetzigen Situation rechnen laut HDE-Umfrage nur zwölf Prozent der Handelsunternehmen angesichts der Corona-Restriktionen mit einer positiven Entwicklung der Umsätze in den kommenden Wochen.¹⁸

¹⁸ Eine Zusammenfassung der Ergebnisse ist abrufbar unter <https://einzelhandel.de/presse/aktuellemeldungen/13595-letzte-novemberwoche-handel-startet-schwach-in-die-heisse-phase-des-weihnachtsgeschaeftes>.

C. Rechtliche Würdigung

I. Die Verletzung grundrechtlicher Freiheitsrechte durch 2G-Regel im Einzelhandel ohne Entschädigung auf kurze Frist / ohne vorrangige Impflpflicht auf lange Frist

Eine 2G-Regel im Einzelhandel verletzt die Einzelhändler in ihren für das Wirtschaftsleben zentralen grundrechtlichen Freiheitsrechten. Der schwere Eingriff in die Berufsfreiheit der Einzelhändler (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) (**dazu 1.**) und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) (**dazu 2.**) steht außer Verhältnis zu der von der 2G-Regel bezweckten Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (**dazu 3.**) und kann ohne vorrangige Impflpflicht auf lange Frist und kurzfristig umfassende finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nicht gerechtfertigt werden.

1. Schwerer Eingriff in die Berufsfreiheit der Einzelhändler

Eine 2G-Regel im Einzelhandel stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Einzelhändler sowohl bei Regeladressierung an die Kunden in Form von Zugangsbeschränkungen und Nachweispflichten als auch bei einer den Einzelhändlern auferlegten Kontrollpflicht dar (**dazu a**). Der Eingriff wiegt besonders schwer, da die 2G-Regel zu massiven Umsatzverlusten für den stationären Einzelhandel in der (Vor-)Weihnachtszeit führt (**dazu b**), die die von den vorherigen Beschränkungen bereits schwer getroffenen Einzelhändler in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährden (**dazu c**).

a) Eingriff bei Regeladressierung an Kunden / an Einzelhändler

Eine 2G-Regel im Einzelhandel greift in die Berufsfreiheit der Einzelhändler (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ein. Dies gilt sowohl, wenn die 2G-Regel gerichtet an die Kunden Nachweispflichten und Zugangsbeschränkungen normiert, als auch für den Fall einer Regeladressierung an die Einzelhändler, namentlich bei der ihnen auferlegten Pflicht zur Zugangskontrolle.

Die Berufsfreiheit als **für das Wirtschaftsleben zentrales Freiheitsrecht** schützt nach Art. 12 Abs. 1 GG, in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische Einzelhandelsunternehmen¹⁹, umfassend das Recht, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben und sich eine wirtschaftliche Existenzgrundlage auf Dauer zu

¹⁹ St. Rspr., vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 29. November 1967 – 1 BvR 175/66 –, BVerfGE 22, 380-387, Rn. 10; BVerfG, Urteil vom 04. April 1967 – 1 BvR 84/65 –, BVerfGE 21, 261-271, Rn. 15.

schaffen und zu erhalten.²⁰ Die Berufsfreiheit umfasst auch die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers.²¹

Die 2G-Regel im Einzelhandel, die den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften nur für nachweislich geimpfte und genesene Kunden erlaubt und die Einzelhändler zu Zugangskontrollen verpflichtet, stellt einen **Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Einzelhändler** dar.²² Dem steht auch nicht entgegen, dass die 2G-Regel im Fall der Nachweispflichten und Zugangsbeschränkungen regelungstechnisch unmittelbar die Kunden adressiert, da Regelungen auch mittelbar dann die Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie wegen ihrer wirtschaftlichen Folgen einem berufsbezogenen Eingriff gleichkommen²³.

Die 2G-Regel im Einzelhandel ist mit ihren weitreichenden wirtschaftlichen Auswirkungen für die Einzelhändler einer Berufsausübungsregelung gleichzustellen, da sie für den stationären Einzelhandel den **Verkauf von Produkten und Waren an nicht immunisierte Kunden praktisch unmöglich** macht, zu einem **starken Rückgang der Kundenzahlen** und zu **massiven Umsatzeinbrüchen mit existenzgefährdender Wirkung** führt. Denn aufgrund der Zugangsbeschränkung ist nicht immunisierten Kunden das Betreten der Einzelhandelsgeschäfte von vornherein untersagt und eine beratende Verkaufstätigkeit im stationären Einzelhandel für diese Kundengruppe faktisch ausgeschlossen. Die Zugangskontrollen erschweren auch für geimpfte und genesene Kunden das Betreten der einzelnen Ladengeschäfte. Gerade das Shoppen in mehreren Geschäften wird dadurch für geimpfte und genesene Kunden unattraktiv, aber auch die Befürchtung längerer Wartezeiten vor einzelnen Ladengeschäften, zumal in der kalten Jahreszeit, trägt zum starken Rückgang der Kundenzahlen bei. Die Folge sind Umsatzverluste, die gerade in der umsatzstärksten (Vor-)Weihnachtszeit überaus massiv bis hin zu existenzbedrohend sind.

Bei der an die Einzelhändler adressierte Zugangskontrollpflicht handelt es sich zudem ohne Weiteres um eine **Berufsausübungsregelung** mit

²⁰ St. Rspr. z.B. BVerfG, Beschluss vom 07. Februar 1990 – 1 BvR 26/84 –, BVerfGE 81, 242-263, Rn. 45; BVerfG, Urteil vom 04. April 1967 – 1 BvR 84/65 –, BVerfGE 21, 261-271, Rn. 15.

²¹ BVerfG, Urteil vom 10. Juni 2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 198; BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998 – 1 BvF 1/91 –, BVerfGE 97, 228-270, Rn. 95.

²² Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 10. September 2021 – 13 B 1412/21.NE –, juris, Rn. 95 zu PCR-Testpflicht für nicht immunisierte Kunden; OVG Lüneburg, Beschluss vom 07. September 2021 – 13 MN 378/21 –, juris, Rn. 13 zu 3G-Regel in der Gastronomie.

²³ BVerfG, Beschluss vom 03. Juli 2003 – 1 BvR 238/01 –, BVerfGE 108, 150-169, Rn. 52; BVerfG, Beschluss vom 30. Oktober 1961 – 1 BvR 833/59 –, BVerfGE 13, 181-204, Rn. 22.

klassischem Eingriffscharakter, die den Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit aufgrund des den **Einzelhändlern auferlegten organisatorischen und finanziellen Mehraufwands** weiter vertieft.

- b) Schwere des Eingriffs in sachlicher Dimension mit Blick auf massive Umsatzverluste für Einzelhandel in der (Vor-)Weihnachtszeit

In ihren unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen trifft die 2G-Regel die Einzelhändler besonders schwer mit Blick auf die massiven Umsatzverluste für den stationären Einzelhandel im (Vor-)Weihnachtsgeschäft.

Durch das Weihnachtsgeschäft erzielen Einzelhändler einiger Branchen fast ein Viertel ihres Jahresumsatzes.²⁴ Unter der 2G-Regel wird der Umsatzeinbruch zwar etwas weniger verheerend ausfallen als zuletzt bei einer kompletten Schließung des Einzelhandels. Allerdings wird die 2G-Regel nun Einzelhändler treffen, die durch die Schließungsmaßnahmen in den vergangenen Lockdowns bereits stark finanziell angeschlagen sind, so dass einer großen Zahl nun die Insolvenz droht.

- c) Schwere des Eingriffs in zeitlicher Dimension mit Blick auf vorangegangene Beschränkungen des Einzelhandels

Für die Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Einzelhändler kann auch die **2G-Regel im Einzelhandel nicht isoliert betrachtet** werden. Es muss in den Blick genommen werden, dass der Einzelhandel seit Beginn der COVID-19-Pandemie wiederholt langandauernden und schwerwiegenden Maßnahmen unterliegt, die die Einzelhändler wirtschaftlich bereits schwer getroffen haben.

So erkennen die Gerichte für den Verlauf der COVID-19-Pandemie an, dass **mit zunehmender Dauer der Betriebsbeschränkungen die wirtschaftlichen Nachteile für die Einzelhändler immer schwerer zu gewichten** sind.²⁵

Insbesondere, aber nicht allein die Schließungsanordnungen im Rahmen bisheriger Lockdowns, die als vorübergehendes Betriebsverbot ein äußerst schweren Eingriff in die Berufsfreiheit der Einzelhändler (Art. 12

²⁴ HDE-Berechnungen und Ergebnisse der Befragung abrufbar unter <https://einzelhandel.de/images/presse/Pressekonferenz/2021/WeihnachtsPK/Charts.pdf>.

²⁵ Nieders. OVG, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 13 MN 52/21 –, juris, Rn. 62; vgl. zuletzt auch OVG NRW, Beschluss vom 10. September 2021 – 13 B 1412/21.NE –, juris, Rn. 95 zur Schwere der wirtschaftlichen Nachteile für Diskothekenbetreibern mit Blick auf vorangegangene monatelange Schließungen.

Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) sowie in ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) darstellten²⁶, hatten schwere wirtschaftliche Auswirkungen für die Einzelhändler. Bisher haben die Pandemie und die damit verbundenen Einschränkungen nach Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft (IW) bereits Wohlstandsverluste in Höhe von über EUR 250 Milliarden verursacht.²⁷ Etwa Innenstadthändler verloren im Vergleich zu Vor-Corona-Zeiten bereits im Frühjahr 60 % ihrer Umsätze.²⁸ Bereits während der vierwöchigen Schließungen von Geschäften aus dem Nicht-Lebensmittel-Bereich im Frühjahr 2020 hatte die Einzelhandelsbranche rund EUR 30 Milliarden Umsatz verloren.²⁹ Nach HDE-Schätzung können dem Einzelhandel durch einen erneuten Lockdown im Bereich des stationären Nonfood-Einzelhandels pro Verkaufstag bis zu 600 Millionen Euro Umsatz verloren gehen.³⁰

Auch wenn die 2G-Regel im Einzelhandel in ihrer Regelungswirkung weniger tiefgreifend ist, insbesondere im Vergleich zu den vorangegangenen Schließungsanordnungen, so sind ihre wirtschaftlichen Folgen umso weitreichender. Denn die erneuten massiven Umsatzverluste im (Vor-)Weihnachtsgeschäft verschlechtern die wirtschaftliche Lage der Einzelhändler weiter. Auch trägt die erneute Einschränkung der Einkaufsmöglichkeiten im stationären Einzelhandel vor allem in der (Vor-)Weihnachtszeit zu einer Verfestigung des zwangsläufig geänderten Konsum- und Nutzungsverhaltens der Kunden bei mit weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für den Einzelhandel auch über die Dauer Beschränkung hinaus. Eine 2G-Regel im Einzelhandel kann **existenzbedrohend für die von den vorherigen Beschränkungen bereits schwer getroffenen Einzelhändler** sein.

²⁶ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 06. April 2020 – 13 B 398/20.NE –, BeckRS 2020, 5158, Rn. 63; Nds. OVG, Beschluss vom 15. Februar 2021 – 13 MN 44/21 –, Rn. 26, 41, juris; Nds. OVG, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 13 MN 52/21 –, Rn. 62, juris; OVG Bremen, Beschluss vom 19. Februar 2021 – 1 B 53/21 –, unter II.1.; OVG Thüringen, Beschluss vom 05. Februar 2021 – 3 EN 59/21 –, Rn. 31, juris; Saarl. OVG, Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 B 33/21 –, Rn. 15, juris.

²⁷ IW-Forschungsgruppe Gesamtwirtschaftliche Analysen und Konjunktur: Gespaltene Wirtschaft im Wechselbad der Pandemie – IW-Konjunkturprognose Frühjahr 2021.

²⁸ HDE Handelsverband Deutschland, „Vor Kabinettsitzung zu Infektionsschutzgesetz: Handel verliert bei Öffnung mit Testpflicht 60 Prozent seiner Umsätze“, 12.04.2021.

²⁹ Der Weihnachtsalbtraum für den Handel wird wahr, Wirtschaftswoche vom 13.12.2020, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/harter-lockdown-der-weihnachtsalbtraum-fuer-den-handel-wird-wahr/26713628.html>.

³⁰ <https://einzelhandel.de/presse/aktuellemeldungen/13125-verlaengerung-des-lockdowns-aenderungen-bei-staatlichen-hilfen-schnell-umsetzen-und-perspektiven-geben>.

2. Eingriff in Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG)

Angesichts ihrer existenzgefährdenden Wirkung zusammen mit der schwerwiegenden und nachhaltigen Beeinträchtigung der Verkaufstätigkeit im stationären Einzelhandel greift die 2G-Regel im Einzelhandel auch in das Recht der Einzelhändler am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ein.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt, in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG auch für die Einzelhandelsunternehmen³¹, nach h.M. den Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als tatsächliche Zusammenfassung der zum Gewerbe gehörenden Sachen, Rechte, persönlichen und sonstigen Mittel sowie die gewerbliche Tätigkeit selbst.³² Als eigentumsrechtlich geschützte Rechtsposition ist hiervon auch der erworbene Kundenstamm umfasst.³³ Geschützt werden hingegen nicht künftige Gewinn- und Umsatzchancen.³⁴

Im Verlauf der COVID-19-Pandemie haben die Gerichte anerkannt, dass Beschränkungen des Einzelhandels einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen können, soweit ihnen eine existenzgefährdende Wirkung zukommt.³⁵

Gemessen hieran greift die 2G-Regel im Einzelhandel in das Recht der Einzelhändler am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein, da die Zugangsbeschränkungen die **gewerbliche Tätigkeit im stationären Einzelhandel schwerwiegend und nachhaltig beeinträchtigen**, indem der Verkauf von Produkten und Waren an nicht immunisierte Kunden praktisch unmöglich gemacht wird und zusammen mit dem starken Rückgang der Kundenzahlen das

³¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Juli 1954 – 1 BvR 459/52 –, BVerfGE 4, 7-27, Rn. 33; Rn. 34.

³² BGH, Urteil vom 28. Januar 1957 – III ZR 141/55 –, juris, Rn. 14; BGH, Urteil vom 30. September 1976 – III ZR 149/75 –, BGHZ 67, 190-200, Rn. 33; BGH, Urteil vom 04. Juni 1981 – III ZR 31/80 –, juris, Rn. 50; offen gelassen BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1984 – 1 BvR 272/81 –, BVerfGE 66, 116-151, Rn. 73; BVerfG, Beschluss vom 31. Oktober 1984 – 1 BvR 35/82 –, BVerfGE 68, 193-226, Rn. 77.

³³ BVerwG, Urteil vom 27. Mai 1981 – VII C 34.77 –, BVerwGE 62, 224-230, Rn. 10; BGH, Urteil vom 28. Januar 1957 – III ZR 141/55 –, juris, Rn. 15.

³⁴ BGH, Urteil vom 28. Juni 1984 – III ZR 35/83 –, BGHZ 92, 34-54, BVerfG, Beschluss vom 03. Juli 1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, 348-363, Rn. 25.

³⁵ VG München, Beschluss vom 20. März 2020 – M 26 E 20.1209 –, juris, Rn. 42; im vorläufigen Rechtsschutzverfahren für möglich gehalten Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. April 2020 – 13 B 398/20.NE –, juris, Rn. 99; im vorläufigen Rechtsschutzverfahren noch offen gelassen OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22. März 2021 – 3 R 22/21 –, juris, Rn. 21; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08. Januar 2021 – 3 R 297/20 –, juris, Rn. 15.

zwangsläufig geänderte Konsum- und Nutzungsverhalten der Kunden dauerhaft verfestigt wird.

Nicht zuletzt verschlechtern die mit den Zugangsbeschränkungen einhergehenden erneuten massiven Umsatzverluste im (Vor-)Weihnachtsgeschäft die wirtschaftliche Lage der von den vorherigen Beschränkungen bereits schwer getroffenen Einzelhändler weiter und **führen zu einer existenzgefährdenden Wirkung der 2G-Regel, die einen schweren Eingriff in das Recht der Einzelhändler am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) begründet.**

3. Unverhältnismäßigkeit der 2G-Regel im Einzelhandel

Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sind nicht vorbehaltlos gewährleistet, deren Beschränkungen müssen allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Bei der Rechtfertigung der Corona-Schutzmaßnahmen werden dem Ordnungsgeber mit zunehmend verbesserter Datengrundlage zum COVID-19-Infektionsschutz engere Grenzen für sein Auswahlermessen gesetzt (**dazu a**)).

Die 2G-Regel im Einzelhandel verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 20 Abs. 3 GG, da sie aufgrund des nur geringen Infektionsrisikos im Einzelhandel und der weiten Ausnahmetatbestände für den stark frequentierten Geschäfte für Lebensmittel und Waren des täglichen Bedarfs bereits nur eingeschränkt zur Verhinderung einer Verbreitung von COVID-19 geeignet ist (**dazu b**)).

Eine Inanspruchnahme der Einzelhändler als Nichtstörer ist zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-10 auf lange Frist nicht erforderlich, soweit insbesondere eine allgemeine Impfpflicht als Alternativmaßnahme mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und Effektivität zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie dem Staat zur Verfügung steht (**dazu c**)).

Die 2G-Regel im Einzelhandel ist auch unangemessen mit Blick auf die schwerwiegendste Beeinträchtigung der Interessen der Einzelhändler, die überdies für die Erfüllung betriebsfremder staatlicher Aufgaben in den Dienst genommen werden, und hierfür umfassend zu entschädigen sind auf Grundlage finanzieller Ausgleichsmaßnahmen, die über eine bloße Fixkostenerstattung im Rahmen der Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV hinausgehen (**dazu d**)).

a) Grundlegend: engeres Auswahlermessen des Ordnungsgebers mit verbesserter Datengrundlage zum COVID-19-Infektionsschutz

Fehlten zu Beginn der Pandemie noch weitestgehend gesicherte Kenntnisse zu Ausbreitung, Eindämmung und Bekämpfung von SARS-CoV-2 und war in der Folge das Auswahlermessen des Ordnungsgebers sehr weit gefasst³⁶, zieht eine mittlerweile verbesserte Datenlage zur COVID-19-Pandemie nun die Grenzen der Einschätzungsprärogative zur Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit enger. Auch ist der Ordnungsgeber zur kontinuierlichen Verbesserung der empirischen Grundlagen für Risikobewertung und Wirksamkeit der einzelnen angeordneten Corona-Schutzmaßnahmen verpflichtet. Dies gilt im besonderen Maße für die nach § 28a Abs. 7 IfSG getroffenen besonderen Corona-Schutzmaßnahmen, hierunter die 2G-Pflicht.

Allgemein richtet sich der Einschätzungs- und Prognosespielraum nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.³⁷ Bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen dürfen tatsächliche Unsicherheiten nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen.³⁸

Der Erlass von Corona-Verordnungen in den Ländern dient einerseits unbestritten zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für die überragend wichtigen Schutzgüter Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.³⁹ Andererseits wurde auch schon früh von den Gerichten klargestellt, dass sich mit der Möglichkeit zunehmender Erkenntnisse zur COVID-19-Pandemie der tatsächliche Einschätzungsspielraum für den Ordnungsgeber verringert.⁴⁰

Hieraus folgen nicht nur **steigernde Anforderungen an die empirische Begründung einzelner Corona-Schutzmaßnahmen** mit zunehmend verbesserter Datengrundlage zum Infektionsschutz, sondern auch die aus den grundrechtlichen Freiheitsrechten für den Ordnungsgeber

³⁶ Vgl. hierzu auch den Beschluss des BVerfG vom 19.11.2021 zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802), Rn. 189.

³⁷ BVerfG, Urteil vom 16. März 2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66; BVerfG, Beschluss vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145-226, Rn. 122 jeweils zur Gesetzgebung.

³⁸ So zuletzt auch der Beschluss des BVerfG vom 19.11.2021 zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802), Rn. 171.

³⁹ So schon BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 07. April 2020 – 1 BvR 755/20 –, juris, Rn. 11; BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 09. April 2020 – 1 BvQ 29/20 –, juris, Rn. 8; BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 09. April 2020 – 1 BvR 802/20 –, juris, Rn. 15.

⁴⁰ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 13. Mai 2020 – 1 BvR 1021/20 –, juris, Rn. 10; Saarl. VerfGH, Beschluss vom 28. April 2020 – Lv 7/20 –, juris, Ls. 4.

resultierende **Pflicht zur Verbesserung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen** für die Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe.

Dies gilt umso mehr mit Blick auf die mit Änderung des § 28a Abs. 7 IfSG eingeführten besonderen Corona-Schutzmaßnahmen, hierunter die 2G-Regel im Einzelhandel. Denn anders als bisher im Rahmen von § 28a Abs. 1 IfSG können die besonderen Corona-Schutzmaßnahmen der Länder auf Grundlage von § 28a Abs. 7 IfSG unabhängig von einer durch den Bundestag festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite getroffen werden und somit auch losgelöst von dem parlamentarisch festgestellten Bestehen einer ernsthaften Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 6 IfSG. **Erst Recht bedarf es bei Erlass einer 2G-Regel im Einzelhandel nach § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG dann einer kritischen Überprüfung, ob und inwieweit sie zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 notwendig ist.**

- b) Nur sehr eingeschränkte Geeignetheit der 2G-Regel im Einzelhandel

Die 2G-Regel im Einzelhandel ist nur sehr eingeschränkt geeignet, den in § 28a Abs. 7 IfSG vordefinierten Zweck der Verhinderung einer Verbreitung von COVID-19 durch Zugangsbeschränkungen für nicht immunisierte Kunden zu fördern.

Denn empirische Daten belegen schon seit längerem, dass bei geeigneten Hygienekonzepten, Maskenpflicht und Abstandsgebot die **Infektionsgefahr in Einzelhandelsgeschäften von vornherein als gering einzuschätzen ist**.⁴¹ Die Kunden halten sich in den Einzelhandelsgeschäften typischerweise nur über eine kurze Zeit auf, sodass die Schwelle zum Hochrisikokontakt ab einer Verweildauer von 15 Minuten nicht überschritten wird.⁴² So sind im Oktober 2021 nur 1,03% der Warnmeldungen in der Luca-App auf den Einzelhandel zurückzuführen.⁴³

Weitreichende Ausnahmen für verschiedene Branchen des Einzelhandels **relativieren die Verhinderung einer Verbreitung von COVID-19** durch eine 2G-Regel im Einzelhandel noch weiter. So entfielen vor

⁴¹ RKI, ControlCOVID - Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, S. 6.

⁴² <https://www.bghw.de/ueber-uns/presse/studie-zu-corona-risiko-im-einzelhandel> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

⁴³ <https://www.luca-app.de/luca-veroeffentlicht-aktuelle-zahlen-zum-infektionsgeschehen/> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

Pandemiebeginn pro Verkaufstag rund 41 Mio. Kundenkontakte auf den Kern der privilegierten Einzelhandelsgeschäfte, nämlich den Lebensmitteleinzelhandel und Drogeriegeschäfte; für den Nonfood-Einzelhandel waren es zum Vergleich hingegen nur etwa 15 Mio. Kundenkontakte pro Verkaufstag.

Eine gewisse Eignung zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 soll allerdings der 2G-Regel im Einzelhandel nicht völlig abgesprochen werden, zumal eine Förderung des legitimen Zwecks für die Geeignetheit des Mittels im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit genügt⁴⁴. **Die eingeschränkte Geeignetheit der 2G-Regel im Einzelhandel bleibt aber bei einer Abwägung mit den grundrechtlich geschützten Belangen der Einzelhändler zu berücksichtigen.**

- c) Keine Erforderlichkeit der Inanspruchnahme der Einzelhändler als Nichtstörer auf lange Frist

Die 2G-Regel im Einzelhandel und eine sonstige Inanspruchnahme der Einzelhändler als Nichtstörer ist zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 nicht erforderlich, soweit Alternativmaßnahmen mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und Effektivität zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie dem Staat zur Verfügung stehen. Hierzu zählt insbesondere eine direkte Impfpflicht, die unter Beachtung des zeitlich verzögerten Eintritts einer vollständigen Immunisierung nach Impfung auf lange Frist eine erneute 2G-Regel im Einzelhandel nicht mehr notwendig macht.

Einzelhändler werden von den Gerichten als **Nichtstörer für die Verbreitung von COVID-19** angesehen.⁴⁵ Dies ist auch überzeugend, da im Einzelhandel das Infektionsrisiko bei geeigneten Hygienekonzepten, Maskenpflicht und Abstandsgebot gering ist. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass Störer nur die in § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG abschließend aufgezählten Personen sind, also Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider und Ansteckungsverdächtige, da nur bei ihnen objektive Anhaltspunkte für die Gefahr bestehen, eine übertragbare Krankheit weiterzuberbreiten.⁴⁶

⁴⁴ St. Rspr., z.B. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66 –, BVerfGE 30, 292-336, Rn. 64;

⁴⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 20. Mai 2021 – 13 MN 263/21 –, juris, Rn. 18; vgl. auch VGH BaWü, Beschluss vom 23. Juni 2021 – 1 S 1984/21 –, juris, Rn. 61 zu Betreibern von staatlichen Kunstschulen; VGH BaWü, Beschluss vom 09. April 2020 – 1 S 925/20 –, juris, Rn. 33 zu Betreibern von Fitnessstudios.

⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 3 C 16/11 –, BVerwGE 142, 205-219, Rn. 25.

Nach dem Infektionsschutzgesetz können auch Nichtstörer Adressaten von Schutzmaßnahmen sein (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG).⁴⁷ Dies gilt jedoch im Fall der besonderen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28a Abs. 7 IfSG und für die 2G-Regeln in § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG nur, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich sind.

Allgemein zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit muss der Staat an erster Stelle alle ihm möglichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ergreifen, bevor er den Einzelhandel als Nichtstörer in Anspruch nehmen kann.⁴⁸ Zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie gehört dazu insbesondere ein umfassendes Impfangebot.

Bei der Auswahl zwischen beschränkenden Corona-Schutzmaßnahmen muss der Verordnungsgeber mit Blick auf die infektionsschutzgesetzlichen Wertungen zur Abwehr von Infektionsgefahren und auf seine Schutzpflicht für die überragend wichtigen Schutzgüter des Infektionsschutzgesetzes Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vorrangig diejenigen Alternativmaßnahmen ergreifen, die eine größere Nähe zum Infektionsgeschehen aufweisen und die COVID-19-Pandemie effektiver bekämpfen.

Alternativ zur 2G-Regel im Einzelhandel, die unabhängig von der Intention des Verordnungsgebers nicht-immunisierte Kunden indirekt faktisch zur Impfung verpflichtet, um die Einzelhandelsgeschäfte wieder betreten zu dürfen, ist **vor der Inanspruchnahme der Einzelhändler vorrangig eine allgemeine Impfpflicht**⁴⁹ zu erlassen. Im Gegensatz zu der nur eingeschränkten Geeignetheit der 2G-Regel im Einzelhandel angesichts des ohnehin nur geringen Infektionsrisikos stellt die Impfung ein **hochwirksames Mittel zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie** dar, da Infektionen

⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 3 C 16/11 –, BVerwGE 142, 205-219, Rn. 26; BT-Drs. 8/2468, S. 27; Bales, in: Bales/Baumann/Schnitzler, Infektionsschutzgesetz, 2. Auflage, 2003, § 28 Rn. 3.

⁴⁸ Vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage 2016, Rn. 228.

⁴⁹ Zur Legitimität der Impfpflicht zuletzt Wißmann, Sachverständige Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich des Endes der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 20/15, https://www.bundestag.de/resource/blob/868882/e4d4df976a70692ff739944ddd5473fb/stellungnahme_wissmann-data.pdf; Bielefelder Rechtsprofessor für Impfpflicht: Verweigerer könnten Versicherungsschutz verlieren, <https://www.rnd.de/politik/corona-impfpflicht-verfassungsgemaess-bielefelder-rechtsprofessor-sagt-ja-verweigerer-koennten-JTXDMH6WZZDNNDDBBYTTKSOZXQM.html>; Staatsrechtler zu Corona-Maßnahmen/Volkman: Impfpflicht statt Lockdown und Triage, <https://www.deutschlandfunk.de/uwe-volkman-zu-impfpflicht-100.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 30.11.2021); vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 14. Juli 1959 – I C 170.56 –, BVerwGE 9, 78-83, Ls. 1 zur Impfpflicht gegen Pocken.

um bis zu 92% verhindern werden können⁵⁰, das Risiko für einen schweren Verlauf mit notwendiger Hospitalisierung oder sogar einen tödlichen Verlauf erheblich gesenkt wird⁵¹ und im Fall von Impfdurchbrüchen die Virusausscheidung zeitlich verkürzt wird.⁵² Die Heranziehung ungeimpfter Personen wäre sachnäher, weil sie im Gegensatz zu Einzelhandelsbetrieben einen unmittelbaren Kausalbeitrag zur Infektionsgefahr leisten. Überdies adressiert eine Impfpflicht ungeimpfte Personen, **ohne dass schwere Grundrechtseingriffe in die Berufsfreiheit der Einzelhändler und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb billigend in Kauf genommen werden. Schließlich stellt eine hohe Impfquote neben der Durchseuchung den einzigen Weg zur Erreichung einer sog. Herdenimmunität dar.**

Dabei meint „*vorrangig*“ nicht zuletzt auch den unverzüglichen Erlass einer Impfpflicht, da bei Zuwarten zu viel Zeit verstreicht, die im Rahmen einer effektiven Infektionsbekämpfung gerade nicht zur Verfügung steht.

So zieht auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19.11.2021 den Schutz durch Impfungen als gleich geeignete Alternative zu den dort gegenständlichen Kontaktbeschränkungen heran, und stellt fest, dass für den Geltungszeitraum der „Bundesnotbremse“ bis zum 30.06.2021 kein gleich wirksamer Schutz durch die Impfung aufgrund der Herstellungsdauer und der Lieferengpässe von Impfstoffen sowie der notwendig einzuhaltenden Interimszeit zwischen den beiden Schutzimpfungen zu erwarten war.⁵³ Für den Herbst 2021 kann dies jedoch mit Blick auf die Verfügbarkeit der verschiedenen Impfstoffen in ausreichenden Mengen bei zutreffender Implementierung der Impfstrategie nicht mehr gelten.

Soweit als geeignete Alternativmaßnahme zur 2G-Regel im Einzelhandel eine **allgemeine Impfpflicht mit Blick auf die Immunisierungsdauer kurzfristig nicht zur Verfügung steht, sind die Einzelhändler für die massiven Umsatzverluste im (Vor-)Weihnachtsgeschäft umfassend zu entschädigen.**

⁵⁰ RKI, Epidemiologisches Bulletin, 35/2021, S. 5.

⁵¹ RKI, Epidemiologisches Bulletin, 35/2021, S. 3.

⁵² https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Transmission.html (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

⁵³ Beschluss des BVerfG vom 19.11.2021 zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802), Rn. 206.

Auf lange Frist macht die allgemeine Impflpflicht eine erneute 2G-Regel im Einzelhandel nicht erforderlich.

- d) Keine Angemessenheit der 2G-Regel im Einzelhandel ohne Entschädigung auf kurze Frist

Die 2G-Regel im Einzelhandel ist unangemessen, da ihr Zweck, eine Verbreitung von COVID-19 zu verhindern, schon mit Blick auf das ohnehin geringe Infektionsrisiko im Einzelhandel außer Verhältnis steht zu der hiermit verbundenen schwerwiegendsten Beeinträchtigung der Interessen des Einzelhandels (**dazu aa**). Erschwerend kommt hinzu, dass die Einzelhändler mit der Verpflichtung zur Durchführung von Zugangskontrollen für die Erfüllung staatlicher Aufgaben in den Dienst genommen werden (**dazu bb**). In der Folge hat der Staat kurzfristig Kompensation zu leisten und ist verpflichtet, finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zu schaffen, die über eine bloße Fixkostenerstattung im Rahmen der Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV hinausgehen (**dazu cc**).

- aa) Schwerwiegendste Beeinträchtigung der Interessen des Einzelhandels im Vergleich zu geringem Grad der Zielerreichung durch 2G-Regel

Die grundrechtsrelevanten Wirkungen der Corona-Schutzmaßnahmen sind mit ihrem Ziel, der Eindämmung der Pandemie zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung, ins Verhältnis zu setzen.⁵⁴ Die Verfassung gebietet hierbei **keinen vollkommenen Schutz vor jeglicher Gesundheitsgefahr, auch nicht vor einer Infektion mit COVID-19 als Teil des allgemeinen Lebensrisikos.**⁵⁵

Schon im Januar 2021 nahm das Oberverwaltungsgericht Lüneburg mit Blick auf die zunehmende Dauer und Intensität von Beschränkungen des Einzelhandels eine kritische Haltung an:

„Angesichts dieser immer gewichtiger werdenden Nachteile für die betroffenen Betriebsinhaber, aber auch für die in den geschlossenen Betrieben Beschäftigten und die gesamte Volkswirtschaft ist für den Senat derzeit offen und bei summarischer Prüfung auch nicht abschließend zu klären, ob die streitgegenständlichen Betriebsverbote und -beschränkungen in Gänze noch angemessen und allein mit Blick auf die gravierenden, teils irreversiblen Folgen eines weiteren Anstiegs der Zahl von

⁵⁴ OVG NRW, Beschluss vom 06. April 2020 – 13 B 398/20.NE –, juris, Rn. 99.

⁵⁵ So schon BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 19. Mai 2020 – 2 BvR 483/20 –, juris, Rn. 9.

Ansteckungen und Erkrankungen für die zwar hochwertigen, aber verfassungsrechtlich nicht absolut geschützten Rechtsgüter Leib und Leben einer Vielzahl Betroffener sowie einer Überlastung des Gesundheitswesens weiterhin unverändert hinzunehmen sind⁵⁶ (Hervorhebung nur hier).

Auch das Bundesverfassungsgericht betont in seinem Beschluss vom 19.11.2021, dass das Gewicht der Eingriffe in die betroffenen Grundrechte nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern bei der Beurteilung der Schwere einzelner Corona-Schutzmaßnahmen auch zeitlich vorausgehende vergleichbare Maßnahmen zu berücksichtigen sind, da „additiven“ Grundrechtseingriffen ein spezifisches Gefährdungspotenzial für grundrechtlich geschützte Freiheiten innewohnt.⁵⁷

Die 2G-Regel im Einzelhandel kann aber eine Verbreitung von COVID-19 nur eingeschränkt verhindern, da das Infektionsrisiko im Einzelhandel bei geeigneten Hygienekonzepten, Maskenpflicht und Abstandsgebot ohnehin gering ist und weitreichende Ausnahmen für verschiedene Branchen des Einzelhandels die Geeignetheit der Schutzmaßnahme weiter relativieren.

Im Verhältnis hierzu greift die 2G-Regel schwerwiegend in die Berufsfreiheit der Einzelhändler und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als für das Wirtschaftsleben zentrale grundrechtliche Freiheitsrechte ein, da diese zu Umsatzverlusten führt, die gerade in der umsatzstärksten (Vor-)Weihnachtszeit überaus massiv sind und existenzbedrohend für die von den vorherigen Beschränkungen bereits wirtschaftlich schwer getroffenen Einzelhändler sein können.

Dieser schwerwiegende Grundrechtseingriff betrifft dabei wiederum nur einen Teil der Einzelhändler. Denn bereits vor Pandemiebeginn entfielen pro Verkaufstag rund 41 Mio. Kundenkontakte auf den Kern der privilegierten Einzelhandelsgeschäfte, nämlich den Lebensmitteleinzelhandel und Drogeriegeschäfte; für den Nonfood-Einzelhandel waren es zum Vergleich hingegen nur etwa 15 Mio. Kundenkontakte pro Verkaufstag. Da vom Umfang her länderabhängig nun weitreichende Privilegierungen von der 2G-Regel vorgesehen sind, wird der Handel mit weder geimpften noch genesenen Kundinnen und Kunden und das damit gegebenenfalls

⁵⁶ OVG Lüneburg, Beschluss vom 21. Januar 2021 – 13 MN 14/21 –, juris, Rn. 38.

⁵⁷ Beschluss des BVerfG vom 19.11.2021 zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802), Rn. 223, 290.

verbundene – allenfalls geringfügige - Infektionsgeschehen gerade nicht unterbunden.

Schon angesichts des großen Missverhältnisses zwischen Schwere des Grundrechtseingriffs und eingeschränkter Geeignetheit der Schutzmaßnahme ist die 2G-Regel im Einzelhandel unangemessen.

- bb) Indienstnahme der Einzelhändler für öffentliche Aufgabe der Zugangskontrolle

Erschwerend kommt hinzu, dass mit der Verpflichtung, die Nachweise der Kunden für den Zugang zu den Einzelhandelsgeschäften zu kontrollieren und erforderlichenfalls den Zutritt für nicht nachweislich immunisierte Kunden zu verweigern, **den Einzelhändlern die Durchsetzung von Zugangsbeschränkungen auferlegt wird und sie für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe in den Dienst genommen werden.** Denn durch die Zugangskontrolle der Einzelhändler werden Ordnungsverstöße unterbunden und polizeirechtlich Gefahren für die öffentliche Sicherheit abgewehrt.

Bei der Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben stellt das Bundesverfassungsgericht **besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.** Maßgeblich ist hierfür namentlich, ob das auferlegte Handeln zum Bereich der privaten Unternehmertätigkeit gehört und ob dem in Anspruch genommenen Unternehmen ein **Anspruch auf Entschädigung** zusteht.⁵⁸

Da mit der dem Betrieb von Einzelhandelsgeschäften fremden Durchführung von Zugangskontrollen nicht nur ein bedeutender organisatorischer, sondern auch ein erheblicher finanzieller Mehraufwand verbunden ist, sind **insoweit bereits finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zur Kompensation erforderlich.**

- cc) Erfordernis finanzieller Ausgleichsmaßnahmen zur Kompensation

Auch für die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen weiteren wirtschaftlichen Folgen in Gestalt massiver Umsatzeinbrüche mit existenzgefährdender Wirkung ist der Staat verpflichtet, durch finanzielle

⁵⁸ So ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66 –, BVerfGE 30, 292-336, Rn. 51.

Ausgleichsmaßnahmen die Intensität der Grundrechtseingriffe auf ein verhältnismäßiges Maß abzuschwächen.

Für sog. ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ist anerkannt, dass durch kompensatorische Regelungen die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen oder gleichheitswidrigen eigentumsbeschränkenden Maßnahme gesichert werden kann.⁵⁹ Auch für Eingriffe in die Berufsfreiheit kann die Intensität der staatlichen Maßnahmen abgeschwächt werden, indem finanzielle Mittel als Ausgleich vom Staat bereitgestellt werden.⁶⁰

Allerdings sind wohl weder die im Infektionsschutzgesetz geregelten noch im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht normierten Anspruchsgrundlagen für eine Entschädigung auf die Corona-bedingten Beschränkungen des Einzelhandels direkt anwendbar.⁶¹

So sehen die Gerichte aufgrund der Dauer und Intensität der Maßnahmen **die Gesetzgebung in der Pflicht weitere Entschädigungsleistungen zu regeln**, wie sie bereits im 12. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes für andere Sachverhalte normiert wurden.⁶²

Mit zunehmender Dauer der Beschränkungen des Einzelhandels und ihrer existenzgefährdenden Wirkung für die zuvor bereits schwer getroffenen Einzelhändler werden aber **finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zur Kompensation der wirtschaftlichen Folgen einer 2G-Regel im Einzelhandel erforderlich. Dies gilt erst Recht, als eine allgemeine Impfpflicht als Alternativmaßnahme** mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und Effektivität zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie **nur aufgrund Zuwarthen dem Staat kurzfristig nicht zur Verfügung steht.**

⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 –, BVerfGE 143, 246-396, Rn. 259; BVerfG, Beschluss vom 23. Februar 2010 - 1 BvR 2736/08 – juris, Rn. 41; BVerfG, Beschluss vom 2. März 1999 - 1 BvL 7/91 – juris, Rn. 89.

⁶⁰ OVG NRW, Beschluss vom 06. April 2020 – 13 B 398/20.NE –, juris, Rn. 99; OVG Lüneburg, Beschluss vom 21. Januar 2021 – 13 MN 14/21 –, juris, Rn. 38; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22. März 2021 – 3 R 22/21 –, juris, Rn. 70.

⁶¹ LG Heilbronn, Urteil vom 29. April 2020 – I 4 O 82/20 –, juris, Rn. 24; LG Hannover, Urteil vom 20. November 2020 – 8 O 4/20 –, juris, Rn. 49 f., 75.

⁶² OVG NRW, Beschluss vom 16. November 2020 – 13 B 1655/20.NE –, juris, Rn. 17; im vorläufigen Rechtschutzverfahren noch offen gelassen OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22. März 2021 – 3 R 22/21 –, juris, Rn. 21; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08. Januar 2021 – 3 R 297/20 –, juris, Rn. 15.

Die Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV ist nicht geeignet, die Eingriffswirkung vollständig zu beseitigen oder auf ein dauerhaft hinzunehmendes Maß zu reduzieren.⁶³ Es handelt sich hierbei um eine freiwillige Billigkeitsleistung, auf die per se kein Anspruch besteht und die jederzeit eingestellt werden kann.⁶⁴

Der Leistungsumfang der Überbrückungshilfe III Plus / IV reicht schon nicht aus, um die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatz- und Gewinneinbußen auszugleichen, da hierdurch nur teilweise die **ungedeckten Fixkosten** erstattet werden. Die beschränkenden Maßnahmen führen vielmehr zu massiven Frequenz- und Umsatzverlusten von bis zu 40 bzw. 50%, wobei die Kosten für die betroffenen Unternehmen zu 100 % weiterlaufen.⁶⁵ Die über die Umsatzzahlen für das (Vor-)Weihnachtsgeschäft 2021 hinausgehenden mittel- und langfristigen wirtschaftlichen Schäden insbesondere auch mit Blick auf eine Verfestigung des zwangsläufig geänderten Konsum- und Nutzungsverhaltens der Kunden werden von der Überbrückungshilfe III Plus / IV von vornherein nicht erfasst.

Zur Kompensation der Eingriffe in die Berufsfreiheit der Einzelhändler und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bedarf es **finanzieller Ausgleichsmaßnahmen, die über eine bloße Fixkostenerstattung im Rahmen der Überbrückungshilfe III Plus / perspektivisch IV hinausgehen und die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatz- und Gewinneinbußen umfassend entschädigen.**

II. Die Verletzung des grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes durch 2G-Regel im nicht privilegierten Einzelhandel

Die 2G-Regel im Einzelhandel verstößt auch gegen das Grundrecht der nicht privilegierten Einzelhändler auf Gleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG.

Am vorliegend strengen rechtlichen Prüfungsmaßstab für Art. 3 Abs. 1 GG (**dazu 1.**) beinhaltet die Ausnahme von der 2G-Regel im Einzelhandel zugunsten von Betreibern, die nicht dem Kern des Einzelhandels für Lebensmittel und Waren des täglichen Bedarfs angehören, eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte

⁶³ So ausdrücklich OVG Lüneburg, Beschluss vom 21. Januar 2021 – 13 MN 14/21 –, juris, Rn. 38.

⁶⁴ Vgl. BFH, Beschluss vom 09. Juli 2020 – VII S 23/20 (AdV) –, juris, Rn. 27; FG Münster, Beschluss vom 22. Oktober 2020 – 6 V 2806/20 AO –, juris, Rn. 23.

⁶⁵ <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/bilanz-auftakt-weihnachtsgeschaefte-einzelhandel-101.html>.

(**dazu 2.**). Die unterschiedslose Anwendung einer 2G-Regel auch auf andere Betriebe, Einrichtungen und Angebote mit Publikumsverkehr, allerdings einer erhöhten Infektionsgefahr im Vergleich zum geringen Infektionsrisiko im Einzelhandel stellt eine Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte dar (**dazu 3.**). Sowohl die Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den privilegierten Einzelhandelsgeschäften als auch die Gleichbehandlung mit den Betrieben, Einrichtungen und Angeboten mit Publikumsverkehr trotz unterschiedlichem Infektionsrisiko ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt (**dazu 4.**) und auch nicht von der Typisierungsbefugnis des Verordnungsgebers gedeckt (**dazu 5.**).

1. Grundlegend: strenger rechtlicher Prüfungsmaßstab wegen schwerer Grundrechtseingriffe

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG umfasst auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Wirtschaftsakteure⁶⁶ und schützt davor, dass ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich bzw. wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden.

Maßgeblich für eine Ungleichbehandlung ist danach, dass ein Grundrechtsträger von einer bestimmten hoheitlichen Maßnahme rechtlich betroffen ist, ein anderer Grundrechtsträger hingegen nicht von der genannten Maßnahme rechtlich betroffen ist und die beiden einem gemeinsamen Bezugspunkt (*tertium comparationis*) unterfallen und damit als „wesentlich gleich“ anzusehen sind, wobei dies sowohl hinsichtlich der Rechtsanwendung als auch der Rechtssetzung gilt⁶⁷; für die Gleichbehandlung gilt der umkehrte Fall.

Werden wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich oder wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt, ist dies unzulässig, soweit dies nicht gerechtfertigt ist. So ist der Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.⁶⁸ Entsprechendes gilt für den Fall der ungerechtfertigten Gleichbehandlung.

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 03. Juli 1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, 348-363, Rn. 25.

⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2006 – 2 BvL 2/99 –, BVerfGE 116, 164-202, Rn. 69; BVerfG, Beschluss vom 16. März 2005 – 2 BvL 7/00 –, BVerfGE 112, 268-284, Rn. 66; BVerfG, Beschluss vom 04. April 2001 – 2 BvL 7/98 –, BVerfGE 103, 310-332, Rn. 39.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 28. Oktober 1998 – 1 BvR 2349/96 –, BVerfGE 99, 129-145, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995 – 1 BvL 20/87 –, BVerfGE 91, 389-405, Rn. 44.

Das Bundesverfassungsgericht verwendet in seiner neueren Rechtsprechung einen stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, wonach Differenzierungen, und gleichermaßen Gleichstellungen, stets der Rechtfertigung durch Sachgründe bedürfen, die dem Ziel und Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁶⁹ Je stärker sich die Un- bzw. Gleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirkt, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung und desto engere Grenzen sind dem Gestaltungsspielraum des Normgebers gesetzt.⁷⁰

Gemessen hieran ist für die Rechtfertigung ein **strenger rechtlicher Prüfungsmaßstab anzulegen, weil die 2G-Regel im Einzelhandel einen schweren Eingriff in die grundrechtlichen Freiheitsrechte der Einzelhändler darstellt**, nämlich ihre Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG).

2. Ungleichbehandlung von nicht privilegiertem Einzelhandel und wesentlich gleichem privilegiertem Einzelhandel

Der nicht privilegierte Einzelhandel unterliegt einer Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte gegenüber Betrieben bestimmter Einzelhandelsbranchen, die je nach Bundesland privilegiert und von der 2G-Regel ausgenommen sind. Dies sind etwa Blumengeschäfte und Gartenfachmärkte in Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Berlin, zudem Buchläden in Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Berlin sowie in Berlin auch Schreibwarenläden. Sie unterfallen alle dem gleichen Bezugspunkt, denn es handelt sich jeweils um Betriebe und Verkaufsstätten des Einzelhandels mit Non-Food Sortiment.

Auch die Rechtsprechung sieht in der Privilegierung einzelner Geschäfte, die nicht nur Lebensmittel verkaufen, gegenüber dem übrigen Einzelhandel eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte⁷¹, etwa bei einer Privilegierung von Buchhandlungen⁷².

⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995 – 1 BvL 20/87 –, BVerfGE 91, 389-405, Rn. 43; BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 2002 – 1 BvL 16/95 –, BVerfGE 106, 166-181, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1993 – 1 BvL 38/92 –, BVerfGE 88, 87-103, Rn. 35.

⁷¹ Vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 24. März 2021 – 2 KM 120/21 OVG –, juris.

⁷² Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 S 677/21.

3. Gleichbehandlung von nicht privilegiertem Einzelhandel und Betrieben, Einrichtungen und Angeboten mit Publikumsverkehr trotz wesentlich ungleichem Infektionsrisiko

Sofern Betriebe des Einzelhandels in demselben Umfang der 2G-Regel unterliegen wie die Gastronomie oder insbesondere körpernahe Dienstleistungen wie Friseure oder Kosmetik, ist hierin eine Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte zu sehen:

Das Robert-Koch-Institut schätzt das Infektionsrisiko im Einzelhandel als niedrig, bei körpernahen Dienstleistungen als niedrig bis hoch und in der Gastronomie mindestens als moderat ein.⁷³ Der Anteil am gesamten Transmissionsgeschehen ist demnach im Einzelhandel niedrig, in der Gastronomie dagegen mindestens moderat. Dies liegt daran, dass die durchschnittlichen Verweildauern im Einzelhandel deutlich kürzer sind als bei körpernahen Dienstleistungen und insbesondere als in der Gastronomie. Im Einzelhandel können im Gegensatz zur Gastronomie zudem durchgehend Masken getragen werden, um das Infektionsrisiko weiter zu reduzieren.

In Bezug auf körpernahe Dienstleistungen hat auch die Rechtsprechung bereits das signifikant erhöhte Infektionsrisiko etwa gegenüber dem Einzelhandel hervorgehoben, da es über eine längere Zeitspanne zu einem körpernahen Kontakt zwischen Dienstleistenden und Kunden komme⁷⁴, da gerade eine Leistung des Friseurhandwerks eine längere Zeitdauer und damit Verweildauer im Betrieb in Anspruch nehmen könne⁷⁵ und es im Rahmen von Friseurdienstleistungen notwendig zu Berührungen und körperlicher Nähe während einer nicht unerheblichen Zeitspanne komme⁷⁶. Auch das OVG Thüringen hat das höhere Infektionsgeschehen in Friseurbetrieben wegen des längeren körpernahen Kontakts in geschlossenen Räumen festgestellt⁷⁷.

Ausgehend hiervon ist mit Blick auf die Friseurbetriebe als körpernahe Dienstleistung typischerweise innewohnende höhere Infektionsgefahr ein Differenzkriterium vorhanden, das eine Privilegierung des Einzelhandels sowie nicht-körpernaher Dienstleistungen gegenüber den Friseurbetrieben rechtfertigen könnte.

⁷³ RKI, ControlCOVID – Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, S. 6.

⁷⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. Februar 2021 – 11 S 14/21 –, Pressemitteilung, juris.

⁷⁵ OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 3 R 13/21 –, Pressemitteilung, juris.

⁷⁶ OVG Bremen, Beschluss vom 19. Februar 2021 – 1 B 53/21 –, unter II.2.c) cc)(1) und (2).

⁷⁷ OVG Thüringen, Beschluss vom 05. Februar 2021 – 3 EN 59/21 –, Rn. 26, 37, juris.

4. Keine Rechtfertigung der Un- bzw. Gleichbehandlung

Für die Ungleichbehandlung des nicht privilegierten Einzelhandels gegenüber dem privilegierten Einzelhandel mit Non-Food Sortiment und für die Gleichbehandlung des nicht privilegierten Einzelhandels mit Gastronomie und körpernahen Dienstleistungen in Bezug auf die 2G-Regel besteht bereits kein sachlicher Grund, so dass hierdurch die Einzelhändler in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sind. Der Eingriff durch die Ungleichbehandlung gegenüber dem privilegierten Einzelhandel und durch die Gleichbehandlung mit Gastronomie und körpernahen Dienstleistungen ist darüber hinaus vor dem Hintergrund des strengen Maßstabes wegen der hohen Grundrechtsrelevanz auch nicht verhältnismäßig und deswegen nicht gerechtfertigt.

Vor dem Hintergrund des Differenzierungsziels der Ungleichbehandlung, das in der Eindämmung der Infektionsgefahr und in Verbindung damit in der Bedeutung von Betrieben für das Infektionsgeschehen liegt, gibt es für die Ungleichbehandlung des nicht privilegierten Einzelhandels gegenüber Betrieben des privilegierten Einzelhandels, etwa Blumengeschäften und Gartenfachmärkten, Buchläden und Schreibwarenläden keinen sachlichen Grund. Zum fehlenden sachlichen Grund für eine Privilegierung von Einzelhandel, der nicht unmittelbar der Deckung des täglichen Bedarfs dient, hat sich auch bereits eine entsprechende Rechtsprechung herausgebildet:

- Das OVG Mecklenburg-Vorpommern hat hierzu entschieden, dass es für die Privilegierung einzelner Geschäfte, die nicht nur Lebensmittel verkaufen, gegenüber dem übrigen Einzelhandel bereits keinen sachlichen Grund gibt⁷⁸.
- Der VGH Baden-Württemberg sieht eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung des nicht privilegierten Einzelhandels im Verhältnis zum Buchhandel⁷⁹: Insbesondere bestehen in Buchhandlungen vergleichbare Infektionsgefahren wie im sonstigen Einzelhandel, da der Aufenthalt der Kunden in geschlossenen Räumen stattfindet, der Aufenthalt nicht typischerweise auf eine sehr kurze Aufenthaltsdauer gerichtet ist und auch nicht von vornherein sehr geringfügige Kundenströme zu erwarten sind. Dem Buchhandel komme keine die Ungleichbehandlung rechtfertigende Grundversorgungsfunktion zu.

⁷⁸ Vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 24. März 2021 – 2 KM 120/21 OVG –, juris.

⁷⁹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 S 677/21 –, juris, Rn. 75, 76.

- Das OVG Saarland⁸⁰ sieht für die Privilegierung von Buchhandlungen und Blumenläden keinen sachlichen Grund, weil sich hierfür kein seuchenrechtlich relevanter Tatbestand finde.
- Das OVG NRW⁸¹ sieht für die Privilegierung von Buch- und Schreibwarenläden sowie Gartenmärkten keinen sachlichen Grund.
- Das VG Frankfurt⁸² konnte für eine Privilegierung von Gartenmärkten, Blumenläden, Bau- und Heimwerkermärkten hinsichtlich der anzuwendenden Hygieneregeln bereits keinen sachlichen Grund erkennen.

Demgegenüber erkennt die Rechtsprechung⁸³ vor dem Hintergrund bestehender Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen epidemiologischen Rahmenbedingungen mit Blick auf die bei Friseurbetrieben typischerweise innewohnende höhere Infektionsgefahr ein Differenzkriterium, welches eine Privilegierung nicht-körpernaher Dienstleistungen gegenüber den Friseurbetrieben rechtfertigt. Vor dem Hintergrund der deutlichen Unterschiede der Infektionsrisiken und der Bedeutung für das Infektionsgeschehen besteht auch für die Gleichbehandlung von nicht privilegiertem Einzelhandel und körpernahen Dienstleistungen hinsichtlich der 2G-Regel kein sachlicher Grund.

Wegen der existenzbedrohenden Wirkung durch die 2G-Regel im Weihnachtsgeschäft und den damit verbundenen Umsatzeinbrüchen sowie der unzureichenden effektiven Kompensation der äußerst schweren Grundrechtseingriffe sind die vorstehenden Eingriffe in den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG bei den nicht privilegierten Einzelhändlern nicht gerechtfertigt.

Das Erfordernis, für die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen weiteren wirtschaftlichen Folgen in Gestalt massiver Umsatzeinbrüche mit existenzgefährdender Wirkung durch finanzielle Ausgleichsmaßnahmen die Intensität der Grundrechtseingriffe auf ein verhältnismäßiges Maß abzuschwächen, erstreckt sich wegen der äußerst schweren Grundrechtseingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) der nicht privilegierten Einzelhändler auch auf den Ausgleich der

⁸⁰ OVG Saarland, Beschluss vom 09. Februar 2021 – 2 B 58/21 –, juris, Rn. 20 ff.

⁸¹ OVG NRW, Beschluss vom 19. März 2021 – 13 B 252/21.NE –, juris, Rn. 104.

⁸² VG Frankfurt, Beschluss vom 16. März 2021 – 5 L 623/21.F –, juris, Rn. 18 f.

⁸³ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. Februar 2021 – 11 S 14/21 –, Pressemitteilung, juris; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 3 R 13/21 –, Pressemitteilung, juris; OVG Bremen, Beschluss vom 19. Februar 2021 – 1 B 53/21 –, unter II.2.c) cc)(1) und (2); OVG Thüringen, Beschluss vom 05. Februar 2021 – 3 EN 59/21 –, Rn. 26, 37, juris.

Ungleichbehandlung der nicht privilegierten Einzelhändler gegenüber privilegierten Einzelhändlern bzw. der ungerechtfertigten Gleichbehandlung mit der Gastronomie und den körpernahen Dienstleistungen.

Ein finanzieller Ausgleich des Eingriffs in den allgemeinen Gleichheitssatz bei den nicht privilegierten Einzelhändlern ist insbesondere durch den Leistungsumfang der Überbrückungshilfe III Plus / IV nicht dargestellt, weil diese nicht ausreichen, um die mit der 2G-Regel im Einzelhandel verbundenen massiven Umsatz- und Gewinneinbußen auszugleichen, da hierdurch nur teilweise die ungedeckten Fixkosten erstattet werden.

Einen Zusammenhang zwischen der Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG bei Eingriffen in Art. 14 Abs. 1 GG und dem Erfordernis von Entschädigungsklauseln oder sonstigen Ausgleichsmaßnahmen für einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Atomausstieg⁸⁴ hergestellt. Wegen des bestehenden Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die 2G-Regel für nicht privilegierte Einzelhändler ist der Mangel einer entsprechenden Entschädigungs- oder Ausgleichsregelung auch für die Rechtfertigung der Eingriffe in den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG bei den nicht privilegierten Einzelhändlern von Belang.

Vor dem Hintergrund der fehlenden Entschädigungs- oder Ausgleichsregelung und der durch die 2G-Regel für die Einzelhändler im Weihnachtsgeschäft erwartbaren schweren Umsatzeinbrüche und der damit verbundenen Existenzbedrohung, ist der Eingriffe in den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, für den es bereits keinen sachlichen Grund gibt, jedenfalls auch nicht verhältnismäßig, so dass auch dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

5. Überschreitung der Typisierungsbefugnis des Verordnungsgebers

Es ist anerkannt, dass der Verordnungsgeber bei der Ordnung von Massenerscheinungen berechtigt ist, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu verwenden, ohne allein wegen der damit verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen.⁸⁵

⁸⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 –, juris, Rn. 348 ff., 369 ff.

⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 08. Februar 1983 – 1 BvL 28/79 –, BVerfGE 63, 119-131, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1991 – 1 BvL 50/86 –, BVerfGE 84, 348-365, Rn. 40; BVerfG, Urteil vom 17. November 1992 – 1 BvL 8/87 –, BVerfGE 87, 234-269, Rn. 68; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 06. September 2010 – 1 BvR 739/08 –, juris, Rn. 14, juris.

Dies setzt allerdings voraus, dass diese Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist.⁸⁶

Gemessen hieran ist eine 2G-Regel, die ohne sachliche Rechtfertigung einerseits eine Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften von den Zugangsbeschränkungen ausnimmt und andererseits undifferenziert den Zugang zu Betrieben, Einrichtungen und Angeboten mit Publikumsverkehr beschränkt mit schwerwiegenden Folgen für die nach Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten wirtschaftlichen Belange der nicht privilegierten Einzelhändler, nicht von der Typisierungsbefugnis des Ordnungsgebers gedeckt.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen 2G-Regel im Einzelhandel

Beim Rechtsschutz gegen die 2G-Regel im Einzelhandel ist zunächst in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren zwischen dem Rechtsschutz gegen die derzeit die Einzelhändler betreffende 2G-Regel, die sich aus den Ordnungsregelungen der jeweiligen Länder ergibt und dem Rechtsschutz gegen die künftig aufgrund des Infektionsgeschehens wiederholt drohende Anwendung der 2G-Regel auf den Einzelhandel. Gegen die derzeit bestehende 2G-Regel ist in den Bundesländern, in denen ein Normenkontrollverfahren für untergesetzliche Vorschriften des Landesrechts vorgesehen ist, im Wege dieser Normenkontrolle vorzugehen (**dazu 1.**), in den Ländern ohne ein solches Normenkontrollverfahren im Wege der Normenfeststellungsklage (**dazu 2.**). Gegen den künftig wiederholten Erlass von 2G-Regelungen für den Einzelhandel aufgrund des Infektionsgeschehens ist die Normunterlassungsklage in Form der allgemeinen Feststellungsklage zu beschreiten (**dazu 3.**).

1. Geltendmachung der Rechtswidrigkeit im Wege des Normenkontrollantrags

In den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen ist gegen Länderverordnungen wie hier die Corona-Schutz-Verordnungen die Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zum jeweiligen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof statthaft. Der Antrag ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Vorschrift zu stellen.

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 08. Februar 1983 – 1 BvL 28/79 –, BVerfGE 63, 119-131, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1991 – 1 BvL 50/86 –, BVerfGE 84, 348-365, Rn. 40; BVerfG, Urteil vom 17. November 1992 – 1 BvL 8/87 –, BVerfGE 87, 234-269, Rn. 68; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 06. September 2010 – 1 BvR 739/08 –, juris, Rn. 14.

Die Antragsbefugnis nach § 47 Abs.2 Satz 1 VwGO, für die geltend zu machen ist, dass der antragstellende Einzelhändler durch die Vorschrift oder ihre Anwendung in seinen Rechten verletzt wird, bereitet keine Bedenken, weil der Einzelhändler schon dadurch, dass er die 2G-Regel durch Kontrollen durchsetzen und Personen, die weder geimpft noch genesen sind, den Zutritt zum Ladengeschäft verweigern muss, in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Auch gegen ein Rechtsschutzbedürfnis des Einzelhändlers bzgl. der ihn betreffenden 2G-Regel bestehen keine Bedenken. Auch gegebenenfalls nach Außerkrafttreten der Verordnung hat der Einzelhändler noch ein Rechtsschutzbedürfnis, weil er dann noch ein präjudizielles Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung hat⁸⁷.

2. Geltendmachung der Rechtswidrigkeit im Wege der Normenfeststellungsklage

In den Ländern Berlin und Hamburg ist in Ermangelung eines Normenkontrollverfahrens für Rechtsverordnungen der Länder aufgrund der Betroffenheit durch die 2G-Regelung für Einzelhändler in der jeweiligen Corona-Schutz-Verordnung eine negative Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zum jeweiligen Verwaltungsgericht Berlin bzw. Verwaltungsgericht Hamburg statthaft, um festgestellt zu wissen, dass der jeweilige Einzelhändler durch die 2G-Regel in der jeweiligen Corona-Schutz-Verordnung nicht verpflichtet ist. Die Feststellungsklage ist statthaft, weil die Bindung an eine mit der Corona-Schutz-Verordnung erlassene 2G-Regel keines Vollzugsaktes bedarf und unmittelbar gegen den Einzelhändler wirkt. Die Nicht-Durchsetzung der 2G-Regel etwa durch entsprechende Kontrollen der Kundschaft würde beim jeweiligen Einzelhändler eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

Die Feststellungsklage ist deshalb auch nicht nach § 43 Abs. 2 VwGO subsidiär. Der Feststellungsantrag ist zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken statthaft.⁸⁸

Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage – insbesondere das Feststellungsinteresse sowie die Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO sind gegeben. Der jeweilige Einzelhändler ist durch die

⁸⁷ Vgl. *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, § 47 Rn. 89 f.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 31. März 2020 – 1 BvR 712/20 –, Rn. 15, juris; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, Rn. 50, juris; BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010 – 8 C 19/09 –, Rn. 25, juris; VG Berlin, Beschluss vom 20. Oktober 2020 – VG 14 L 426/20 –, unter I; VG Augsburg, Beschluss vom 20. Januar 2021 – Au 9 E 21.94 –, Rn. 27, juris; VG Hamburg, Beschluss vom 21. April 2020 – 3 E 1675/20; VG Berlin, Beschluss vom 30. April 2020 – VG 14 L 49/20

streitgegenständliche Regelung unmittelbar und schwer in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG betroffen.

3. Geltendmachung der Rechtswidrigkeit des künftig wiederholten Erlasses einer 2G-Regel für den Einzelhandel in Corona-Schutz-Verordnungen durch eine Normunterlassungsklage in Form der allgemeinen Feststellungsklage

Zur Abwehr eines drohenden Verordnungserlasses ist die Klage nach § 43 Abs. 1 auf Feststellung zu erheben, dass die Landesregierung zum Verordnungserlass dahingehend nicht berechtigt ist⁸⁹, für den Einzelhandel eine 2G-Regelung vorzusehen. Diese Normunterlassungsklage ist gemäß § 52 Nr. 5 VwGO beim Verwaltungsgericht am Sitz der jeweiligen Landesregierung zu erheben. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁹⁰ ist die allgemeine Feststellungsklage als Normunterlassungsklage insbesondere beim vorbeugenden Rechtsschutz gegen den Erlass von Bebauungsplänen anerkannt.

Hiernach bedarf es für die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes eines qualifizierten, also gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichteten Rechtsschutzinteresses.⁹¹ Ein solches liegt nicht vor, wenn ein Betroffener zumutbarerweise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung grundsätzlich als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Es liegt dagegen vor, wenn die Norm unmittelbar ab Erlass vollzogen wird und es deswegen unzumutbar ist, Rechtsschutz nicht schon zuvor in Anspruch nehmen zu können.⁹² Insbesondere ist der Kläger dann nicht auf nachträglichen Rechtsschutz zu verweisen, wenn er sich dadurch dem Risiko eines Bußgeldes und der Verfolgung als Ordnungswidrigkeit aussetzen muss. Der jeweilige Einzelhändler hat hier ein qualifiziertes Interesse am vorbeugenden Rechtsschutz, weil die Einzelhändler die sie betreffenden Regelungen aus den Corona-Schutz-Verordnungen praktisch immer sofort nach Inkrafttreten befolgen müssen. Er hat auch ein Interesse an der Feststellung, dass die Landesregierung zum Erlass einer Corona-Schutz-Verordnung mit 2G-Regelung für die Einzelhändler zukünftig nicht berechtigt ist, weil die Datengrundlage sich gegenüber der heutigen Situation erwartbar weiter verstetigen wird, das Infektionsgeschehen und insbesondere die Hospitalisierungsrate sich unter einem weiteren Impffortschritt, der Einführung einer Impfpflicht oder zumindest dem Erfordernis einer allgemeinen Impfpflicht anders

⁸⁹ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 42 Rn. 60.

⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 08.09.1972 – IV C17/71; Urt. v. 29.07.1977 – IV C 51/75.

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 29.07.1977 – IV C 51/75, NJW 1978, 554.

⁹² Vgl. BVerwG, Urt. v. 08.09.1972 – IV C17/71, VerwRspr 1974, 47, 48 f.

darstellen werden gegenüber der Beurteilung der 2G-Regel in den derzeit gültigen Verordnungen.

Die Subsidiarität ist hier zudem von nachrangiger Bedeutung, weil sich der vorbeugende Rechtsschutz nicht gegen den Erlass eines Verwaltungsakts richtet und daher auch nicht droht, dass die Voraussetzungen der Anfechtungsklage unterlaufen werden.