

## 2G-Regel im Einzelhandel – verfassungsrechtliche Einordnung und Rechtsschutzmöglichkeiten

Wesentliche Ergebnisse des Rechtsgutachtens, erstellt im Auftrag des Handelsverbands Deutschland - HDE e.V.

**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 Alternativen mit größerer Nähe zum Infektionsgeschehen und Effektivität zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zur Verfügung stehen. Hierzu zählt insbesondere der **Erllass 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.

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.

## 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 Indienstnahme 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**.