

GUTACHTEN

Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Geltendmachung der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe für die hoheitlich angeordnete Schließung des Einzelhandels ab dem 16.12.2020 wegen SARS-CoV-2

für den

Handelsverband Deutschland – HDE e. V. Der Einzelhandel

erstellt durch

**Rechtsanwalt Dr. Holger Schmitz
Rechtsanwalt Hendrik Schlutt
Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB**

im

März 2021

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-----------|--|-----------|
| A. | SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG | 5 |
| I. | Die Lockdown-Maßnahmen von Bund und Ländern im Herbst/Winter 2020/2021 | 5 |
| II. | Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf den Einzelhandel..... | 8 |
| III. | Die Corona-Hilfsprogramme und ihre unterschiedliche Ausgestaltung..... | 8 |
| 1. | Allgemeine Umsetzung der Corona-Hilfsprogramme | 9 |
| 2. | Überbrückungshilfe II | 10 |
| a) | Voraussetzungen und Umfang der Förderung..... | 10 |
| b) | Beihilferechtliche Grundlagen..... | 11 |
| 3. | Überbrückungshilfe III | 12 |
| a) | Voraussetzungen und Umfang der Förderung..... | 12 |
| b) | Beihilferechtliche Grundlagen..... | 13 |
| 4. | Novemberhilfe und Dezemberhilfe | 14 |
| a) | Voraussetzungen und Umfang der Förderung..... | 14 |
| b) | Beihilferechtliche Grundlagen..... | 15 |
| IV. | Fragestellung..... | 16 |
| B. | ZUSAMMENFASSUNG | 17 |
| C. | PRÜFUNG DER ERFOLGSAUSSICHTEN | 20 |
| I. | Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen | 20 |
| 1. | Rechtlicher Maßstab..... | 20 |
| 2. | November- und Dezemberhilfe als Ungleichbehandlung von im Wesentlichen vergleichbaren Sachverhalten und Personengruppen..... | 22 |
| a) | Ungleichbehandlung | 22 |
| b) | Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen..... | 24 |
| aa) | Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen angesichts gleichen Relevanz für die Versorgung der Bevölkerung..... | 25 |
| bb) | Wesentliche Gleichheit in Bezug auf die Betroffenheit durch staatliche Maßnahmen | 26 |

| | | |
|------|--|----|
| cc) | Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte in Bezug auf wirtschaftliche Wirkungen der Lockdown-Maßnahmen auf die Personengruppen..... | 27 |
| dd) | Wesentliche Vergleichbarkeit durch graduelle Unterschiede zwischen Personengruppen und Sachverhalten nicht in Frage gestellt | 27 |
| 3. | Zeitliche Anknüpfungspunkte und Dauer der Ungleichbehandlung | 28 |
| a) | Zeitlich kongruente Ungleichbehandlung vom 16.12. bis 31.12.2020..... | 28 |
| b) | Ungleichbehandlung in Bezug auf die zweimonatige Gesamtbezugsdauer der November- und Dezemberhilfe..... | 29 |
| II. | Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung..... | 30 |
| 1. | Rechtlicher Maßstab..... | 30 |
| 2. | Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung | 33 |
| a) | Vorliegend anwendbarer Maßstab | 33 |
| aa) | Strenger Maßstab wegen schwerster Grundrechtseingriffe..... | 33 |
| bb) | Strenger Maßstab wegen der Zielsetzung und Wirkungen der Corona-Hilfsleistungen als teilweise Kompensation der Grundrechtseingriffe für existenzgefährdende Wirkungen der Betriebsschließungen | 35 |
| b) | Kein sachlicher Grund für Ungleichbehandlung | 38 |
| aa) | Kein rechtserheblicher sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorgetragen | 38 |
| bb) | Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen für längere Betroffenheit, sondern allenfalls für längere Bezugsdauer der Entschädigungen | 38 |
| cc) | Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen für die frühere Betroffenheit der vom Lockdown Light erfassten Unternehmen und Betriebe | 38 |
| dd) | Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen durch Gestaltungsspielraum und Typisierungsbefugnis des Regelungsgebers..... | 39 |
| III. | Rechtsfolge: Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe | 40 |
| 1. | Rechtlicher Maßstab..... | 40 |
| 2. | Vorliegend: Anspruch auf Gewährung außerordentlicher Wirtschaftshilfen | 45 |
| 3. | Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen für einen Gesamtzeitraum von zwei Monaten | 46 |
| 4. | Kein Ausschluss mit Blick auf verfügbare Haushaltsmittel | 47 |

| | | |
|-----|--|----|
| 5. | Keine Anspruchsausschluss mit Blick auf beihilferechtliche Vorgaben | 48 |
| IV. | Verwaltungsgerichtliche Geltendmachung der Ungleichbehandlung..... | 48 |
| 1. | Geltendmachung der Ungleichbehandlung im Wege des Widerspruchs (§ 68 Abs. 2 VwGO), gerichtet auf Gewährung der Dezemberhilfe | 49 |
| a) | Grundvoraussetzung: Ablehnung einer beantragten Bewilligung der Dezemberhilfe..... | 49 |
| b) | Statthaftigkeit: Vorverfahren landesgesetzlich nicht ausgeschlossen..... | 50 |
| c) | Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog) | 52 |
| d) | Widerspruchsfrist und Form des Widerspruchs (§ 70 Abs. 1 VwGO) | 52 |
| 2. | Geltendmachung der Ungleichbehandlung im Wege der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO), gerichtet auf Gewährung der Dezemberhilfe | 52 |
| a) | Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO)..... | 53 |
| b) | Zuständigkeit..... | 53 |
| c) | Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage | 54 |
| d) | Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)..... | 55 |
| e) | Erfolgsloses Vorverfahren (soweit landesgesetzlich geboten)..... | 55 |
| f) | Klagefrist (§ 74 Abs. 2 VwGO) | 55 |
| g) | Rechtsschutzbedürfnis | 55 |
| h) | Klagegegner (§ 78 VwGO) | 56 |
| i) | Hilfsanträge | 56 |
| j) | Antrag auf eine einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO | 59 |

A. Sachverhalt und Fragestellung

Der Einzelhandel ist von den Lockdown-Maßnahmen von Bund- und Ländern ab dem 16.12.2020 durch Anordnung der Schließung der Verkaufsstellen des Einzelhandels für den Publikumsverkehr durch die zuständigen Verordnungsgeber (dazu I.) wirtschaftlich schwer betroffen (dazu II.). Dessen ungeachtet soll der Einzelhandel einen anteiligen Ersatz seiner hoheitlich verursachten Umsatzeinbußen nicht aus dem Hilfsprogramm der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe erhalten. Dieses Programm soll Unternehmen der Branchen vorbehalten bleiben, die bereits vom sogenannten Lockdown Light zum 02.11.2020 betroffen waren, also insbesondere der Gastronomie und dem Gastgewerbe (dazu III.). Ausgehend hiervon stellt sich die Frage der möglichen Einbeziehung des Einzelhandels in die außerordentlichen Wirtschaftshilfen im Umfang der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe (dazu IV.).

I. Die Lockdown-Maßnahmen von Bund und Ländern im Herbst/Winter 2020/2021

Aufgrund stark steigender SARS-CoV-2-Infektionszahlen und damit einhergehend der immer schwieriger werdenden Kontaktnachverfolgung durch die kommunalen Gesundheitsämter im Herbst 2020 beschlossen die Regierungschefs von Bund und Ländern weitreichende Beschränkungen des öffentlichen Lebens, um einer weiteren exponentiellen Ausbreitung von SARS-CoV-2 durch Verringerung von Kontakten entgegenzutreten oder die Ausbreitung zumindest zu verlangsamen und dadurch eine Überlastung des Gesundheitssystems abzuwenden. Die von den Regierungschefs von Bund und Ländern beschlossenen Beschränkungen wurden jeweils anschließend durch die Länder umgesetzt, in der Regel durch Rechtsverordnungen gemäß § 32 Satz 1 i.V.m. §§ 28 Abs. 1, 29, 30 Abs. 1 Satz 2 des Infektionsschutzgesetzes („IfSG“), ab dem 18.11.2020 auch unter Anwendung der neuen Rechtsgrundlage des § 28a IfSG.

Zunächst wurde im Rahmen der Bund-Länder-Beratungen vom 28.10.2020 neben maßgeblichen Kontaktbeschränkungen beschlossen, ab dem 02.11.2020 Institutionen und Einrichtungen der Freizeitgestaltung wie Theater, Kinos, Messen, Freizeit- und Amateursportbetriebe, Schwimmbäder, Saunen und Fitnessstudios, Gastronomiebetriebe einschließlich Restaurants und Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Körperpflege, mit Ausnahme von Friseuren, zu schließen sowie die Beherbergung zu touristischen Zwecken und Veranstaltungen zu Unterhaltungszwecken zu untersagen. Die Gastronomie war ab diesem Zeitpunkt auf das Geschäft mit der Lieferung und Abholung von Speisen beschränkt. Der Groß- und Einzelhandel blieb zunächst unter Beschränkungen, wie etwa Zutrittssteuerung, geöffnet. Im Gegenzug wurde für die von diesen Schließungen umfassten Betriebe eine **außerordentliche Wirtschaftshilfe** des Bundes in Höhe von 75 % des entsprechenden Umsatzes des Vorjahresmonats des jeweiligen Betriebs in Höhe von bis zu EUR 10 Mrd. zugesichert.

Für die unabhängig von dieser Schließung wirtschaftlich betroffenen Unternehmen wurde die Verlängerung und Verbesserung der Hilfsmaßnahmen für Unternehmen im Zuge der Überbrückungshilfe III angekündigt.¹

Diese Beschränkungen wurden mit Beschluss der Bund-Länder-Beratung vom 25.11.2020 fortgeschrieben. Im Einzelhandel wurde die Anzahl der Personen in Bezug auf die Verkaufsfläche weiter beschränkt. Für die weiterhin von der bereits geltenden und verlängerten Betriebsschließung betroffenen Unternehmen u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes wurde die Verlängerung der Novemberhilfe in den Dezember (sogenannte Dezemberhilfe) sowie eine Anpassung und Verlängerung der Überbrückungshilfe III bis Mitte 2021 angekündigt.²

Mit Beschluss der Bund-Länder-Beratungen vom 13.12.2020 wurde dann zum 16.12.2020 auch die Schließung von Friseursalons und des gesamten Einzelhandels mit Ausnahme des Einzelhandels für Lebensmittel, Waren des täglichen Bedarfs, Weihnachtsbäumen etc. beschlossen. Die von diesen massiven Einschränkungen des Geschäftsbetriebs betroffenen Wirtschaftsbereiche insbesondere des Einzelhandels wurden mit Blick auf die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der hoheitlichen Maßnahmen lediglich auf die verbesserte Überbrückungshilfe III verwiesen, die Zuschüsse zu den Fixkosten vorsieht und bei der es Abschlagszahlungen wie bei den außerordentlichen Wirtschaftshilfen geben sollte.³ Die seit dem Lockdown vom 16.12.2020 geltenden vollständigen Schließungen des nicht-privilegierten Einzelhandels für den Publikumsverkehr wurden seither verlängert.⁴

¹ Vgl. Beschluss der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28. Oktober 2020, S. 3 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1805024/5353edede6c0125ebe5b5166504df d79/2020-10-28-mpk-beschluss-corona-data.pdf>.

² Vgl. Beschluss der Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 25. November 2020, S. 4 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1820090/11c9749f77a71b9439759538864aa6 72/2020-11-25-mpk-beschluss-data.pdf>.

³ Vgl. Beschluss der Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 13. Dezember 2020, S. 3 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1827366/69441fb68435a7199b3d3a89bff2c0 e6/2020-12-13-beschluss-mpk-data.pdf>.

⁴ Vgl. Beschlüsse der Videoschaltkonferenzen der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 05. Januar und 19. Januar 2021, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/videoschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-5-januar-2021-1834354>; <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/videoschaltkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-19-januar-2021-1841020#>.

Mit Beschluss der Bund-Länder-Beratungen vom 10.02.2021 wurden die Öffnung von Friseursalons in einem ersten Öffnungsschritt für den 01.03.2021 und die Öffnung des Einzelhandels bei einem stabilen 7-Tage-Inzidenzwert unter 35 je 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner angekündigt.⁵

Mit Beschluss der Bund-Länder-Beratungen vom 03.02.2021 wurden bezüglich des Einzelhandels eine sog. Öffnungsstrategie vorgestellt die an die 7-Tages-Inzidenz anknüpft, z.T. in Kombination mit anderen Faktoren wie der Stabilität der Lage im Verlauf des Öffnungsprogramms. Im Einzelnen sollen für den Einzelhandel folgende Regelungen etabliert werden:

- 2. Öffnungsschritt, seit 08.03.: Buchhandlungen, Blumengeschäfte, Gartenmärkte werden dem Einzelhandel des täglichen Bedarfs zugerechnet: Öffnung mit Hygienekonzept und Zugangsbeschränkung
- 3. Öffnungsschritt:
 - ab stabiler 7-Tage-Inzidenz von unter 50: Öffnung des Einzelhandels mit Zugangsbegrenzung; bei Anstieg des Inzidenzwertes auf über 50 an drei aufeinander folgenden Tagen „Terminshopping“;
 - ab stabiler/sinkender 7-Tages-Inzidenz von unter 100: Öffnung des Einzelhandels für „Terminshopping“
- 4. Öffnungsschritt: keine Regelung für den Einzelhandel
- 5. Öffnungsschritt, Voraussetzung: keine Verschlechterung der 7-Tage-Inzidenz für 14 Tage nach Öffnungsschritt 4:
 - stabile 7-Tages-Inzidenz von unter 50: Freizeitveranstaltungen mit bis zu 50 Teilnehmer:innen im Außenbereich; Kontaktsport in Innenräumen; bei Anstieg des Inzidenzwertes auf über 50 an drei aufeinander folgenden Tagen: Öffnung des Einzelhandels mit Zugangsbeschränkung
 - stabile 7-Tages-Inzidenz von 100: Öffnung des Einzelhandels mit Zugangsbeschränkung (wie im 3. Öffnungsschritt bei einer Inzidenz < 50)

Die erste Öffnung des Einzelhandels setzt folglich eine Inzidenz von unter 50 voraus. Verschlechtert sich die Lage dann nach weiteren Öffnungsschritten wieder, kann der Einzelhandel unter Zugangsbeschränkungen geöffnet bleiben; die im 3. Öffnungsschritt strengere Regelung bei Werten zwischen 50 und 100, nämlich aus-

⁵ Vgl. Beschluss der Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 10. Februar 2021, S.4 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1852514/508d851535b4a599c27cf320d8ab69e0/2021-02-10-mpk-data.pdf?download=1>.

schließlich Terminshopping, wird nicht wieder aktiviert. Bezüglich aller Öffnungsstufen gibt es eine sog. Notbremse, nach der beim Überschreiten einer Inzidenz von 100 für drei aufeinanderfolgende Tage die aktuell geltenden Regelungen wieder in Kraft treten sollen.⁶

II. Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf den Einzelhandel

Der Lockdown zum 16.12.2020 traf den Einzelhandel im Nicht-Lebensmittelbereich mitten im Weihnachtsgeschäft besonders schwer. Schon der erste Lockdown im Frühjahr hatte schwerwiegende Folgen: Während der vierwöchigen Schließungen von Geschäften aus dem Nicht-Lebensmittel-Bereich hatte die Branche rund EUR 30 Milliarden Umsatz verloren.⁷ Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown ab dem 16.12.2020 mitten im Weihnachtsgeschäft sind ungleich schwerer: In weiten Teilen des Einzelhandels entfällt bis zu einem Drittel des Jahresumsatzes auf das Weihnachtsgeschäft, wobei die Hauptumsätze im Dezember eine Woche vor Weihnachten und in den Tagen danach gemacht werden.⁸ Zudem dauert der Lockdown des Einzelhandels mittlerweile bereits über zwei Monate an. Aufgrund der durch den Lockdown bedingten Umsatzausfälle wurden die meisten Unternehmen des stationären Einzelhandels in eine prekäre wirtschaftliche Lage versetzt, im stationären Einzelhandel drohen bis zu 50.000 Insolvenzen.⁹

III. Die Corona-Hilfsprogramme und ihre unterschiedliche Ausgestaltung

Die von der Schließung bzw. vom Verbot ihrer Dienstleistungen im Rahmen des Lockdown Light zum 02.11.2020 betroffenen Unternehmen, darunter Unternehmen der Gastronomie, der Veranstaltungsbranche oder der Körperpflege, erhalten im Rahmen der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe für zwei Monate bis zu 75 % ihres Umsatzes im Vorjahresmonat ersetzt.¹⁰ Unternehmen der Branchen, die im Rahmen

⁶ Vgl. Beschluss der Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 03. März 2021, S. 5ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1>.

⁷ Vgl. Der Weihnachtsalptraum für den Handel wird wahr, Wirtschaftswoche vom 13.12.2020, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/harter-lockdown-der-weihnachtsalptraum-fuer-den-handel-wird-wahr/26713628.html>.

⁸ Vgl. Einzelhandel warnt vor Folgen des Lockdowns, Manager-Magazin, 13.12.2020, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/corona-lockdown-ab-weihnachten-einzelhandel-fuerchtet-pleiten-a-20caf2d9-6be1-4847-bdb5-c080aea740f2>.

⁹ Vgl. Der Weihnachtsalptraum für den Handel wird wahr, Wirtschaftswoche vom 13.12.2020, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/harter-lockdown-der-weihnachtsalptraum-fuer-den-handel-wird-wahr/26713628.html>.

¹⁰ Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zu Novemberhilfe, Dezemberhilfe, abrufbar unter

des Lockdown ab dem 16.12.2020 schließen mussten bzw. deren Dienstleistungen untersagt wurden, also insbesondere Unternehmen des stationären Einzelhandels und Friseursalons, sind wie alle anderen aufgrund von COVID-19 von Umsatzeinbußen betroffenen Unternehmen auf die Überbrückungshilfe II bzw. Überbrückungshilfe III verwiesen und erhalten in diesem Rahmen lediglich einen Fixkostenzuschuss. Obwohl sie ab dem 16.12.2020 genauso der Schließung unterlagen, bleibt Einzelhandel und Friseursalons ein Ausgleich ihrer durch die Schließung erlittenen Umsatzeinbußen im Umfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe verwehrt.

1. Allgemeine Umsetzung der Corona-Hilfsprogramme

Im Rahmen der Corona-Hilfsprogramme des Bundes, insbesondere der Überbrückungshilfe II, der Überbrückungshilfe III und der November- bzw. Dezemberhilfe, werden die entsprechenden Mittel vom Bund bereitgestellt. Die Bearbeitung der Anträge und die Ausreichung der Mittel erfolgt hingegen durch die Bewilligungsstellen der jeweils zuständigen Länder.

Hierzu erlassen die Länder entsprechende Förderrichtlinien, aufgrund derer sie dann die Mittel an die einzelnen Antragsteller ausreichen.¹¹ Das Zusammenspiel des Bundes mit den Ländern regeln hierzu Verwaltungsvereinbarungen wie etwa die Verwaltungsvereinbarung über die Gewährung von Soforthilfen des Bundes als Billigkeitsleistungen für „Corona-Überbrückungshilfen für kleine und mittelständische Unternehmen“, die Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Novemberhilfe“ oder die Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Dezemberhilfe“.¹² Diese Verwaltungsvereinbarungen enthalten Beschreibungen der Förderprogramme des Bundes, bestimmen die Bereitstellung der Mittel durch den Bund und regeln, dass das Land beim Vollzug die Vorgaben des

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-11-05-faq-ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>.

¹¹ Vgl. etwa für den Freistaat Bayern die Richtlinie für die Gewährung von außerordentlicher Wirtschaftshilfe des Bundes für November 2020 (Novemberhilfe), Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom 24. November 2020, Az. PGÜ-3560-3/2/185, abrufbar unter:

https://www.stmwi.bayern.de/fileadmin/user_upload/stmwi/Themen/Foerderprogramme/Dokumente/Novemberhilfe/20201124_Richtlinie_Novemberhilfe.pdf.

¹² Vgl. etwa für die Freie und Hansestadt Bremen die Verwaltungsvereinbarungen über die Gewährung von Soforthilfen des Bundes als Billigkeitsleistungen für „Corona-Überbrückungshilfen für kleine und mittelständische Unternehmen“, die Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Novemberhilfe“ und die Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Dezemberhilfe“, jeweils zwischen dem Bund und der Freien und Hansestadt Bremen, abrufbar unter https://www.rathaus.bremen.de/sixcms/media.php/13/20210126_Verwaltungsvereinbarung_Ueberbrueckungshilfen.pdf.

Bundes beachtet. Art. 2 Abs. 2 der Ergänzenden Verwaltungsvereinbarung „Novemberhilfe“ und der Ergänzenden Verwaltungsvereinbarung „Dezemberhilfe“ zwischen dem Bund und der Freien und Hansestadt Bremen lautet beispielhaft:

„Das Land Bremen beachtet beim Vollzug der in Artikel 1 Absatz 1, 2 und 3 genannten Hilfsprogramme die Vorgaben des Bundes. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Billigkeitsleistung, die Höhe der Billigkeitsleistung und weitere Einzelheiten zu den Billigkeitsleistungen ergeben sich aus der Anlage „Vollzugshinweise“. Bund und Länder stimmen zudem gemeinsame FAQ ab.“¹³

Für die Vollzugshinweise zu den Verwaltungsvereinbarungen mit den Ländern stellt der Bund ein Muster bereit.¹⁴

Die Einzelheiten zu Antragsberechtigung und Umfang der Hilfe der Corona-Hilfsprogramme des Bundes sind mithin in Förderrichtlinien der Länder geregelt, die Länder setzen aufgrund ihrer Verwaltungsvereinbarungen mit dem Bund in diesen Förderrichtlinien aber lediglich den Inhalt der Förderprogramme des Bundes und die Vorgaben des Bundes um, während sie in ihren Richtlinien nicht originär regeln, wer etwa in den Genuss der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe kommt.

2. Überbrückungshilfe II

Für den Zeitraum von September bis Dezember 2020 erhalten Unternehmen branchenunabhängig Corona-bedingte Fixkostenzuschüsse, die in ihrer Höhe von den gleichzeitig erlittenen Umsatzeinbußen abhängig sind.

a) Voraussetzungen und Umfang der Förderung

Die Überbrückungshilfe II erhalten kleine und mittlere Unternehmen, Soloselbständige und Freiberufler, gemeinnützige Unternehmen und Organisationen aus allen Branchen mit einem Umsatzeinbruch von mindestens 30 % im Förderzeitraum September bis Dezember 2020 sowie

¹³ Vgl. Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Novemberhilfe“ und Ergänzende Verwaltungsvereinbarung „Dezemberhilfe“, jeweils zwischen dem Bund und der Freien und Hansestadt Bremen, abrufbar unter https://www.rathaus.bremen.de/sixcms/media.php/13/20210126_Verwaltungsvereinbarung_Ueberbr%FCckungshilfen.pdf.

¹⁴ Vollzugshinweise für die Gewährung von Corona-Überbrückungshilfe für kleine und mittelständische Unternehmen (Anlage zur Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern), „Novemberhilfe“ als außerordentliche Wirtschaftshilfe für November 2020, abrufbar unter https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Downloads/vollzugshinweise-novemberhilfe.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Umsatzeinbußen von mindestens 50 % in zwei zusammenhängenden Monaten zwischen April und August 2020 gegenüber den Vorjahresmonaten oder Umsatzeinbußen von mindestens 30 % im Durchschnitt der Monate April bis August 2020 gegenüber dem Vorjahreszeitraum. Im Rahmen der Überbrückungshilfe II werden Fixkosten erstattet, und zwar 90 % der Fixkosten bei mehr als 70 % Umsatzeinbruch, 60 % der Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch zwischen 50 und 70 % sowie 40 % der Fixkosten bei mehr als 30 % Umsatzeinbruch. Die Förderung beträgt maximal 50.000 Euro pro Monat.¹⁵

Ziffer 2.4 der Fragen und Antworten zur Überbrückungshilfe II des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen¹⁶ enthält einen umfassenden Katalog nach Kategorien, welche Kosten im Einzelnen als betriebliche Fixkosten förderfähig sind und welche nicht. Diese Kategorien sind Mieten und Pachten, weitere Mietkosten, Zinsaufwendungen für betriebliche Kredite und Darlehen, Finanzierungskostenanteil von Leasingraten, Ausgaben für notwendige Instandhaltung, Wartung oder Einlagerung von Anlagevermögen und gemieteten und geleasteten Vermögensgegenständen, einschließlich der EDV, Ausgaben für Elektrizität, Wasser, Heizung, Reinigung und Hygienemaßnahmen, Grundsteuern, Betriebliche Lizenzgebühren, Versicherungen, Abonnements und andere feste Ausgaben, Kosten für prüfende Dritte, die im Rahmen der Beantragung der Corona-Überbrückungshilfe anfallen, Personalaufwendungen, Kosten für Auszubildende sowie branchenspezifisch Provisionen für Reisebüros oder Margen für Reiseveranstalter für Pauschalreisen.

b) Beihilferechtliche Grundlagen

Die Überbrückungshilfe II wird auf Basis der Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020¹⁷ gewährt, die von der Europäischen Kommission mit Ent-

¹⁵ Überbrückungshilfe II, gemeinsame Übersichtsseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Artikel/ueberbrueckungshilfe-ii.html>.

¹⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und Bundesministeriums der Finanzen, Fragen und Antworten zur Überbrückungshilfe II, abrufbar unter: <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Dokumente/FAQ/Ueberbrueckungshilfe-II/ueberbrueckungshilfe-II.html>.

¹⁷ Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020, abrufbar unter https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Downloads/bundesregelung-fixkostenhilfe-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

scheidung vom 20.11.2020 genehmigt wurde¹⁸ und aufgrund derer Beihilfen als Beitrag zu den ungedeckten Fixkosten eines Unternehmens in Höhe von bis zu EUR 3 Millionen pro Unternehmen bzw. Unternehmensverbund vergeben werden, oder auf Basis der Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020¹⁹, die von der Europäischen Kommission mit Entscheidung vom 24.03.2020 genehmigt wurde.²⁰ Die Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 sieht vor, dass die Gesamtsumme der einem Unternehmen nach dieser Regelung gewährten Kleinbeihilfen den Höchstbetrag von EUR 800.000 nicht übersteigen darf. Am 28.01.2021 hat die Europäische Kommission ihren Befristeten Rahmen für staatliche Beihilfen während der Corona-Pandemie (Temporary Framework) erneut verlängert und erweitert, wonach die beihilferechtliche Obergrenze für Kleinbeihilfen auf EUR 1,8 Millionen Euro pro Unternehmen erhöht wurde.²¹

3. Überbrückungshilfe III

Für den Zeitraum von November 2020 bis Juni 2021 erhalten Unternehmen branchenunabhängig Corona-bedingte Fixkostenzuschüsse, die in ihrer Höhe von den gleichzeitig erlittenen Umsatzeinbußen abhängig sind.

a) Voraussetzungen und Umfang der Förderung

Im Rahmen der Überbrückungshilfe III werden Fixkostenzuschüsse für Monate mit Umsatzeinbußen von mindestens 30 % zwischen November 2020 und Juni 2021 gewährt. Auch größere Unternehmen mit bis zu EUR 750 Millionen Jahresumsatz haben einen Anspruch auf Überbrückungshilfe III. Der Förderhöchstbetrag pro Monat beträgt EUR 1,5 Millionen, allerdings im Rahmen der Höchstgrenzen der EU-Beihilferegeln.

¹⁸ State Aid Case SA.59289 Fixkostenhilfe 2020 – DE, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202048/289668_2212106_67_2.pdf.

¹⁹ Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020, abrufbar unter <https://www.foerderdatenbank.de/FDB/Content/DE/Foerderprogramm/Bund/BMWi/bundesregelung-kleinbeihilfen.html>.

²⁰ State Aid Case SA.56790 Federal Framework "Small amounts of aid 2020" - COVID-19, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202013/285205_2142884_55_2.pdf.

²¹ Mitteilung der Kommission Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_informal_consolidated_version_as_amed_28_january_2021_de.pdf.

Eine Erhöhung auf EUR 3 Millionen für verbundene Unternehmen ist in Vorbereitung.²²

Die Überbrückungshilfe III erstattet einen Anteil in Höhe von bis zu 90 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von mehr als 70 %, bis zu 60 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von 50 % bis 70 % und bis zu 40 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von 30 % bis unter 50 % im jeweiligen Fördermonat im Vergleich zum entsprechenden Monat des Jahres 2019. Die Berechnung wird dabei jeweils für jeden Monat einzeln vorgenommen. Liegt der Umsatzeinbruch in einem Fördermonat bei weniger als 30 % gegenüber dem Vergleichsmonat, entfällt die Überbrückungshilfe III für den jeweiligen Fördermonat. Der Katalog der erstattungsfähigen Fixkosten wurde gegenüber der Überbrückungshilfe II erweitert und es wurden Zusatzregelungen für einzelne Branchen, wie die Reisebranche, die Kultur- und Veranstaltungsbranche, Unternehmen der pyrotechnischen Industrie sowie den stationären Einzelhandel aufgenommen. So werden für den Einzelhandel Abschreibungskosten für verderbliche Ware und Ware für Wintersaison 2020/2021, die vor dem 01.01.2021 eingekauft wurde und wegen des Lockdown nicht abgesetzt werden konnte, als erstattungsfähige Fixkosten anerkannt. Warenabschreibungen können 100 % als Fixkosten zum Ansatz gebracht werden.²³

b) Beihilferechtliche Grundlagen

Im Rahmen der Überbrückungshilfe III ist gegenüber Überbrückungshilfe II eine Kumulierung von Beihilfen aufgrund der von der Kommission genehmigten Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020 für ungedeckte Fixkosten bis maximal EUR 3 Millionen und der von der Kommission genehmigten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 vorgesehen, maximal EUR 800.000. Hinzu kommt weiter eine Beihilfe nach der De-Minimis-Verordnung von maximal EUR 200.000, so dass sich ein beihilferechtlich zulässiger Höchstbetrag von EUR 4 Millionen ergibt. Durch die Verlängerung und Erweiterung des Befristeten Rahmens für staatli-

²² Überbrückungshilfe III, gemeinsame Übersichtsseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen, <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Artikel/ueberbrueckungshilfe-iii.html>.

²³ FAQ zur „Corona-Überbrückungshilfe III“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Dokumente/FAQ/Ueberbrueckungshilfe-III/ueberbrueckungshilfe-III.html>.

che Beihilfen während der Corona-Pandemie (Temporary Framework) durch die Europäische Kommission am 28.01.2021²⁴ und die damit einhergehende Erhöhung der beihilferechtlichen Obergrenzen für Kleinbeihilfen und Fixkostenhilfen eröffnet sich für die Unternehmen ein wesentlich höherer Beihilferahmen, sobald diese erweiterten Spielräume in nationales Recht umgesetzt sind.²⁵

4. Novemberhilfe und Dezemberhilfe

Von der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe profitieren hingegen nur Unternehmen der Branchen, die im Zuge des Lockdown Light bereits zum 02.11.2020 schließen mussten bzw. ihre Dienstleistungen nicht mehr erbringen durften: Von der Schließung betroffenen waren neben der Gastronomie Institutionen und Einrichtungen der Freizeitgestaltung wie Theater, Kinos, Messen, Freizeit- und Amateursportbetriebe, Schwimmbäder, Saunen und Fitnessstudios und Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Körperpflege, mit Ausnahme von Friseuren. Zudem wurden die Beherbergung zu touristischen Zwecken und Veranstaltungen zu Unterhaltungszwecken untersagt. Unternehmen dieser Branchen erhalten für November bzw. Dezember 2020 Zuschüsse von bis zu 75 % des Umsatzes aus November bzw. Dezember 2019.

a) Voraussetzungen und Umfang der Förderung

Die Novemberhilfe und Dezemberhilfe wird als außerordentliche Wirtschaftshilfe des Bundes für Unternehmen, unabhängig von ihrer Größe, bereitgestellt, die von den Schließungen im Zuge des Lockdown Light ab dem 02.11.2020 zur Bekämpfung der Corona-Pandemie betroffen sind, die also aufgrund der Beschlüsse des Bundes und der Länder vom 28.10., 25.11. und 03.12.2020 den Geschäftsbetrieb einstellen mussten. Dagegen sind Unternehmen, die bundesweit erst ab Mitte Dezember 2020 schließen mussten, etwa Friseursalons und der Einzelhandel, nicht für die außerordentlichen Wirtschaftshilfen der Novemberhilfe und De-

²⁴ Mitteilung der Kommission Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_informal_consolidated_version_as_amed_28_january_2021_de.pdf.

²⁵ FAQ zur „Corona-Überbrückungshilfe III“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Dokumente/FAQ/Ueberbrueckungshilfe-III/ueberbrueckungshilfe-III.html>.

zemberhilfe antragsberechtigt und werden auf die Überbrückungshilfe verwiesen.²⁶

Mit der November- und der Dezemberhilfe werden Zuschüsse von bis zu 75 % des Umsatzes aus November bzw. Dezember 2019 anteilig für die Anzahl an Tagen der Schließung im November bzw. Dezember 2020 gewährt. Verbundunternehmen und „Mischbetriebe“ erhalten die volle Hilfe von bis zu 75 % des Umsatzes, auch wenn sie nur zu 80 % betroffen sind. „Mischbetriebe“ verbinden mehrere wirtschaftliche Aktivitäten in einem Unternehmen, wie etwa ein Café, das schließen muss, und zugleich aber weiter einen Versandhandel für Kaffee betreibt. Erzielt ein Unternehmen trotz grundsätzlicher Schließung im November bzw. Dezember Umsätze, so werden diese bis zu einer Höhe von 25 % des Vergleichsumsatzes nicht angerechnet.²⁷ Um eine Überförderung von mehr als 100 % des Vergleichsumsatzes zu vermeiden, erfolgt bei darüberhinausgehenden Umsätzen eine entsprechende Anrechnung. Für Restaurants gilt eine Sonderregelung, wenn sie Speisen im Außerhausverkauf anbieten. Hier wird die Umsatzerstattung auf bis zu 75 % der Umsätze im Vergleichszeitraum 2019 auf diejenigen Umsätze begrenzt, die dem vollen Mehrwertsteuersatz unterliegen, also die im Restaurant verzehrten Speisen. Damit werden die Umsätze des Außerhausverkaufs – für die der reduzierte Mehrwertsteuersatz gilt – herausgerechnet. Im Gegenzug werden diese Umsätze des Außerhausverkaufs während der Schließungen von der Umsatzanrechnung ausgenommen, um eine Ausweitung dieses Geschäfts zu begünstigen.²⁸

b) Beihilferechtliche Grundlagen

Auch für die Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe ist zunächst die Kumulierung von Beihilfen aufgrund der von der Kommission genehmigten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 bis maximal EUR 800.000, nach der De-Minimis-Verordnung von maximal EUR

²⁶ Corona-Hilfen der Bundesregierung, gemeinsame Übersichtsseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Home/home.html>.

²⁷ Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zu Novemberhilfe, Dezemberhilfe, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-11-05-faq-ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>.

²⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Fragen und Antworten zu den November- und Dezemberhilfen, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/Novemberhilfen/faq-novemberhilfen.html>.

200.000 (zusammen „Novemberhilfe“) und nach der von der Kommission genehmigten Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020 bis maximal EUR 3 Millionen („Novemberhilfe plus“) vorgesehen, so dass sich wieder ein beihilferechtlich zulässiger Höchstbetrag von EUR 4 Millionen ergibt.

Für Beihilfen über EUR 4 Millionen hat die EU-Kommission bereits die mit EUR 12 Mrd. ausgestattete deutsche Rahmenregelung zur Entschädigung von Unternehmen in der COVID-19-Pandemie („Novemberhilfe extra“) genehmigt.²⁹

IV. Fragestellung

Dieses Gutachten erörtert den möglichen Anspruch von Einzelhändlern auf Einbeziehung in das Programm der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe für die hoheitlich angeordnete Schließung des Einzelhandels ab dem 16.12.2020 wegen SARS-CoV-2 und die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs.

²⁹ State Aid Case SA.60045 November Assistance Extra under Article 107 (2)(b) TFEU, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/20214/291464_2237898_57_2.pdf.

B. Zusammenfassung

In der unterschiedlichen Ausgestaltung der Hilfsprogramme für die vom Lockdown betroffenen Unternehmen ist ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen, aus dem sich ein Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe herleiten lässt. Während vom sogenannten Lockdown light ab dem 02.11.2020 betroffene Unternehmen, insbesondere die Gastronomie, im Rahmen der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe bis zu 75 % der Umsätze des jeweiligen Vorjahresmonats als Unterstützung erhalten, sind Unternehmen, die im Rahmen des Lockdowns ab dem 16.12.2020 schließen mussten, wie insbesondere stationäre Einzelhändler, auf die Überbrückungshilfe III verwiesen, die lediglich auf die Erstattung der Fixkosten angelegt ist.

In zeitlicher Hinsicht besteht diese Ungleichbehandlung über einen Zeitraum von zwei Monaten, da vom Lockdown light betroffene Unternehmen November- und Dezemberhilfe beziehen können, während vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffene Unternehmen wie stationäre Einzelhändler ebenfalls länger als zwei Monate schließen müssen, aber keine auf den Umsatz bezogene Unterstützung erhalten sollen. Für den Zeitraum vom 16.12. bis zum 31.12.2020 besteht diese Ungleichbehandlung unmittelbar. Mit dem Folgezeitraum vom 01.01. bis zum 15.02.2021 sind stationäre Einzelhändler ebenfalls mindestens zwei Monate von Schließungsanordnungen betroffen, das Programm der November- und Dezemberhilfe ist für diesen Zeitraum aber nicht vorgesehen.

Für die prozessuale Durchsetzung ist zunächst ein Ablehnungsbescheid der Bewilligungsstelle des jeweiligen Landes auf einen entsprechenden Antrag des Einzelhändlers erforderlich. Je nach Land ist hiergegen zunächst ein Widerspruchsverfahren zu führen oder direkt Klage zu erheben. Statthaft ist hier die Verpflichtungsklage gegen die ablehnenden Bescheide und auf Gewährung von Corona-Hilfen im Umfang der November- und Dezemberhilfe. Das prozessuale Vorgehen richtet sich im Detail danach, ob ein Verwaltungsgericht unmittelbar einen Anspruch auf die Gewährung der November- bzw. Dezemberhilfe sieht oder ob es eine vorherige Änderung des Hilfsprogramms für erforderlich hält.

Im Einzelnen:

- In der Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- bzw. Dezemberhilfen für vom Lockdown light betroffene Unternehmen, u.a. der Gastronomie, im Unterschied zu Unternehmen des Einzelhandels, die ebenfalls von Betriebsschließungen betroffen sind, aber keine außerordentliche Wirtschaftshilfe erhalten, liegt unter dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen. In zeitlicher Hinsicht besteht die Un-

gleichbehandlung nicht nur für den Zeitraum 16.12 bis 31.12.2020, sondern über einen Zeitraum von insgesamt zwei Monaten.

- Diese Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen ist auch nicht gerechtfertigt. Zwar hat ein Zuwendungsgeber bei Subventionen zunächst einen größeren Gestaltungsspielraum. Vorliegend kommt aber ein strenger Maßstab zur Anwendung, weil die Betriebsschließungen schwerste Grundrechtseingriffe darstellen, die die Corona-Hilfen teilweise kompensieren sollen. Im Umfang der Überbrückungshilfe III sind die Corona-Hilfen aber nicht geeignet, einen großen Teil der stationären Einzelhändler vor den existenzvernichtenden Wirkungen der Betriebsschließungen zu bewahren.
- Es besteht bereits kein rechtserheblicher sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung. Insbesondere rechtfertigt die längere Betroffenheit vom Lockdown nicht eine höhere Entschädigung, sondern lediglich eine längere Bezugsdauer der Entschädigungen. Insoweit wurden die Grenzen des Gestaltungsspielraums und der Typisierungsbefugnis bei der Ausgestaltung des Hilfsprogramms überschritten.
- Die Rechtsfolge der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ist der Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe. Eine gleichheitswidrige Regelung kann ohne erneutes Tätigwerden des Regelungsgebers auf zu Unrecht ausgeschlossene Personengruppen erstreckt werden, wenn die Einbeziehung verfassungsrechtlich geboten ist, insbesondere wenn der Verfassungsverstoß nur durch die Einbeziehung ausgeräumt werden kann. Mit Blick auf den Vertrauensschutz erscheint eine Rückforderung bereits gleichheitswidrig gewährter November- bzw. Dezemberhilfe ausgeschlossen. Die außerordentliche Wirtschaftshilfe ist auch für den Zeitraum vom 01.01. bis 15.02.2021 zu gewähren, da auch Betriebe des stationären Einzelhandels über einen Gesamtzeitraum von mehr als zwei Monaten von staatlich verordneten Betriebsschließungen betroffen sind.
- Es bestehen keine Anspruchsausschlüsse in Hinblick auf verfügbare Haushaltsmittel oder auf unionsrechtliche Vorgaben im Beihilfenrecht.
- Auf den Ablehnungsbescheid der Bewilligungsstelle des jeweiligen Landes folgt die Geltendmachung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe im Wege der Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht, gegebenenfalls nach einem Widerspruchsverfahren, sofern dies im jeweiligen Land erforderlich ist. Die Verpflichtungsklage sollte mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO verbunden werden, um das Verfahren und eine mögliche Mittelgewährung zu beschleunigen.

- Gewisse prozessuale Unwägbarkeiten bestehen hinsichtlich der Frage, wie die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufzulösen ist. Die besseren Argumente streiten für die Einbeziehung der Einzelhändler in das Programm der außerordentlichen Wirtschaftshilfe. Selbst wenn aber ein Gericht insoweit einen Spielraum des Programmgebers sieht, das Förderprogramm noch anders auszugestalten, kann das Klageziel mit entsprechenden Hilfsanträgen erreicht werden. Des Weiteren sollte ein Antrag auf Beiladung der Bundesrepublik Deutschland und des jeweiligen Landes als die Programmgeber gestellt werden. Im prozessual ungünstigen Fall wäre anschließend gesondert gegen die Bundesrepublik Deutschland und das jeweilige Land als Programmgeber auf eine entsprechende Änderung des Förderprogramms vorzugehen.

C. Prüfung der Erfolgsaussichten

Die klageweise Geltendmachung der Ungleichbehandlung hat Aussicht auf Erfolg. Eine dahingehende Klage ist begründet. Denn die fehlende Einbeziehung des Einzelhandels in die Corona-Hilfsprogramme im Leistungsumfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe verstößt gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Es handelt sich um eine Ungleichbehandlung der Einzelhändler im Vergleich zu den Begünstigten der außerordentlichen Wirtschaftshilfen (dazu I.), die nicht gerechtfertigt ist (dazu II.). Als Rechtsfolge haben die von den Corona-bedingten behördlichen Berufsverboten betroffenen Einzelhändler einen Anspruch auf Gleichbehandlung, der im vorliegenden Kontext zu einem Anspruch der Einzelhändler auf Einbeziehung in die außerordentlichen Wirtschaftshilfen erstarkt (dazu III.). Eventuell bereits gewährte anderweitige Corona-Hilfen werden auf die den betroffenen Einzelhändlern zustehenden außerordentlichen Wirtschaftshilfen angerechnet.

I. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen

Unter Berücksichtigung des rechtlichen Maßstabs des Art. 3 Abs. 1 GG (dazu 1.) liegt in der Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- bzw. Dezemberhilfen für vom Lockdown Light betroffene Unternehmen u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes eine Ungleichbehandlung der Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels, die ebenfalls von hoheitlichen Betriebsschließungen betroffen sind, dafür aber nicht in den Genuss der außerordentlichen Wirtschaftshilfen kommen. Darin liegt eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen (dazu 2.). In zeitlicher Hinsicht ist zu erkennen, dass die Ungleichbehandlung nicht nur für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2021 besteht, sondern insgesamt über einen Zeitraum von zwei Monaten (dazu 3.).

1. Rechtlicher Maßstab

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) schützt davor, dass wesentlich gleiche Sachverhalte ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden bzw. wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG bindet der Gleichheitssatz alle Grundrechtsverpflichteten. Die Anforderungen des Gleichheitssatzes können sich gleichwohl leicht danach unterscheiden, ob der Gesetzgeber, der Ordnungsgeber oder die im Einzelfall handelnde Verwaltung tätig wird.

Das aus dem Gleichheitssatz folgende Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, gilt für ungleiche Belastungen

und ungleiche Begünstigungen.³⁰ Verboten ist daher auch ein **gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss**, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird.³¹

Es ist anerkannt, dass der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) grundsätzlich auch bei der Verteilung staatlicher Vergünstigungen und bei freiwilligen staatlichen Leistungen anwendbar ist, auf die kein Anspruch besteht.³² Deshalb findet der vorgenannte Maßstab auch Anwendung auf die Corona-Hilfen. Bei diesen handelt es sich um **Billigkeitsleistungen**.³³ Sie können ausgereicht werden, soweit dafür Ausgabemittel in den Haushaltsgesetzen von Bund bzw. Ländern vorgesehen sind (vgl. § 53 BHO). Die konkreten Bedingungen (u.a. Antragsberechtigung, Höhe) der Corona-Hilfen werden durch Verwaltungsvorschriften³⁴ und Verwaltungsvereinbarungen³⁵ geregelt. Die Auszahlung erfolgt auf Grundlage eines Bewilligungsbescheids. Auf Billigkeitsleistungen besteht *per definitonem* zwar kein Anspruch. Der Staat ist aber verpflichtet, Leistungen unter Beachtung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu gewähren.³⁶ Dabei wird der Zuwendungsgeber durch den Gleichheitssatz zum Gebot gleicher Begünstigung verpflichtet (s.o.).

Maßgeblich für die **Ermittlung einer Ungleichbehandlung des wesentlich Gleichen ist**, ob eine Person oder ein Unternehmen von einer bestimmten hoheitlichen Maßnahme rechtlich betroffen ist, eine andere Person oder ein anderes Unternehmen von der genannten Maßnahme rechtlich nicht betroffen ist **und** die beiden Personen bzw. Unternehmen einem gemeinsamen Bezugspunkt (*tertium comparationis*) unterfallen und damit als „wesentlich

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 17. April 2008 – 2 BvL 4/05 –, BVerfGE 121, 108-134, Rn. 42; BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 151; BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, BVerfGE 126, 400-433, Rn. 78; BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2006 – 2 BvL 2/99 –, BVerfGE 116, 164-202, Rn. 69; BVerfG, Beschluss vom 17. April 2008 – 2 BvL 4/05 –, BVerfGE 121, 108-134, Rn. 41; BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 151; BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, BVerfGE 126, 400-433, Rn. 78; BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

³² Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 210-224, Rn. 24, 26.

³³ FG Münster, Beschluss vom 22.10.2020 – 6 V 2806/20 AO; BFH, Beschluss vom 09.07.2020 – VII S 23/20; VG Würzburg, Urteil vom 16. November 2020 – W 8 K 20.901 –, BeckRS 2020, 33750, Rn. 16.

³⁴ Z.B. Runderlass „Richtlinien des Landes zur Gewährung von Überbrückungshilfe für kleine und mittelständische Unternehmen („Überbrückungshilfe NRW“).

³⁵ Z.B. Verwaltungsvereinbarung über Soforthilfen des Bundes für die Gewährung von Überbrückungshilfen als Billigkeitsleistungen für Corona-Soforthilfen insbesondere für kleine Unternehmen und Soloselbstständige.

³⁶ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 210-224, Rn. 24, 26.

gleich“ anzusehen sind. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Rechtsanwendung als auch der Rechtsetzung.³⁷

Der allgemeine Gleichheitssatz schützt dabei auch Wirtschaftsakteure, die als juristische Personen des Privatrechts organisiert sind (Art. 19 Abs. 3 GG).³⁸

2. **November- und Dezemberhilfe als Ungleichbehandlung von im Wesentlichen vergleichbaren Sachverhalten und Personengruppen**

Der Ausschluss der vom Lockdown seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels aus den Leistungen bzw. dem Leistungsumfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe beinhaltet eine Ungleichbehandlung (dazu a)) wesentlich gleiche Personengruppen und Sachverhalte (dazu b)).

a) Ungleichbehandlung

Durch die Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe für bestimmte Unternehmen und Betriebe unter Ausschluss der nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels werden Sachverhalte und Personengruppen ungleich behandelt.

Denn die bereits im Rahmen des Lockdown Light von Betriebsschließungen betroffenen Unternehmen und Betrieben u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes erhalten mit der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe eine teilweise Entschädigung für die Corona-bedingte staatliche Betriebsschließungen, die wirtschaftlich erheblich über die Leistungen der Überbrückungshilfe II und III hinausgehen, die die vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels erhalten:

- Mit der **November- und der Dezemberhilfe** werden den planmäßig antragsberechtigten Unternehmen und Betrieben Zuschüsse von bis zu 75 % des Umsatzes aus November bzw. Dezember 2019 anteilig für die Anzahl an Tagen der Schließung im November bzw. Dezember 2020 gewährt. Verbundunternehmen und „Mischbetriebe“ erhalten die volle Hilfe von bis zu 75 % des Umsatzes, auch

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 04. April 2001 – 2 BvL 7/98 –, BVerfGE 103, 310-332, Rn. 39, juris; BVerfG, Beschluss vom 16. März 2005 – 2 BvL 7/00 –, BVerfGE 112, 268-284, Rn. 66, juris; BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2006 – 2 BvL 2/99 –, BVerfGE 116, 164-202, Rn. 69, juris.

³⁸ Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 03. Juli 1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, 348-363, Rn. 25, juris.

wenn sie nur zu 80 % betroffen sind. Erzielt ein Unternehmen trotz grundsätzlicher Schließung im November bzw. Dezember Umsätze, so werden diese bis zu einer Höhe von 25 % des Vergleichsumsatzes nicht angerechnet.³⁹ Um eine Überförderung von mehr als 100 % des Vergleichsumsatzes zu vermeiden, erfolgt bei darüberhinausgehenden Umsätzen eine entsprechende Anrechnung. Für Restaurants gilt eine Sonderregelung, wenn sie Speisen im Außerhausverkauf anbieten. Hier wird die Umsatzerstattung auf bis zu 75 % der Umsätze im Vergleichszeitraum 2019 auf diejenigen Umsätze begrenzt, die dem vollen Mehrwertsteuersatz unterliegen, also die im Restaurant verzehrten Speisen. Damit werden die Umsätze des Außerhausverkaufs – für die der reduzierte Mehrwertsteuersatz gilt – herausgerechnet. Im Gegenzug werden diese Umsätze des Außerhausverkaufs während der Schließungen von der Umsatzanrechnung ausgenommen, um eine Ausweitung dieses Geschäfts zu begünstigen.⁴⁰

- Demgegenüber erstattet die **Überbrückungshilfe** anteilig nur Fixkosten. Die Überbrückungshilfe III erstattet einen Anteil in Höhe von bis zu 90 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von mehr als 70 %, bis zu 60 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von 50 % bis 70 % und bis zu 40 % der förderfähigen Fixkosten bei einem Umsatzeinbruch von 30 % bis unter 50 % im jeweiligen Fördermonat im Vergleich zum entsprechenden Monat des Jahres 2019. Die Berechnung wird dabei jeweils für jeden Monat einzeln vorgenommen. Liegt der Umsatzeinbruch in einem Fördermonat bei weniger als 30 % gegenüber dem Vergleichsmonat, entfällt die Überbrückungshilfe III für den jeweiligen Fördermonat.
- Durch die unterschiedlichen wirtschaftlichen Bezugspunkte der Förderung – vereinfacht gesagt 75 % des Vorjahresmonatsumsatzes bei der November- und Dezemberhilfe gegenüber bis zu 90 % der Fixkosten – entsteht eine sehr ungleiche Begünstigung bzw.

³⁹ Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zu Novemberhilfe, Dezemberhilfe, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-11-05-faq-ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>.

⁴⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Fragen und Antworten zu den November- und Dezemberhilfen, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/Novemberhilfen/faq-novemberhilfen.html>.

Entschädigung der von den Betriebsschließungen des Lockdown Light sowie des Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betrieben. 75 % Umsatz des Vorjahresmonats sind bei wirtschaftlich gesunden Unternehmen und Betrieben – je nach Branche – in aller Regel deutlich mehr als 90 % der laufenden Fixkosten. Hinzu kommt: Während die für November- und Dezemberhilfe antragsberechtigten Unternehmen und Betriebe sich bis zu 25 % ihres Vergleichsumsatzes nicht müssen anrechnen lassen, werden bei den für die Überbrückungshilfe III antragsberechtigten Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels die trotz Schließung erwirtschafteten Umsätze bei der Förderbemessung voll in Abzug gebracht. Auch hierin liegt eine Ungleichbehandlung.

b) Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen

Die unterschiedlich behandelten Personengruppen und Sachverhalte sind auch wesentlich gleich.

Von der Schließung im Rahmen des Lockdown Light betroffen waren Unternehmen und Betriebe der Gastronomie, Institutionen und Einrichtungen der Freizeitgestaltung wie Theater, Kinos, Konzerthäuser oder Messen, Freizeit- und Amateursportbetriebe, Schwimmbäder, Saunen und Fitnessstudios und Dienstleistungsbetriebe im Bereich der Körperpflege, mit Ausnahme von Friseuren. Zudem wurden die Beherbergung zu touristischen Zwecken und Veranstaltungen zu Unterhaltungszwecken untersagt. Diese sind gegenüber den vom Lockdown seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels sowie den betroffenen Dienstleistungsbetrieben wie Friseurgeschäften wesentlich gleich. Die wesentliche Gleichheit folgt aus der wesentlich gleichen Relevanz der betroffenen Unternehmen und Betriebe für die Versorgung der Bevölkerung (dazu aa)), aus der wesentlich gleichen Betroffenheit durch die Betriebsschließungen (dazu bb)) sowie aus den wesentlich gleichen wirtschaftlichen Wirkungen der Betriebsschließungen auf die betroffenen Unternehmen der beiden Personengruppen (dazu cc)). Graduelle Unterschiede zwischen den Personengruppen und Sachverhalten sind nicht geeignet, die wesentliche Vergleichbarkeit infrage zu stellen (dazu dd)).

- aa) Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen angesichts gleichen Relevanz für die Versorgung der Bevölkerung

Im Kontext der Corona-bedingten Betriebsschließungen existieren Ungleichbehandlungen, die durch gewichtige sachliche Gründe gerechtfertigt sind. So gibt es mit Blick auf privilegierte Einzelhandelsgeschäfte wie etwa Lebensmittelgeschäfte und Apotheken oder mit Blick auf privilegierte Dienstleistungsbetriebe zur Erbringung medizinisch notwendiger Behandlungen hinreichende Differenzkriterien, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können: die Versorgung der Bevölkerung mit unbedingt lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen.⁴¹

Demgegenüber lassen sich die vom Lockdown Light betroffenen, für die November- und Dezemberhilfe planmäßig antragsberechtigten Unternehmen und Betriebe dem gleichen Bezugspunkt (*tertium comparationis*) zuordnen wie nicht-privilegierte Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels, die seit dem 16.12.2020 geschlossen sein müssen. **Es handelt sich bei allen um Geschäfte und Dienstleistungsanbieter, die für die Erbringung ihrer Leistungen typischerweise auf Publikumsverkehr angewiesen sind und deren Waren oder Dienstleistungen nicht für die Versorgung des täglichen Bedarfs zwingend erforderlich sind.**

Auch das Niedersächsische OVG hat jüngst die wesentliche Gleichheit der bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe mit den nicht-privilegierten Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels seiner Entscheidung zugrunde gelegt. So hat es nicht beanstandet, dass in den Bereichen Freizeit, Sport, Unterhaltung und körpernaher Dienstleistungen sowie in grundsätzlich allen Verkaufsstellen des Einzelhandels (die beiden vorliegend maßgeblichen Sachverhalte und Personengruppen) umfassende Betriebsverbote und -beschränkungen gelten, während Verkaufsstellen für die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und mit Gütern oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs von diesen Betriebsverboten und Beschränkungen ausgenommen sind.⁴²

⁴¹ Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12. Februar 2021 – 3 MR 6/21 –, Rn. 37, juris; Saarl. OVG, Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 B 33/21 –, Rn. 16, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.02.2020 – 11 S 14/21 –, Pressemitteilung, juris; OVG Bremen, Beschluss vom 19. Februar 2021 – 1 B 53/21 –, vor III.

⁴² Nds. OVG, Beschluss vom 15. Februar 2021 – 13 MN 44/21 –, Rn. 49 ff., juris.

Eine solche Vergleichsgruppenbildung findet auch Entsprechungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: In Bezug auf Rauchverbotsregelungen für Gaststätten, die für reine Schankwirtschaften Ausnahmen durch Schaffung von Raucherräumen ermöglichten, aber für Speisewirtschaften nicht, hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass die maßgebliche Vergleichsgruppe nicht in Schankwirtschaften einerseits und Speisewirtschaften andererseits besteht, sondern eine einheitliche Vergleichsgruppe von Gaststätten bzw. Gastronomiebetrieben.⁴³ Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer anderen Rauchverbotsregelung ordnete das Bundesverfassungsgericht sogar Gaststätten und Diskotheken der gleichen Vergleichsgruppe zu und verwarf deren Ungleichbehandlung als gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss.⁴⁴ Vorliegend ist maßgebliche Vergleichsgruppe die einheitliche Vergleichsgruppe von Unternehmen und Betrieben, deren persönliche Zurverfügungstellung von Gütern und Dienstleistungen mit Blick auf die tägliche Versorgung der Bevölkerung vorübergehend – wenngleich unter Opfern – verzichtbar ist.

bb) Wesentliche Gleichheit in Bezug auf die Betroffenheit durch staatliche Maßnahmen

Beide hier maßgeblichen Personengruppen und Sachverhalte sind wesentlich gleich in Bezug auf die Betroffenheit durch staatliche Maßnahmen: Sowohl die seit dem Lockdown Light von Betriebsschließungen betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes als auch die nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels **müssen für den für ihr Geschäft unerlässlichen Publikumsverkehr geschlossen bleiben**. Den meisten Unternehmen und Betrieben aus beiden Personengruppen stehen dabei in eng begrenztem Umfang Möglichkeiten offen, ihre grundrechtlich geschützte Tätigkeit unter Ausschluss des gewöhnlichen Publikumsverkehrs auch während des Lockdown zu betreiben: So können auf der einen Seite etwa Gastronomiebetriebe Speisen und Getränke zum Abholen bereiten und Betriebe des Gastgewerbes weiterhin Geschäftsreisende beherbergen, während auf der anderen Seite Einzelhändler in strukturell vergleichbarer Weise ihre Waren online bzw. per Click-and-Collect anbieten können. Ausnahmen gelten allenfalls für bestimmte Dienstleister, die – wie etwa Konzertveranstalter oder Fitnessstudios – ihre Dienstleistungen zwar

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 24.01.2012 – 1 BvL 21/11 –, BVerfGE 130, 131-151, Rn. 38.

⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 –, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 153.

teilweise auch online anbieten können, dafür aber allenfalls stark eingeschränkte finanzielle Gegenleistungen erhalten.

- cc) Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte in Bezug auf wirtschaftliche Wirkungen der Lockdown-Maßnahmen auf die Personengruppen

Sowohl die bereits zum Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes als auch die seit dem 16.12.2020 geschlossenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels sind von den staatlich angeordneten Lockdown-Maßnahmen wirtschaftlich im Wesentlichen gleich betroffen. Sie alle haben weitestgehend vollständige Umsatzausfälle, die durch die beschränkten Möglichkeiten der Anbietung ihrer Waren und Dienstleistungen allenfalls marginal abgefangen werden. Unternehmen und Betriebe beider Personengruppen sind durch die Lockdown-Maßnahmen so stark betroffen, dass in beiden Personengruppen angesichts des mehrere Monate andauernden faktischen Berufsverbots viele Betriebe und Unternehmen um den Fortbestand ihrer wirtschaftlichen Existenz kämpfen müssen.

- dd) Wesentliche Vergleichbarkeit durch graduelle Unterschiede zwischen Personengruppen und Sachverhalten nicht in Frage gestellt

Auch die wirtschaftlichen Unterschiede, die zwischen beiden Personengruppen bestehen, reichen nicht aus, um die wesentliche Gleichheit zu beseitigen: So ist zwar anzuerkennen, dass die bereits seit dem Lockdown Light von Schließungen betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes sechs Wochen länger schließen mussten als die vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen insbesondere des Einzelhandels. Allerdings konnten die Unternehmen und Betriebe der erstgenannten Gruppe im Laufe der Sommermonate überwiegend ihre grundrechtlich geschützte Tätigkeit ausüben und in dieser Zeit auch ihre wirtschaftlich stärkste Jahreszeit realisieren. Demgegenüber trifft der Lockdown ab dem 16.12.2020 die Einzelhändler gerade in ihrer saisonal wirtschaftlich stärksten Phase – die überwiegende Anzahl der stationären Einzelhändler macht gut ein Drittel seines Jahresumsatzes im Weihnachtsgeschäft sowie im Nachweihnachtsgeschäft. Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen wird durch diese graduellen Unterschiede nicht ausgeschlossen.

Wie oben beschrieben, unterscheiden sich die beiden Personengruppen zwar hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Betriebsschließungen: Die bereits seit dem Lockdown Light von Betriebsschließungen betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. des Gastgewerbes und der Gastronomie sind sechs Wochen länger von extrem einschneidenden staatlichen Beschränkungen betroffen als die Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels, die seit dem 16.12.2020 im Lockdown sind. Dieser Unterschied führt jedoch nicht dazu, dass die wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen beseitigt wird. Zum einen berechtigt eine längere Betroffenheit allenfalls zu einer längeren Bezugsdauer staatlicher Corona-Hilfen, nicht jedoch zu einer qualifizierten Besserstellung. Zum anderen wird die mit Blick auf die Dauer der Betriebsschließungen längere Betroffenheit der bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen – zumindest für einzelne Branchen – dadurch ausgeglichen, dass den Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels weniger Ausweichmöglichkeiten zur Seite stehen: So stehen Unternehmen und Betrieben des stationären Einzelhandels als Ausnahmen von den Betriebsschließungen zwar der Online-Verkauf oder das sog. Click-and-Collect zur Verfügung. Viele gerade kleine Unternehmen und Betriebe des stationären Einzelhandels verfügen aber schon nicht über die Mittel und Infrastruktur, um Online-Handel oder Click-and-Collect umzusetzen. In den übrigen Fällen blieben die erzielten Umsätze marginal. Demgegenüber können Gastronomiebetriebe überwiegend auch Speisen außer Haus verkaufen, und dem Gastgewerbe wurde nur die Beherbergung zu touristischen Zwecken untersagt, nicht jedoch zu beruflichen Zwecken. Beim Einzelhandel dürfte zudem die wirtschaftliche Betroffenheit durch die Betriebsschließungen ab dem 16.12.2020 insofern stärker ausgeprägt sein als die wirtschaftlichen Wirkungen des Lockdown Light, als der stationäre Einzelhandel in den Dezemberwochen über ein Drittel seines Jahresumsatzes macht.

3. Zeitliche Anknüpfungspunkte und Dauer der Ungleichbehandlung

Dabei besteht eine Ungleichbehandlung nicht nur für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2021 (dazu a), sondern insgesamt über einen Zeitraum von zwei Monaten (dazu b.).

a) Zeitlich kongruente Ungleichbehandlung vom 16.12. bis 31.12.2020

Für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2020 besteht eine zeitlich kongruente Ungleichbehandlung: Für diesen Zeitraum können die bereits im Rahmen des Lockdown Light von Betriebsschließungen betroffenen Un-

ternehmen und Betrieben u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes die Dezemberhilfe erhalten. Demgegenüber können die nicht privilegierten Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels für den gleichen Zeitraum lediglich die wirtschaftlich weniger weit reichende Überbrückungshilfe III erhalten. In dem gleichen Zeitraum sind aber sowohl die erstgenannte Gruppe als auch die nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels gleichermaßen von den staatlichen Anordnungen der Betriebsschließung betroffen (s.o.). Für diesen Zeitraum ist die zeitgleiche Ungleichbehandlung der beiden genannten Gruppen unverkennbar.

b) Ungleichbehandlung in Bezug auf die zweimonatige Gesamtbezugsdauer der November- und Dezemberhilfe

Auch über den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2020 hinaus besteht eine Ungleichbehandlung, die nach rechtlicher Berücksichtigung verlangt: Die Unternehmen und Betriebe, die nach den Regelungen von Bund und Ländern planmäßig für die November- und Dezemberhilfe antragsberechtigt sind – also die bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes –, erhalten die außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe für einen Zeitraum von insgesamt zwei Monaten (01.11. bis 31.12.2020), soweit sie in diesem Zeitraum schließen mussten. Nach Ablauf dieser Zeit erhalten diese bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe jedoch nicht etwa eine Januarhilfe im wirtschaftlichen Umfang der November- und Dezemberhilfe, sondern sind – wie alle übrigen von Corona-Maßnahmen betroffenen Unternehmen und Betriebe – für die Überbrückungshilfe III antragsberechtigt.

Die vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe kommen somit für den Zeitraum von zwei vollen Monaten in den Genuss der außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- bzw. Dezemberhilfe. Hierin kommt zum Ausdruck, dass Bund und Länder es offenbar für geboten erachten, die von einem Lockdown betroffenen Unternehmen und Betriebe im Gegenzug für das ihnen auferlegte vorübergehende Berufsverbot für den Zeitraum von zwei Monaten im Umfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfen zu entschädigen.

Legt man diesen Maßstab zugrunde, so liegt eine weitere Ungleichbehandlung vor, soweit die vom Lockdown seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels nur für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2020 in den Genuss der außerordentlichen Wirt-

schaftshilfe der Dezemberhilfe kämen. Denn im Unterschied zu den bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betrieben u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes hätten sie dann die staatlich angelegte Entschädigung im wirtschaftlichen Umfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe nur für zwei Wochen erhalten, nicht jedoch für zwei Monate.

II. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die dargestellte Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen ist ausgehend vom rechtlichen Maßstab (dazu 1.) auch nicht gerechtfertigt (dazu 2.).

1. Rechtlicher Maßstab

Werden wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich oder wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt, sind sie unzulässig, soweit sie nicht gerechtfertigt sind. Dabei sind der Grund der Differenzierung und die Intensität der Ungleichbehandlung maßgeblich. Denn der Gleichheitssatz ist 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.⁴⁵ Dies gilt gerade auch für die Frage nach der Rechtfertigung von gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlüssen. Auch hier verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Normgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁴⁶

Das Bundesverfassungsgericht verwendet dabei für die Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen in seiner neueren Rechtsprechung einen stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab.⁴⁷ Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen der zulässigen Ungleichbehandlung bzw. der Rechtferti-

⁴⁵ Statt vieler 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.

⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2006 – 2 BvL 2/99 –, BVerfGE 116, 164-202, Rn. 69; BVerfG, Beschluss vom 17. April 2008 – 2 BvL 4/05 –, BVerfGE 121, 108-134, Rn. 42; BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, BVerfGE 126, 400-433, Rn. 79; BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

⁴⁷ Statt vieler BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

gung der Ungleichbehandlung. Diese reichen vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.⁴⁸ Einerseits werden Ungleichbehandlungen – gerade in der älteren Rechtsprechung – bereits dann als gerechtfertigt angesehen, wenn sich nur irgendein sachlicher Grund zugunsten der Ungleichbehandlung anführen lässt, die Ungleichbehandlung also nicht willkürlich ist (sog. „Willkürformel“ bzw. Willkürverbot). Andererseits werden Ungleichbehandlungen nur dann als gerechtfertigt angesehen, wenn sie den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen.

Welche Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für staatliche Ungleichbehandlungen angelegt werden, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten nachteilig auf Grundrechte auswirken kann.⁴⁹ Je stärker sich die Ungleichbehandlung 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.⁵⁰

In der Folge sind allenfalls Ungleichbehandlungen geringer Intensität schon dann gerechtfertigt, wenn sie der Willkürformel entsprechen (sog. „Willkürformel“).⁵¹ Regelmäßig, insbesondere bei Ungleichbehandlungen größerer Intensität, unterliegt die öffentliche Gewalt strengeren Bindungen. Ungleichbehandlungen sind dann nur gerechtfertigt, wenn zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, und die Ungleichbehandlung verhältnismäßig ist, also einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁵² Dies gilt nach der jün-

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1993 – 1 BvL 38/92 –, BVerfGE 88, 87-103, Rn. 34; BVerfG, Beschluss vom 04. Dezember 2002 – 2 BvR 400/98 –, BStBl II 2003, 534, BVerfGE 107, 27-58, Rn. 50; BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2005 – 2 BvR 167/02 –, BVerfGE 112, 164-185, Rn. 32.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2005 – 2 BvR 167/02 –, BVerfGE 112, 164-185, Rn. 32; BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 2002 – 1 BvL 16/95 –, BVerfGE 106, 166-181, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 04. Dezember 2002 – 2 BvR 400/98 –, BStBl II 2003, 534, BVerfGE 107, 27-58, Rn. 50; BVerfG, Urteil vom 06. März 2002 – 2 BvL 17/99 –, BStBl II 2002, 618, BVerfGE 105, 73-135, Rn. 157.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Vgl. statt vieler BVerfG, Beschluss vom 01. Juni 1989 – 2 BvR 239/88 –, BVerfGE 80, 109-124, Rn. 27.

⁵² Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995 – 1 BvL 20/87 –, BVerfGE 91, 389-405, Rn. 43; Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

geren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch für einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss.⁵³

Dabei wird bei der Leistungsverwaltung und speziell bei Subventionen dem Zuwendungsgeber zwar grundsätzlich ein größerer Gestaltungsspielraum zubilligt als im Bereich der Eingriffsverwaltung.⁵⁴ Dieser verfassungsrechtliche Maßstab trägt der Tatsache Rechnung, dass die Erbringung der Billigkeitsleistung im freien Ermessen des Zuwendungsgebers liegt, der Staat als Ergebnis freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist.⁵⁵ Dieser größere Gestaltungsspielraum kann sich jedoch aufgrund anderer Rahmenbedingungen, der Grundrechtsbetroffenheit (s.o.) sowie des jeweiligen Regelungsbereichs wiederum erheblich verengen. Strengere verfassungsrechtliche Maßstäbe sind auch geboten, wenn der Staat Leistungen nicht aus (nur) freier Entscheidung, sondern in einer dringenden sozialen Notlage gewährt oder wenn der Staat damit eine Verpflichtung der Gemeinschaft erfüllt.⁵⁶ Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Bindung.⁵⁷

Es ist bei alledem anerkannt, dass der Staat 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.⁵⁸ Allerdings setzt eine zulässige Typisierung 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.⁵⁹

⁵³ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121, Hervorhebung nur hier.

⁵⁴ Statt vieler BVerfG, Urteil vom 21. Februar 1961 – 1 BvL 29/57 –, BVerfGE 12, 151-177, Rn. 55; BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 210-224, Rn. 24.

⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 210-224, Rn. 24.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 –, BVerfGE 17, 210-224, Rn. 24.

⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 20. April 2004 – 1 BvR 905/00 –, BVerfGE 110, 274-304, Rn. 56.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 08.02.1983 – 1 BvL 28/79 –, BVerfGE 63, 119-131, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 08.10.1991 – 1 BvL 50/86 –, BVerfGE 84, 348-365, Rn. 40; BVerfG, Urteil vom 17.11.1992 – 1 BvL 8/87 –, BVerfGE 87, 234-269, Rn. 68; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 06.09.2010 – 1 BvR 739/08 –, Rn. 14, juris.

⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 08.02.1983 – 1 BvL 28/79 –, BVerfGE 63, 119-131, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 08.10.1991 – 1 BvL 50/86 –, BVerfGE 84, 348-365, Rn. 40; BVerfG, Urteil vom 17.11.1992 – 1 BvL 8/87 –, BVerfGE 87, 234-269, Rn. 68; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 06.09.2010 – 1 BvR 739/08 –, Rn. 14, juris.

Die genauen Maßstäbe und Kriterien für die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen.⁶⁰

2. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Ausgehend vom vorliegend anwendbaren Maßstab (dazu a)) sind keine sachlichen Gründe von solcher Art und solchem Gewicht ersichtlich, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten (dazu b)).

a) Vorliegend anwendbarer Maßstab

Vorliegend ist ein besonders strenger Maßstab für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zugrunde zu legen. Dies folgt daraus, dass sich die Ungleichbehandlung sehr nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. Denn zum einen stellen die Betriebsschließungen schwerste Grundrechtseingriffe dar (dazu aa)). Zum anderen sollen die Corona-Hilfen diese schwersten Grundrechtseingriffe teilweise kompensieren, sind aber jedenfalls im Umfang der Überbrückungshilfe III nicht geeignet, einen großen Teil der stationären Einzelhändler vor den existenzvernichtenden Wirkungen der Betriebsschließungen zu bewahren (dazu bb)).

aa) Strenger Maßstab wegen schwerster Grundrechtseingriffe

Wie oben dargelegt, kommt es für die Bestimmung der Anforderungen an die Rechtfertigung staatlicher Ungleichbehandlungen wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten nachteilig auf Grundrechte auswirken kann.⁶¹ Je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirkt, desto höher sind die Anforderungen an

⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2005 – 2 BvR 167/02 –, BVerfGE 112, 164-185, Rn. 32; BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12 –, BStBl II 2015, 50, BVerfGE 138, 136-255, Rn. 121.

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2005 – 2 BvR 167/02 –, BVerfGE 112, 164-185, Rn. 32; BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 2002 – 1 BvL 16/95 –, BVerfGE 106, 166-181, Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 04. Dezember 2002 – 2 BvR 400/98 –, BStBl II 2003, 534, BVerfGE 107, 27-58, Rn. 50; BVerfG, Urteil vom 06. März 2002 – 2 BvL 17/99 –, BStBl II 2002, 618, BVerfGE 105, 73-135, Rn. 157.

die Rechtfertigung und desto engere Grenzen sind dem Gestaltungsspielraum des Normgebers gesetzt.⁶²

Gemessen hieran ist für die Rechtfertigung des Begünstigungsausschlusses vorliegend bereits deshalb ein strenger Maßstab anzulegen, weil sich die Ungleichbehandlung zulasten der nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels vorliegend in erheblichem Maße nachteilig auf die Ausübung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten auswirkt. Dies beruht darauf, dass die staatlichen Betriebsschließungen, deren Wirkungen durch die Corona-Hilfen abgefedert und teilweise entschädigt werden sollen, äußerst schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen und Betriebe (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie in ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) darstellt.⁶³ Es handelt sich dabei um ein vorübergehendes Betriebsverbot in Form einer objektiven Zulassungsschranke und damit um die schwerste Form eines Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG.⁶⁴

Dabei können die Betriebsschließungen als sachlich äußerst schwere Grundrechtseingriffe nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen mit in den Blick nehmen, dass die durch die Corona-Verordnungen der Länder angeordneten Schließungen der nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels seit dem 16.12.2020 ununterbrochen besteht. Die Eingriffe sind nicht nur mit Blick auf die unmittelbaren Folgen – das Verbot der grundrechtlich geschützten Ausübung des Berufs sowie die Verhinderung der Erwirtschaftung von Einnahmen – besonders weitgehend. Gerade auch angesichts der Dauer hat die Betriebsschließung existenzgefährdende Wirkung. Es handelt es sich um äußerst schwere Grundrechtseingriffe, deren Wirkung sich mit jedem weiteren Tag vertieft.⁶⁵ Die Corona-bedingten Betriebsschließungen

⁶² 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ Vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 13 MN 52/21 –, Rn. 62, juris; grundlegend BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377-444, Rn. 74 ff.

⁶⁵ Statt vieler Nds. OVG, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 13 MN 52/21 –, Rn. 62, juris; VG München, Beschluss vom 20. März 2020 – M 26 E 20.1209 – Rn. 42, 49; VG Aachen, Beschluss vom 23. März 2020 – 7 L 233/20 –, Rn. 26, juris.

stellen auch mit Blick darauf schwerste Grundrechtseingriffe dar, dass sie für viele Einzelhandelsunternehmen existenzbedrohend und ohne hinreichende finanzielle Kompensation existenzvernichtend sind.

Es ist kaum von der Hand zu weisen, dass die Corona-bedingten Schließungsanordnungen für die nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels nach Maßgabe der Corona-Verordnungen der Länder den Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) der hinter dem Gesundheits- und Lebensschutz zurücktretenden Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) antasten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstoßen auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe nicht gegen die Wesensgehaltsgarantie, solange gewichtige Schutzinteressen Dritter den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.⁶⁶ Allerdings kann der Wesensgehalt eines Grundrechts, etwa des Art. 12 oder Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG betroffen sein, wenn jeglicher Störungsabwehranspruch, den die Rechtsordnung zum Schutze eines Grundrechts einräumt, materiell-rechtlich beseitigt oder wenn verfahrensrechtlich verwehrt wird, ihn wirkungsvoll geltend zu machen.⁶⁷ Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass dies der vorliegenden Konstellation mehrere Monate lang anhaltender Betriebsschließungen sehr nahe kommt.

Selbst wenn der Wesensgehalt der betroffenen Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG hier noch nicht angetastet sein sollte, so kann vor diesem Hintergrund kein Zweifel daran bestehen, dass es sich um schwerste Eingriffe in elementare Grundrechte handelt.

- bb) Strenger Maßstab wegen der Zielsetzung und Wirkungen der Corona-Hilfsleistungen als teilweise Kompensation der Grundrechtseingriffe für existenzgefährdende Wirkungen der Betriebsschließungen

Strengere Maßstäbe an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung müssen vorliegend zudem deshalb gelten, weil die Leistung staatlicher Corona-Hilfen als teilweise Kompensation für staatliche Grundrechtseingriffe fungiert. Denn in diesen Fällen wirkt die staatliche Leistung als Maßnahme, durch die die Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs

⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 05. Februar 2004 – 2 BvR 2029/01 –, BVerfGE 109, 133-190, Rn. 92.

⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 08. Juli 1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82-118, Rn. 86.

aufrechterhalten wird, bei deren Wegfall also der Eingriff tiefer und ggf. sogar ungerechtfertigt wäre. Es handelt sich dann gerade nicht mehr um Leistungen, die im weitgehend freien Ermessen des Staates stehen. Deshalb sind in solchen Konstellationen – wie der vorliegenden Konstellation – strenge Maßstäbe an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen anzulegen.

Es ist anzuerkennen, dass die Verhältnismäßigkeit lang anhaltender und existenzbedrohender Schließungsanordnungen nicht abschließend geklärt ist und ggf. nur bei Gewährung hinreichender Entschädigungen aufrechterhalten werden kann.⁶⁸ Dies gilt insbesondere, wenn wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen allein infolge der Schließungsanordnungen die Insolvenz droht. Gemessen hieran drängt sich im vorliegenden Zusammenhang ein strenger Maßstab der Gleichheitsprüfung auf, weil die Corona-Hilfsleistungen zur teilweisen Kompensation von Eingriffen in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) der vom Lock-down betroffenen Unternehmen gewährt werden.

Die besondere Schwere des Eingriffs kommt auch darin zum Ausdruck, dass den von den Betriebsschließungen betroffenen Personen und Unternehmen nur staatliche Unterstützungsleistungen angeboten werden, die eine wirksame Existenzsicherung nicht gewährleisten und die selbst bei Einschaltung fachlichen Sachverständigen allenfalls unter hohen Unsicherheiten und mit erheblicher Verzögerung ausbezahlt werden.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die bislang den von den Betriebsschließungen betroffenen Einzelhandelsunternehmen angebotenen staatlichen Unterstützungsleistungen nicht als adäquate Kompensation der äußerst tiefgreifenden Grundrechtseingriffe angesehen werden können. Einzelhandelsunternehmen sind nach den gegenwärtigen Unterstützungsleistungen von Bund und Ländern lediglich zum Bezug von Überbrückungshilfe III berechtigt. Diese beschränkt die Unterstützungsleistungen zur Zahlung von Fixkosten. Viele kleine und mittlere Einzelhandelsgeschäfte können auch mit den staatlichen Unterstützungsleistungen der Überbrückungshilfe III nur überleben, wenn sie auf Rücklagen zurückgreifen können. Verfügen sie über keine Rücklagen und bekommen sie kein Darlehen, müssen es schließen. Die weitgehend entschädigungslosen Betriebsschließungen bedrohen gerade kleine und

⁶⁸ Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, S. 666 ff.

mittlere Unternehmen und Betriebe des stationären Einzelhandels – aber nicht nur diese – mit dem wirtschaftlichen Ruin. Nach aktuellen Schätzungen stehen 50.000 Einzelhändler vor der Insolvenz. Die streitgegenständlichen Grundrechtseingriffe führen damit zu einer Existenznot der Einzelhändler, die von diesen nicht verschuldet ist, derer sie sich mithilfe der staatlichen Unterstützungsleistungen aber auch nicht erwehren können. Markant hat zuletzt das Niedersächsische OVG diese Zweifel formuliert:

*„Die Betriebsverbote und -beschränkungen greifen **tief**, während der seit März 2020 bestehenden Corona-Pandemie wiederholt und nun bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum in die Berufsausübungsfreiheit der Betriebsinhaber ein und **machen ihnen die Berufsausübung nahezu unmöglich**, erschweren sie aber jedenfalls ganz erheblich und dies nach einer Phase, in der sie erhebliche Arbeitskraft und finanzielle Mittel in die Umsetzung von infektionsschutzrechtlichen Hygienekonzepten investiert haben. Das Gewicht dieses „**Sonderopfers**“ wird zwar dadurch gemildert, dass ihnen staatlicherseits Kompensationen für die zu erwartenden Umsatzausfälle in durchaus erheblichem Umfang in Aussicht gestellt worden sind [...]. **Die Wirkung dieser Kompensationen ist**, etwa wegen den von der Antragstellerin geschilderten [...] und auch allgemein bekannten Schwierigkeiten bei dem tatsächlichen Erhalt, aber **begrenzt und nicht geeignet, die Eingriffswirkung vollständig zu beseitigen oder auf ein dauerhaft hinzunehmendes Maß zu reduzieren**. Hinzu kommt mit zunehmender Dauer der streitgegenständlichen Betriebsverbote und -beschränkungen eine **Verfestigung** des zwangsläufig geänderten Konsum- und Nutzungsverhaltens der Kunden, **das auch bei Aufhebung der Betriebsverbote und -beschränkungen zu fortdauernden Beeinträchtigungen der betroffenen Betriebe führen wird.**“⁶⁹*

Gemessen an der existenzbedrohenden Wirkung sowie der unzureichenden effektiven Kompensation der äußerst schweren Grundrechtseingriffe ist für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vorliegend ein äußerst strenger Maßstab zugrunde zu legen.

⁶⁹ Nds. OVG, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 13 MN 52/21 –, Rn. 62, juris (Hervorhebung nur hier).

- b) Kein sachlicher Grund für Ungleichbehandlung
- aa) Kein rechtserheblicher sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorgetragen

Berücksichtigt man die verfügbaren Informationen, so haben Bund und Länder sowie die für die November- und Dezemberhilfe zuständigen Bewilligungsstellen keinerlei sachliche Gründe dafür vorgetragen, dass die vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe nicht auch von der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe profitieren sollen.

- bb) Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen für längere Betroffenheit, sondern allenfalls für längere Bezugsdauer der Entschädigungen

Allein die Tatsache, dass die bereits vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbe noch einmal sechs Wochen länger von Betriebsschließungen betroffen sind als die nicht-privilegierten Einzelhandelsbetriebe, kann die Ungleichbehandlung sachlich nicht rechtfertigen. Die länger anhaltende Belastung für die erstgenannte Personengruppe berechtigt sie allenfalls zu einer längeren Bezugsdauer staatlicher Corona-Hilfen. Für die – nach der streitgegenständlichen Ungleichbehandlung reale – Zahlung staatlicher Corona-Hilfen in höherem finanziellem Umfang besteht kein sachlicher Grund von solcher Art und solchem Gewicht, dass er die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Eine Ungleichbehandlung wäre allenfalls dahingehend gerechtfertigt, den vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betrieben die außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe für einen längeren Zeitraum zu leisten als den vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betrieben.

- cc) Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen für die frühere Betroffenheit der vom Lockdown Light erfassten Unternehmen und Betriebe

Ebenfalls keine rechtserhebliche sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung lässt sich daraus herleiten, dass die vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe als erste Personengruppe und damit schlicht früher betroffen waren als alle anderen Unternehmen und Betriebe, die erst im Rahmen des Lockdown ab dem 16.12.2020 schließen mussten. Diese Unterscheidung rechtfertigt allenfalls eine längere Auszahlung von Corona-Hilfen (s.o.). Zudem lässt sich auch keine rechtserhebliche Unterscheidung daraus ableiten, dass der

Lockdown Light nur für eine kleinere Gruppe von Betrieben und Unternehmen galt, der Lockdown seit dem 16.12.2020 aber für alle. Denn würde diese Argumentation zutreffen, so müsste die Zahlung der Dezemberhilfe jedenfalls auf den Zeitraum 01.12. bis 15.12.2020 beschränkt sein; für den Zeitraum 16.12. bis 31.12.2020 müssten auch die bereits im Rahmen des Lockdown Light betroffenen Unternehmen nach dieser Argumentation für den letztgenannten Zeitraum ebenfalls die gleiche Entschädigung wie alle anderen betroffenen Unternehmen – nämlich die Überbrückungshilfe III – erhalten. Zum anderen geht diese Argumentation auch deshalb fehl, weil selbst im Lockdown ab dem 16.12.2020 noch eine nicht unerhebliche Anzahl von Unternehmen und Betrieben auch des Einzelhandels weiterhin geöffnet bleiben durfte.

- dd) Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen durch Gestaltungsspielraum und Typisierungsbefugnis des Regelungsgebers

Auch der dem Regelungsgeber regelmäßig zugestandene Gestaltungsspielraum und die damit verbundene Typisierungsbefugnis kann die Ungleichbehandlung der vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels nicht rechtfertigen. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der Bewilligungsstelle ein solcher Gestaltungsspielraum bereits deshalb nicht eingeräumt ist, weil sie sich für eine bestimmte Verwaltungspraxis in der Bewilligung von November- und Dezemberhilfen entschieden hat, die über Art. 3 Abs. 1 GG eine Selbstbindung herbeigeführt hat; diese Selbstbindung aber hat nun zur Folge, dass die Behörde verpflichtet ist, auch die zu Unrecht von der Begünstigung ausgeschlossene Personengruppe zu begünstigen⁷⁰ – ungeachtet möglicher ursprünglicher Gestaltungs- und Typisierungsspielräume des Regelungsgebers. Selbst wenn den Bewilligungsstellen ein Gestaltungs- oder Typisierungsspielraum eingeräumt wäre, so könnte dieser die vorliegende Ungleichbehandlung in Bezug auf den Leistungsumfang der Corona-Hilfen nicht rechtfertigen. Denn darauf gestützte Ungleichbehandlungen sind entweder grundsätzlich unzulässig oder aber nur dann zulässig, wenn zum einen die damit verbundenen Härten ausgeglichen werden und zum anderen die Typisierung nach verfassungskonformen Maßstäben hinreichend begründet wird. Die typisierende Ungleichbehandlung verschiedener Geschäfte des Einzelhandels und des Dienstleistungsgewerbes, die für die Erbringung ihrer Leistungen typischerweise auf Publikumsverkehr angewiesen sind, kann diesen

⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 14.

verfassungsrechtlichen Anforderungen erkennbar nicht genügen. Gemessen hieran ist die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung in Bezug auf den Umfang der Corona-Hilfen von Unternehmen und Betrieben, die seit dem 16.12.2020 schließen mussten, gegenüber Unternehmen und Betrieben, die bereits seit dem Lockdown Light schließen mussten, auch nicht von einem Gestaltungsspielraum oder einer Typisierungsbefugnis gedeckt.

III. Rechtsfolge: Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe

1. Rechtlicher Maßstab

Verstößt eine hoheitliche Maßnahme gegen den Gleichheitssatz und das darin verankerte Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, ist sie verfassungswidrig.

Aus der besonderen Struktur des Art. 3 Abs. 1 GG als eines relativen Grundrechts folgt, dass es hier verschiedene Fehlerfolgen gibt. So können Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf die verfassungswidrige Regelung oder Maßnahme zwar rechtsvernichtende Wirkung haben (vgl. § 78 Satz 1 BVerfGG). Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt, dass Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig nicht zur Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Regelung führen, weil dadurch auch die rechtlich geschützten Interessen der durch die Regelung bereits begünstigten Grundrechtsträger beeinträchtigt würden.⁷¹ Insbesondere kommt bei einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz eine Nichtigerklärung der betreffenden Normen nicht in Betracht, wenn dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Beseitigung des Gleichheitsverstoßes zur Verfügung stehen.⁷² Deshalb hat die Verfassungswidrigkeit einer staatlichen Regelung regelmäßig zur Folge, dass die Regelung für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt wird und vom zuständigen Regelungsgeber unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des erkennenden Gerichts verfassungskonform gefasst werden muss.

Darüber hinaus kann aber eine gleichheitswidrige gesetzliche Regelung auch ohne erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers **auf zu Unrecht ausgeschlossene Personengruppen erstreckt** werden. Grundsätzlich kann ein Gericht nach

⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58; BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 34.

⁷² BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58; BVerfG, Beschluss vom 25. September 1992 – 2 BvL 5/91 –, BStBl II 1993, 413, BVerfGE 87, 153-181, Rn. 88.

Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichheit nicht dadurch herstellen, dass es selbst die zu Unrecht benachteiligte Gruppe in die begünstigende Regelung einbezieht, da dies aus Gründen der Gewaltenteilung dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers vorbehalten bleibt.⁷³ Eine Er-streckung der gleichheitswidrigen Regelung auf die zu Unrecht ausgeschlosse-nen Personengruppen durch das erkennende Gericht selbst kommt allerdings dann in Betracht, wenn

„mit Sicherheit angenommen werden kann, der Gesetzgeber würde – hätte er den Verfassungsverstoß erkannt – die Regelung auf alle zu berücksichtigenden Gruppen erstreckt haben, oder wenn es verfassungsrechtlich geboten ist, den Verstoß gerade auf diese Weise zu beseitigen.“⁷⁴

Deshalb halten Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht eine Erstreckung gesetzlicher Regelungen auf zu Unrecht ausgeschlossene Perso-nengruppen für zulässig, wenn der Gesetzgeber nur durch deren Einbeziehung den Verfassungsverstoß ausräumen könnte.⁷⁵

Die **Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes beim Erlass von Rechtsverord-nungen, Satzungen und anderen Rechtsnormen der Verwaltung** gleichen im Wesentlichen den Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes bei förmlichen Ge-setzen.⁷⁶ Grundsätzlich kommt es auch hierbei unter Berücksichtigung des Ge-staltungsspielraums des Regelungsgebers der Verwaltung zur Feststellung der Unvereinbarkeit der Rechtsnorm mit Art. 3 Abs. 1 GG. Auch hier bleibt es grundsätzlich dem Ermessen des Normgebers überlassen, wie die aus der Ver-fassungswidrigkeit resultierende Lücke zu schließen ist.⁷⁷ Allerdings kann die Rechtsfolge der gerichtlichen Geltendmachung der Ungleichbehandlung auch hier die **Ausweitung einer Begünstigung** sein, sofern nur so ein verfassungs-mäßiger Zustand hergestellt werden kann⁷⁸, also wenn ausnahmsweise nur eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung verfassungsgemäß wäre.⁷⁹ Hierfür prüft die Rechtsprechung, ob Alternativen zur Verfügung stehen, die

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 21. Mai 1974 – 1 BvL 22/71 –, BVerfGE 37, 217-265, Rn. 125; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 45.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 21. Mai 1974 – 1 BvL 22/71 –, BVerfGE 37, 217-265, Rn. 125; BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 30.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1980 – 1 BvL 122/78 –, BVerfGE 55, 100-114, Rn. 46.

⁷⁶ Statt vieler BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 31; BVerfG, Be-schluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 46.

⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 44 f.

⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 31; BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 36; BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 11, 14; Jarass/Kment, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 42.

⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 46.

den Gleichheitsverstoß beseitigen und einen verfassungskonformen Zustand herbeiführen.⁸⁰

In **zeitlicher Hinsicht** ist dabei Folgendes zu berücksichtigen: Grundsätzlich bleibt es dem Gesetzgeber überlassen, die gleichheitswidrig ausgeschlossene Gruppe in die Begünstigung einzubeziehen, die Begünstigung insgesamt abzuschaffen oder den Kreis der Begünstigten neu zu bestimmen.⁸¹ Bestand eine gleichheitswidrige Begünstigung für die **Vergangenheit**, so steht dem Gesetzgeber diese Gestaltungsfreiheit für die Zukunft offen, für die Vergangenheit aber ist sie ihm regelmäßig versagt.⁸² Denn durch den gebotenen Vertrauensschutz für diejenigen, die vom bisherigen Recht begünstigt waren, muss die Regelung für die Vergangenheit weiterhin Bestand haben.⁸³ Dies gilt auch für Vertrauensschutz schaffende Normsetzung durch die Verwaltung.⁸⁴ **Der gleichheitswidrige Begünstigungsausschluss kann hier nur dadurch verfassungskonform beseitigt werden, dass die in der Vergangenheit zu Unrecht von der Begünstigung Ausgeschlossenen in den Anwendungsbereich der begünstigenden Regelung einbezogen werden.**⁸⁵

Auch in der – dem vorliegenden Zusammenhang der Subventionsgewährung strukturell vergleichbaren – Rechtsprechung des **Bundesarbeitsgerichts** zu gleichheitswidrigen tarifvertraglichen Leistungen ist geklärt, dass die verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung sich für die Vergangenheit regelmäßig nur dadurch verwirklichen lässt, dass den zu Unrecht benachteiligten Personengruppen nachträglich die gleichen Leistungen gewährt werden wie den durch die Begünstigung privilegierten Personengruppen.⁸⁶

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, so muss einer auf die Einbeziehung in eine staatliche Leistung bzw. auf Subventionsbewilligung oder Leis-

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 46.

⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58; BVerfG, Beschluss vom 21. Mai 1974 – 1 BvL 22/71 –, BVerfGE 37, 217-265, Rn. 125.

⁸² BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58.

⁸³ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 34; BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 47; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 25. September 1992 – 2 BvL 5/91 –, BStBl II 1993, 413, BVerfGE 87, 153-181, Rn. 92.

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 38; BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 14; vgl. auch BAG, Urteil vom 07. März 1995 – 3 AZR 282/94 –, BAGE 79, 236-258, Rn. 46.

⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 33 f.; BVerfG, Beschluss vom 29. September 1998 – 2 BvL 64/93 –, BVerfGE 99, 69-83, Rn. 58.

⁸⁶ BAG, Urteil vom 07. März 1995 – 3 AZR 282/94 –, BAGE 79, 236-258, Rn. 45; BAG, Urteil vom 13. November 1985 – 4 AZR 234/84 –, BAGE 50, 137-147, Rn. 21.

tung gerichtete Klage aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) stattgegeben werden.⁸⁷ So hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf Rechtsverordnungen für Recht erkannt:

*„Schließt eine Rechtsverordnung eine Personengruppe in einer das Gleichheitsgebot verletzenden Weise von einer Vergünstigung aus, so ist es den Verwaltungsgerichten im Allgemeinen wegen der Prärogative des Ordnungsgebers verwehrt, Ansprüche der zu Unrecht Übergangenen für begründet zu erklären. **Das gilt nicht, wenn die ausstehende generell-abstrakte Regelung nur dann verfassungsgerecht wäre, wenn sie solche Ansprüche vorsähe.**“⁸⁸*

In der Folge kann die Ausweitung der Begünstigung in einer solchen Konstellation unmittelbar durch die Verwaltungsgerichte ausgesprochen werden. Denn

*„[h]at der Ordnungsgeber nur eine einzige Möglichkeit zur Schaffung eines der Verfassung entsprechenden Rechtszustandes, so dürfen die Verwaltungsgerichte die noch ausstehende Norm **gleichsam antizipieren** und zur Grundlage ihrer den Anspruch zusprechenden Entscheidung machen. Der Eingriff in den Kompetenzbereich der Legislative geht in Fällen dieser Art nicht über die unstrittig zulässige Nichtigerklärung und damit Nichtanwendung von Begünstigungsausschlussklauseln oder anderen belastenden Teilregelungen hinaus. Die Reichweite richterlicher Befugnisse – und somit der Rechtsschutzgewährung – kann vernünftigerweise nicht von der gesetzestechnischen Ausgestaltung einer Norm abhängen.“⁸⁹*

Die voranstehend dargestellte Rechtsprechung **gilt auch für Subventionen, deren Erteilung im Ermessen der Verwaltung steht.**⁹⁰ Ein Rechtsanspruch besteht insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) durch eine Selbstbindung der Verwaltung aufgrund einer ständigen Verwaltungspraxis auf Basis entsprechender Förderrichtlinien.⁹¹ Ein Anspruch auf die Förderung besteht im Einzelfall über den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung und den Gleichheitssatz dann, wenn die in den Richtlinien dargelegten Fördervoraussetzungen vorliegen und vergleichbare Anträge in ständi-

⁸⁷ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 32, 39; BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 37; BVerwG, Urteil vom 25. Mai 1962 – VII C 47.61 –, MDR 1962, 930 f.

⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 36, Hervorhebung nur hier.

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 37.

⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 11 ff.

⁹¹ VG Würzburg, Urteil vom 16. November 2020 – W 8 K 20.901 –, BeckRS 2020, 33750, Rn. 16.

ger Förderpraxis des Beklagten auch positiv verbeschrieben werden.⁹² **Verletzt aber die Verwaltungspraxis den Gleichheitssatz, so kann sich aus der Verwaltungspraxis und dem Gleichbehandlungsgebot ein Anspruch auf eine ansonsten im Ermessen der Exekutive liegenden Leistungsgewährung ergeben.**⁹³

Im Grundsatz gilt: Hat eine Behörde die Gewährung einer in ihrem Ermessen stehenden Subvention in einer bestimmten Art und Weise praktiziert, so darf sie hiervon in einem gleichliegenden Fall zu Lasten anderer Personengruppen nur bei genereller Aufgabe der bisherigen Praxis abweichen. Soweit die Verwaltungspraxis durch Richtlinien gesteuert wird, kann der betroffene Bürger unter Berufung auf den Gleichheitssatz beanspruchen, nach Maßgabe der Richtlinien gefördert zu werden, solange diese in Geltung sind. In diesen Fällen ist durch das vorangegangene Verhalten der Verwaltung eine Bindung eingetreten, der in Hinblick auf die Gleichheit vor dem Gesetz nur durch eine praxiskonforme Leistungsgewährung Rechnung getragen werden kann. Verstößt aber die Verwaltung in ihrer Verwaltungspraxis gegen den Gleichheitssatz, so hat sie ihr Wahlrecht infolge Selbstbindung verloren, weil der gegenüber zu Unrecht von der Begünstigung Ausgeschlossenen praktizierte Gleichheitsverstoß nur durch eine nachträgliche Gleichbehandlung mit den Begünstigten geheilt werden kann.⁹⁴ Im Ergebnis kann bei einer solchen Selbstbindung wider Willen nichts anderes gelten als bei einem durch eine Rechtsverordnung bewirkten Gleichheitsverstoß: Diesen kann der Verordnungsgeber für die Vergangenheit nur noch dadurch heilen, dass er die betreffende Leistung auch den zu Unrecht Ausgeschlossenen gewährt.⁹⁵

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist überdies anerkannt, dass der Gleichheitssatz Grundlage eines Anspruchs im Allgemeinen und eines Zahlungsanspruchs im Besonderen sein kann.⁹⁶ Zu Zahlungsansprüchen kann es nur kommen, wenn die durch das vorangegangene Verhalten begründete Bindung unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots gerade auch in Richtung auf diesen Anspruchsinhalt so strikt und so unausweichlich geworden ist, dass dem Gleichheitssatz einzig durch Zahlung Rechnung getragen werden kann.⁹⁷ In Bezug auf Verwaltungs-

⁹² Bay. VGH, Urteil vom 11. Oktober 2019 – 22 B 19.840 –, Rn. 26, juris; VG Würzburg, Urteil vom 16. November 2020 – W 8 K 20.901 –, BeckRS 2020, 33750, Rn. 16.

⁹³ BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 12.

⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 14.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 14.

⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 28. April 1978 – IV C 49.76 –, BVerwGE 55, 349-355, Rn. 11.

⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 28. April 1978 – IV C 49.76 –, BVerwGE 55, 349-355, Rn. 11.

handeln ist dies in Fällen gleichheitswidriger Bescheidung der Fall, in denen allein die Subventionsbewilligung selbst noch eine dem Gleichheitssatz genügende Erledigung des Antrags darstellt.⁹⁸

2. Vorliegend: Anspruch auf Gewährung außerordentlicher Wirtschaftshilfen

Gemessen hieran steht den vom Lockdown ab dem 16.02.2020 betroffenen Einzelhändlern ein Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe im Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe für den Zeitraum von insgesamt zwei Monaten zu.

Die Verwaltungspraxis der Gewährung einer außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- bzw. Dezemberhilfe für die vom Lockdown Light betroffenen Wirtschaftsteilnehmer u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar (s.o.). In der Folge der Verfassungswidrigkeit ist die Verwaltungspraxis zusammen mit den dahingehenden Verwaltungsvorschriften mit dem Grundgesetz unvereinbar. Grundsätzlich wäre der für die Verwaltungspraxis verantwortliche Normgeber für die Neufassung – sofern man voraussetzt, dass es vorliegend überhaupt auf die Neufassung von gleichheitswidrigen Regelungen ankommt. Im vorliegenden Zusammenhang haben die Bewilligungsstellen durch ihre Verwaltungspraxis eine Selbstbindung zur Gewährung von außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfen herbeigeführt. Da diese Verwaltungspraxis aber einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss zulasten der von den Betriebsschließungen seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betrieben insbesondere des Einzelhandels darstellt (s.o.), ist die Verwaltungspraxis mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Verstoßen aber die Bewilligungsstellen in ihrer Verwaltungspraxis gegen Art. 3 Abs. 1, so sind sie von Verfassungs wegen verpflichtet, die zu Unrecht von der Begünstigung Ausgeschlossenen durch eine nachträgliche Gleichbehandlung zu begünstigen, weil nur so der praktizierte Gleichheitsverstoß geheilt werden kann.⁹⁹

Selbst wenn der Begünstigungsausschluss in Bezug auf die außerordentliche Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe zulasten der vom Lockdown seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels eine Unvereinbarkeit der zugrunde liegenden Regelungen über die November- und Dezemberhilfe zu Folge haben sollte, kann jedoch nichts anderes gelten: In diesem Fall wäre der Regelungsgeber grund-

⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 31; BVerwG, Urteil vom 25. Mai 1962 – VII C 47.61 –, MDR 1962, 930 f.

⁹⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. August 2003 – 3 C 49/02 –, BVerwGE 118, 379-385, Rn. 14.

sätzlich verpflichtet, die Regelungen zur November- und Dezemberhilfe neu zu fassen und dabei den gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss zu beseitigen. Für die Zukunft ist dies möglich, für die Vergangenheit jedoch nicht: Mit Blick auf Erwägungen des Vertrauensschutzes wird es dem Regelungsgeber verwehrt sein, die gleichheitswidrig gewährten bzw. in Aussicht gestellten außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfen für die hierfür planmäßig antragsberechtigten Unternehmen und Betriebe zurückzufordern bzw. ihre Auszahlung zu verweigern. Bleibt die gleichheitswidrig begünstigte Personengruppe aber im Genuss ihrer Begünstigung, so kann eine Gleichstellung der bisher unter Verstoß gegen Art. 3 GG Ausgeschlossenen nur durch deren Einbeziehung in diese Regelung erfolgen.¹⁰⁰ Unter diesen Umständen kann der Regelungsgeber nicht mehr frei darüber entscheiden, ob nunmehr alle Unternehmen und Betriebe, die von Corona-bedingt verordneten Betriebsschließungen im Herbst und Winter 2020 betroffen sind, durch die außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe begünstigt werden sollen oder gar keine.¹⁰¹ Auch eine andere Alternative zur Herbeiführung eines verfassungskonformen Zustands steht ihm nicht zur Verfügung. Allein dadurch, dass die Bewilligungsstelle bzw. der Regelungsgeber die zu Unrecht von den außerordentlichen Wirtschaftshilfen der November- und Dezemberhilfe ausgeschlossenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels in diese einbezieht, kann deren Ungleichbehandlung beseitigt werden.

Da allein diese Möglichkeit zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustands offensteht, kann das angerufene Gericht die verfassungskonforme Regelung –, die die vom Lockdown seit dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels einbezieht, – gleichsam antizipieren und zur Grundlage seiner den Anspruch zusprechenden Entscheidung machen. Folglich steht den betroffenen Unternehmen und Betrieben ein Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen zu.

3. Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen für einen Gesamtzeitraum von zwei Monaten

In zeitlicher Hinsicht ist den nicht-privilegierten Unternehmen und Betrieben des Einzelhandels wegen des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses die außerordentliche Wirtschaftshilfe im wirtschaftlichen Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe für einen Gesamtzeitraum von zwei Monaten zu gewähren:

¹⁰⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 38.

¹⁰¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113-119, Rn. 38.

- Zum einen gilt dies für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2020, in dem sowohl die von den außerordentlichen Wirtschaftshilfen planmäßig profitierenden Unternehmen und Betriebe als auch die von der Begünstigung ausgeschlossenen Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels wegen staatlicher Corona-Regelungen schließen mussten.
- Zum anderen gilt dies für einen Zeitraum von weiteren sechs Wochen. Wie oben dargelegt, können die vom Lockdown Light betroffenen Unternehmen und Betriebe u.a. der Gastronomie und des Gastgewerbes durch die November- und Dezemberhilfe eine Entschädigung für staatlich verordnete Betriebsschließungen für einen Gesamtzeitraum von zwei Monaten erhalten. Legt man diesen Maßstab zugrunde, so sind auch die nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels für einen Gesamtzeitraum von zwei Monaten im Umfang der außerordentlichen Wirtschaftshilfen – und nicht bloß der Überbrückungshilfe – zu entschädigen, soweit sie für einen solchen Gesamtzeitraum schließen müssen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Denn der Lockdown für die nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels dauert mittlerweile weit über zwei Monate an. Folglich ist der Anspruch der betroffenen Einzelhändler zudem zu richten auf Bewilligung einer außerordentlichen Wirtschaftshilfe im wirtschaftlichen Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe für über den 31.12.2020 hinausgehende weitere sechs Wochen, also für den Zeitraum vom 01.01. bis 15.02.2021.

4. Kein Anspruchsausschluss mit Blick auf verfügbare Haushaltsmittel

Die Beklagte kann gegen den Anspruch der anspruchsberechtigten Einzelhändler nicht einwenden, dass für die Beseitigung der Ungleichbehandlung keine Haushaltsmittel zur Verfügung stünden.¹⁰² Es ist unerheblich, dass die verwaltungsinternen Regelungen zur Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe – darunter die Richtlinien des Landes zur Gewährung einer Corona-Hilfe als außerordentliche Wirtschaftshilfe sowie die entsprechende Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Land – an verschiedenen Stellen vorsehen, dass die Bewilligungsstelle über die außerordentliche Wirtschaftshilfe im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel entscheidet. Der Staat muss die finanziellen Folgen einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung auch dann tragen, wenn er sie im Haushalt des be-

¹⁰² Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 40.

treffenden Jahres nicht veranschlagt hatte.¹⁰³ Unerheblich ist dabei auch, dass die Mittel für die außerordentliche Wirtschaftshilfe vom Bund kommen und vom Land ausgereicht werden. Das Land muss die finanziellen Folgen einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung selbst tragen und kann allenfalls eine Erstattung seitens des Bundes anstreben.¹⁰⁴ All dies betrifft jedoch Fragen der staatsinternen Finanzierung, die den Anspruch der anspruchsberechtigten Einzelhändler unberührt lassen.¹⁰⁵

5. Keine Anspruchsausschluss mit Blick auf beihilferechtliche Vorgaben

Die Beklagte kann gegen den Anspruch der anspruchsberechtigten Einzelhändler auch nicht einwenden, eine Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfen im wirtschaftlichen Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe würde den Vorgaben des europäischen Beihilferechts zuwiderlaufen und deshalb unzulässig sein.

Sämtliche Corona-Hilfsprogramme von Bund und Ländern müssen beihilferechtlich von der Europäischen Kommission genehmigt werden (Art. 108 AEUV). Allerdings hat die Europäische Kommission bislang sämtliche von der Bundesrepublik angemeldeten Corona-Hilfsprogramme auf Grundlage des sog. *Temporary Framework* sowie der von der Bundesrepublik angemeldeten beihilferechtlichen Rahmenregelungen genehmigt. Die Novemberhilfe wurde Ende November 2020 genehmigt, und im Januar 2021 wurde auch die Ausweitung im Leistungsumfang der Novemberhilfe genehmigt. Aus den beihilferechtlichen Vorgaben ist nichts ersichtlich, was zur Folge hätte, dass Einbeziehung der nicht-privilegierten Unternehmen und Betriebe des Einzelhandels in die außerordentlichen Wirtschaftshilfen im Umfang der November- und Dezemberhilfe gegen die Genehmigungen der Kommission und damit gegen Beihilferecht verstieße.

IV. Verwaltungsgerichtliche Geltendmachung der Ungleichbehandlung

Die Durchsetzung des Anspruchs auf Dezemberhilfe für den Zeitraum der Schließung des Einzelhandels vom 16.12.2020 bis zum 31.12.2020 und des Anspruchs auf Wirtschaftshilfe in Höhe der Dezemberhilfe für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis zum 15.02.2021 aufgrund der Ungleichbehandlung erfolgt im Wege der Verpflichtungsklage (siehe hierzu nachfolgend 2.) bzw. je nach Bundesland gegebenenfalls der Klage vorgelagert eines Verpflichtungswiderspruchs (siehe hierzu nachfol-

¹⁰³ BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 40.

¹⁰⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 40.

¹⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2007 – 3 C 10/06 –, BVerwGE 129, 116-129, Rn. 40.

gend 1.). Flankiert werden Verpflichtungswiderspruch und -klage mit einem Antrag im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO, die Verpflichtungsklage zudem mit Hilfsanträgen auf Feststellung.

1. Geltendmachung der Ungleichbehandlung im Wege des Widerspruchs (§ 68 Abs. 2 VwGO), gerichtet auf Gewährung der Dezemberhilfe

Gegen die Ablehnung der Dezemberhilfe durch einen Bescheid der zuständigen Bewilligungsstelle – einer Förderbehörde bzw. Förderbank – (dazu a)) ist in den Ländern, in denen ein Widerspruchsverfahren stattfindet, der Widerspruch zulässig. Dies sind Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen. In den Ländern Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland ist auf den Ablehnungsbescheid unmittelbar Klage zu erheben (dazu b)). Die weiteren Voraussetzungen des Widerspruchsverfahrens müssen eingehalten werden (dazu c) und d)).

- a) Grundvoraussetzung: Ablehnung einer beantragten Bewilligung der Dezemberhilfe

Der Widerspruch kann erhoben werden, sobald der Bescheid der Förderbehörde bzw. Förderbank vorliegt, mit dem die Gewährung der Dezemberhilfe versagt wird. Gemäß § 68 Abs. 2 VwGO findet ein Widerspruchsverfahren statt, wenn ein Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts – hier: Gewährung der Dezemberhilfe – abgelehnt worden ist. Hier ist aufgrund der Komplexität der Antragstellung auf Dezemberhilfe bzw. auf Wirtschaftshilfe in Höhe der Dezemberhilfe zwischen den nachfolgenden Konstellationen zu unterscheiden:

Stellt der Steuerberater den Antrag für den Einzelhändler, ist es wahrscheinlich, dass dieser eine Ablehnung erhält, gegen die er dann im Wege der Verpflichtungsklage bzw. des vorgelagerten Verpflichtungswiderspruchs vorgehen kann.

Stellt der Einzelhändler den Antrag selbst, weil der Steuerberater die Antragstellung abgelehnt hat, und erhält der Einzelhändler darauf eine Ablehnung, ist wiederum zu unterscheiden, ob die Ablehnung dahingehend inhaltlich begründet ist, dass der Einzelhändler als solcher keinen Anspruch auf Dezemberhilfe bzw. auf Wirtschaftshilfe in Höhe der Dezemberhilfe hat. Hiergegen kann dann wieder im Wege der Verpflichtungsklage bzw. des vorgelagerten Verpflichtungswiderspruchs vorgegangen werden. Erhält der Einzelhändler jedoch eine Ablehnung, die al-

lein darauf gestützt ist, dass die Antragstellung nicht wie erforderlich über einen prüfenden Dritten, beispielsweise einen Steuerberater, und nicht über das entsprechende Online-Formular gestellt wurde, bedarf es dahingehend zusätzlicher Ausführungen im Rahmen der Statthaftigkeit des Widerspruchs (siehe nachfolgend b)) bzw. der Verpflichtungsklage (siehe nachfolgend 2. b)), dass eine Antragstellung auf dem vorgesehenen Weg wegen der Weigerung des Steuerberaters nicht erfolgen konnte.

Weigert sich die Förderstelle nachdrücklich, überhaupt eine Ablehnung auszustellen, und verweist etwa nur mit einem formlosen Schreiben auf die Antragstellung über einen prüfenden Dritten, beispielsweise einen Steuerberater, und über das entsprechende Online-Formular, ist die Verpflichtungsklage als Untätigkeitsklage zulässig, wozu in der Statthaftigkeit wiederum auszuführen ist, dass eine Antragstellung auf dem vorgesehenen Weg wegen der Weigerung des Steuerberaters nicht erfolgen konnte.

b) Statthaftigkeit: Vorverfahren landesgesetzlich nicht ausgeschlossen

Das Widerspruchsverfahren ist in den Ländern statthaft, in denen es gemäß § 68 Abs.1 Satz 2 VwGO nicht gesetzlich ausgeschlossen ist und wenn der Verwaltungsakt – hier der ablehnende Bescheid – nicht von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde. Demnach ist das Widerspruchsverfahren in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen statthaft. Das Widerspruchsverfahren ist in diesem Fall zudem in Niedersachsen statthaft: Zwar findet dort gemäß § 80 Abs. 1 NdsJG ein Widerspruchsverfahren grundsätzlich nicht statt; für Entscheidungen der Investitions- und Förderbank Niedersachsen (NBank) im Rahmen der ihr nach dem Gesetz über die Investitions- und Förderbank Niedersachsen übertragenen Aufgaben ist das Widerspruchsverfahren aber in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 NdsJG gesondert angeordnet und findet daher vorliegend statt.

In Bayern, Nordrhein-Westfalen, Hessen und im Saarland findet kein Widerspruchsverfahren statt. Für den Regelfall abgeschafft ist das Widerspruchsverfahren in Bayern gemäß Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO und in Nordrhein-Westfalen gemäß § 110 NWJustG. Im Saarland entscheidet mit dem Ministerium für Wirtschaft und Arbeit eine oberste Landesbehörde über die Corona-Hilfen, so dass das Widerspruchsverfahren nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 VwGO entfällt. In Hessen entscheidet das Regierungs-

präsidium Gießen über die Corona-Beihilfen, so dass gemäß § 16a Abs. 2 Satz 1 HessAGVwGO ein Vorverfahren nicht stattfindet.

Der Verpflichtungswiderspruch ist in den entsprechenden Ländern auch dann statthaft, wenn der Antrag bereits als unzulässig abgelehnt wird, der ablehnende Bescheid sich also ausschließlich darauf stützt, dass der Antrag vom antragstellenden Einzelhändler selbst postalisch und nicht über einen prüfenden Dritten, also etwa einen Steuerberater, gestellt wurde: Hat der Einzelhändler selbst den Antrag gestellt, weil der Steuerberater dies abgelehnt hat, ist dies zur Begründung anzuführen:

Vorgesehen ist die Antragstellung über den beratenden Dritten, also etwa einen Steuerberater, und über das Förderportal. Im Zuge der Antragstellung ist zu bestätigen, dass der Antragsteller vom Lockdown direkt oder indirekt betroffen ist, dass er also aufgrund einer staatlichen Schließungsverordnung im November 2020 den Geschäftsbetrieb direkt einstellen musste. Aus den FAQ zur Antragstellung¹⁰⁶ geht hervor, dass nur solche Unternehmen antragsberechtigt sind, welche aufgrund der Beschlüsse des Bundes und der Länder vom 28.10., 25.11. und 03.12.2020 den Geschäftsbetrieb einstellen mussten, dies waren eben wesentlich die Gaststätten. Die Schließung des Einzelhandels beruhte dagegen auf den Beschlüssen des Bundes und der Länder vom 13.12.2020. Da im Antrag auf dem Portal zunächst zu bestätigen ist, dass der Antragsteller vom Lockdown direkt oder indirekt betroffen ist und anschließend schriftlich gesondert darauf hinzuweisen ist, dass der Antragsteller als Einzelhändler erst vom Lockdown aufgrund der Beschlüsse des Bundes und der Länder vom 13.12.2020 betroffen war, kann es vorkommen, dass Steuerberater die Antragstellung ablehnen.

In diesem Fall der Weigerung des Steuerberaters hat der Antragsteller keine andere Möglichkeit, als den Antrag selbst zu stellen, so dass dies der Statthaftigkeit des Widerspruchs nicht entgegenstehen kann. Zudem gilt für Anträge der Grundsatz der Formfreiheit, für die Anordnung einer bestimmten Form bedarf es dagegen einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung¹⁰⁷, die hier nicht ersichtlich ist. Materiellrechtlich kann ein Anspruch etwa nicht schon deshalb entfallen, weil ein Antrag

¹⁰⁶ Vgl. Ziffer 1.1, Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zu Novemberhilfe, Dezemberhilfe, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-11-05-faq-ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>.

¹⁰⁷ Vgl. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 47 ff.

nicht auf verlangten Vordrucken gestellt worden ist.¹⁰⁸ Die Antragstellung darf durch das Erfordernis von Formblättern nicht unzumutbar erschwert werden.¹⁰⁹ Aber auch sonst müsste die Bewilligungsstelle den Antrag gemäß § 24 Abs. 3 VwVfG entgegennehmen und den Antragsteller vor der Ablehnung auf die Formbedürftigkeit hinweisen.¹¹⁰

c) Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Es besteht auch eine Widerspruchsbefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO. Der Rechtsschutz gegen die Versagung einer Subvention auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ist anerkannt.¹¹¹ Die mögliche Betroffenheit in Art. 3 Abs. 1 GG, die sich darin niederschlägt, dass Einzelhändler gleichheitswidrig keine Dezemberhilfe erhalten, ist insoweit unmittelbar und begründet die Widerspruchsbefugnis.

d) Widerspruchsfrist und Form des Widerspruchs (§ 70 Abs. 1 VwGO)

Der Widerspruch ist gemäß § 70 Abs. 1 VwGO binnen eines Monats nach Bekanntgabe der ablehnenden Entscheidung schriftlich, in elektronischer Form nach § 3a Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den ablehnenden Bescheid erlassen hat. Die Frist wird auch durch Einlegung bei der Behörde, die den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat, gewahrt. Bei ordnungsgemäßigem Verwaltungshandeln wird der ablehnende Bescheid der Bewilligungsstelle eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten, aus der die Stelle, bei der der Widerspruch einzulegen ist, hervorgeht.

2. Geltendmachung der Ungleichbehandlung im Wege der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO), gerichtet auf Gewährung der Dezemberhilfe

In Bayern, Nordrhein-Westfalen, Hessen und im Saarland wird die Verpflichtungsklage unmittelbar auf den Bescheid zur Versagung der Dezemberhilfe erhoben. In Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen ist der Verpflichtungsklage ein Widerspruchsverfahren vorgeschaltet, so dass auf die Versagung der Dezem-

¹⁰⁸ Vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 53.

¹⁰⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1976 – I C 56/74 –.

¹¹⁰ Vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 54.

¹¹¹ Vgl. *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 301, 395.

berhilfe zunächst Widerspruch einzulegen ist (s.o.). Die Verpflichtungsklage ist anschließend auf den weiterhin versagenden Widerspruchsbescheid zu erheben. Hierbei ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (dazu a)). Die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich stets nach dem Sitz des Klägers bzw. Antragstellers (dazu b)). Die Verpflichtungsklage ist statthaft (dazu c)). Die zusätzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen müssen erfüllt sein (dazu d)-h)). Für den Fall der Ablehnung des Hauptantrages auf Verpflichtung sind entsprechende Hilfsanträge zu stellen (dazu i)). Angesichts der Eilbedürftigkeit ist mit der Verpflichtungsklage ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu erheben, der ebenfalls zulässig ist (dazu j)).

a) Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet, weil eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Wenn der Anspruch auf Erteilung einer staatlichen Subventionierung geltend gemacht wird, liegt stets eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.¹¹²

b) Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist gemäß § 52 Nr. 3 Sätze 5, 1, 2 VwGO das Verwaltungsgericht des Bezirks, in dem der Antragsteller bzw. Kläger seinen Sitz hat. Gemäß § 52 Nr. 3 Satz 1 VwGO ist grundsätzlich das Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Verwaltungsakt erlassen oder versagt wurde. Die Ausnahme hiervon in § 52 Nr. 3 Satz 2 VwGO sieht vor, dass es bei einer Behörde, deren Zuständigkeit sich auf mehrere Verwaltungsgerichtsbezirke erstreckt, auf den Sitz des Beschwerdeführers ankommt. In den meisten Ländern ist die Bewilligungsstelle für mehrere Verwaltungsgerichtsbezirke zuständig. Da sich aber auch in dem Fall, dass die Bewilligungsstelle nur für einen Verwaltungsgerichtsbezirk zuständig ist, wie etwa im Land Berlin, für die Behörde und den Kläger bzw. Antragsteller dasselbe zuständige Verwaltungsgericht ergibt, kann für die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts stets auf den Sitz des Klägers bzw. Antragstellers abgestellt werden.

¹¹² Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 42 Rn. 22.

c) Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage

Gegen die Versagung einer Subvention durch einen ablehnenden Bescheid ist die Verpflichtungsklage statthaft.¹¹³

Die Verpflichtungsklage ist wiederum auch dann statthaft, wenn der Antrag bereits als unzulässig abgelehnt wird, der ablehnende Bescheid sich also ausschließlich darauf stützt, dass der Antrag vom antragstellenden Einzelhändler selbst postalisch und nicht über einen prüfenden Dritten, also etwa einen Steuerberater, gestellt wurde: Hat der Einzelhändler selbst den Antrag gestellt, weil der Steuerberater dies abgelehnt hat, ist dies zur Begründung anzuführen:

Lehnt der Steuerberater die Antragstellung für den Einzelhändler ab, weil er nicht bestätigen will, dass der Antragsteller vom Lockdown, im Sinne einer staatlichen Schließungsverordnung im November 2020, direkt oder indirekt betroffen ist, weil die Schließung des Einzelhandels erst auf den Beschlüssen des Bundes und der Länder vom 13.12.2020 beruhte, hat der Antragsteller keine andere Möglichkeit, als den Antrag selbst zu stellen, so dass dies der Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage nicht entgegenstehen kann. Wiederum gilt für Anträge der Grundsatz der Formfreiheit, für die Anordnung einer bestimmten Form bedarf es dagegen einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung¹¹⁴, die hier nicht ersichtlich ist. Materiellrechtlich kann ein Anspruch etwa nicht schon deshalb entfallen, weil ein Antrag nicht auf verlangten Vordrucken gestellt worden ist.¹¹⁵ Die Antragstellung darf durch das Erfordernis von Formblättern nicht unzumutbar erschwert werden.¹¹⁶ Aber auch sonst müsste die Bewilligungsstelle den Antrag gemäß § 24 Abs. 3 VwVfG entgegennehmen und den Antragsteller vor der Ablehnung auf die Formbedürftigkeit hinweisen.¹¹⁷

Erlässt die Bewilligungsstelle auf den gestellten Antrag gar keinen Bescheid, ergeht also auch keine Ablehnung, ist gemäß § 75 Sätze 1 und 2 VwGO nach Ablauf von drei Monaten ab Antragstellung die Verpflichtungsklage als Untätigkeitsklage statthaft.

¹¹³ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 301.

¹¹⁴ Vgl. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 47 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 53.

¹¹⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1976 – I C 56/74 –; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 53.

¹¹⁷ Vgl. *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 54.

d) Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Klagebefugnis besteht gemäß § 42 Abs. 2 VwGO. Wiederum ist der Rechtsschutz gegen die Versagung einer Subvention auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG anerkannt.¹¹⁸ Dass Einzelhändler gleichheitswidrig keine Dezemberhilfe erhalten, begründet die mögliche Betroffenheit in Art. 3 Abs. 1 GG. Diese ist für den von der Versagung betroffenen Einzelhändler unmittelbar und begründet die Klagebefugnis.

e) Erfolgsloses Vorverfahren (soweit landesgesetzlich geboten)

In den Ländern Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen findet ein Widerspruchsverfahren statt, so dass die Verpflichtungsklage erst auf den Erlass des Widerspruchsbescheids erhoben werden kann (s.o.).

In Bayern, Nordrhein-Westfalen, Hessen und im Saarland findet dagegen kein Widerspruchsverfahren statt. Im Regelfall abgeschafft ist das Widerspruchsverfahren in Bayern gemäß Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO und in Nordrhein-Westfalen gemäß § 110 NWJustG. Im Saarland entscheidet mit dem Ministerium für Wirtschaft und Arbeit eine oberste Landesbehörde über die Corona-Beihilfen, so dass das Widerspruchsverfahren nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 VwGO entfällt. In Hessen entscheidet das Regierungspräsidium Gießen über die Corona-Beihilfen, so dass gemäß § 16a Abs. 2 Satz 1 HessAGVwGO ein Vorverfahren nicht stattfindet.

f) Klagefrist (§ 74 Abs. 2 VwGO)

Die Verpflichtungsklage ist gemäß § 74 Abs. 2, 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids zu erheben bzw. innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des ablehnenden Bescheids der Behörde, wenn ein Widerspruchsverfahren nicht stattfindet.

g) Rechtsschutzbedürfnis

An der Gewährung der Dezemberhilfe besteht auch nach wie vor Interesse, so dass auch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

¹¹⁸ Vgl. *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 301, 395.

h) Klagegegner (§ 78 VwGO)

Klagegegner gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist die Bewilligungsstelle des Landes selbst in den Ländern, in denen die Bewilligungsstelle eine Anstalt des öffentlichen Rechts oder ein beliehenes Unternehmen ist¹¹⁹, also etwa eine Förderbank oder eine Industrie- und Handelskammer. Dies ist der Fall in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

Im Saarland ist die Bewilligungsstelle das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr, der Beklagte gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist daher das Saarland, vertreten durch das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr.

In Nordrhein-Westfalen sind die Bewilligungsstellen die Bezirksregierungen. Beklagter ist in Ermangelung einer abweichenden landesgesetzlichen Regelung gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die jeweilige Bezirksregierung. Ebenso in Hessen, wo die Bewilligungsstelle das Regierungspräsidium Gießen ist, ist der Beklagter in Ermangelung einer abweichenden landesgesetzlichen Regelung gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Hessen, vertreten durch das Regierungspräsidium Gießen.

i) Hilfsanträge

Hilfsweise ist ein Antrag auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass eines Förderprogramms bzw. Änderung des Förderprogramms der November- bzw. Dezemberhilfe dahingehend, dass dem Kläger Hilfen im Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe für den Zeitraum von zwei Monaten zu gewähren sind, zu stellen sowie äußerst hilfsweise ein Antrag auf Feststellung, dass die Nichtberücksichtigung von vom Lockdown betroffenen Einzelhändlern im Programm der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellt.

Für den Fall, dass das Gericht – gegebenenfalls auch lediglich für einen Teilzeitraum – den vorrangig gestellten Verpflichtungsantrag ablehnt, sind hilfsweise Feststellungsanträge zu stellen.

¹¹⁹ Vgl. *W.-R. Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, 26. Aufl. 2020, § 78 Rn. 3.

Eine Ablehnung des Verpflichtungsantrages kommt dann in Betracht, wenn das Gericht zwar überzeugt ist, dass die Versagung von Leistungen im Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe gegenüber Einzelhändlern zwar einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, dass es aber gleichzeitig nicht in die Freiheit der Gestaltung des Förderprogramms eingreifen darf, die im Ermessen des Programmgebers steht. Dass in diesem Fall eine zusätzliche Feststellungsklage geboten ist, um effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG zu erlangen, hat das Bundessozialgericht in einem Fall entschieden, in dem der Beklagte der Verpflichtungsklage und der Normgeber der betreffenden Satzung identisch waren.¹²⁰

Das Bundesverfassungsgericht¹²¹ begründet die Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung einerseits mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutz auf Seiten des Klägers und andererseits damit, nicht mehr als im unumgänglichen Maße in die Entscheidungsfreiheit des Normgebers einzugreifen. Insbesondere spielt laut dem Bundesverfassungsgericht die Subsidiarität der Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO hier keine Rolle, da eine Verpflichtungsklage allein nicht zum Erfolg führen kann. Allerdings betrifft diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einen Fall, in dem eine Landesbehörde den begehrten Bescheid versagte, die Verpflichtungsklage hiergegen erfolglos blieb und der Kläger eine Klage auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung der Rechtsverordnung unmittelbar gegen die Bundesrepublik Deutschland hätte erheben müssen. Das Bundesverfassungsgericht stellt insoweit nicht klar, in welchem Verhältnis die Klage auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung der Rechtsverordnung zu einer Verpflichtungsklage steht, insbesondere ob diese parallel zu führen sind.

Hier kommt hinzu, dass es sich zwar um Förderprogramme des Bundes handelt, der die Mittel bereit stellt, die Programme aber aufgrund von Verwaltungsvereinbarungen von den Ländern ausgeführt werden, die auch die entsprechenden Förderprogramme erlassen. Insoweit ist hier nicht eindeutig, ob eine Klage auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung des Programms gegen den Bund oder gegen das jeweilige Land zu richten ist.

¹²⁰ Vgl. BSG, Urteil vom 03. April 2014 – B 5 R 5/13 R – zitiert nach juris, Rn. 11.

¹²¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2006 - 1 BvR 542/02 – zitiert nach juris, Rn. 50 ff.

Wir raten daher dazu, den Antrag auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass oder Änderung des Programms hilfsweise mit der Verpflichtungsklage zu stellen. In Nordrhein-Westfalen, im Saarland und in Hessen ist das Land jeweils bereits Gegner der Verpflichtungsklage.

Um in den Genuss der Rechtskraftbindung gemäß § 121 Nr. 1 VwGO zu kommen, ist die Beiladung der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, sowie des jeweiligen Landes, vertreten durch das jeweilige Landeswirtschaftsministerium (sofern das Land nicht bereits Beklagter der Verpflichtungsklage ist), gemäß § 65 Abs. 1 VwGO zu beantragen, weil die rechtlichen Interessen des Bundes und des jeweiligen Landes bei der Überprüfung des Förderprogramms der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe berührt werden.

Grundsätzlich ist die Bindung der Rechtskraft des Urteils gegenüber dem Beigeladenen aber auf eine Präjudizialität in einem nachfolgenden Prozess beschränkt.¹²² Insofern kommt es in Betracht, dass das Verwaltungsgericht den Antrag auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass eines Förderprogramms bzw. Änderung des Förderprogramms der November- bzw. Dezemberhilfe in den Fällen ablehnt, in denen der Programmgeber nicht bereits auch schon Beklagter der Verpflichtungsklage ist, weil es den Anspruch auf Erlass eines Förderprogramms bzw. Änderung des Förderprogramms gegenüber der lediglich beigeladenen Bundesrepublik Deutschland und dem lediglich beigeladenen Land nicht feststellen will.

Für diesen Fall ist äußerst hilfsweise der Antrag auf Feststellung zu stellen, dass die Nichtberücksichtigung von vom Lockdown betroffenen Einzelhändlern im Programm der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellt. Diese Feststellung sollte das Verwaltungsgericht jedenfalls aussprechen, wenn das Gericht zwar überzeugt ist, dass die Versagung von Leistungen im Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe gegenüber Einzelhändlern zwar einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, es die vorangegangenen Anträge aus den genannten Gründen aber abweist. Die Feststellung des Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG würde dann auch die Bundesrepublik Deutschland und das jeweilige Land als Beigeladene im Sinne der Präjudizialität binden.

¹²² *Kilian/Hissnauer*, in: *Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl. 2018, § 121 Rn. 100.

Sollte der Einzelhändler aufgrund der gerichtlichen Feststellung des Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG nach wie vor keine Corona-Hilfe im Umfang der Novemberhilfe bzw. Dezemberhilfe erhalten, müsste der Einzelhändler erneut Klage auf Feststellung des Anspruchs auf Erlass eines Förderprogramms bzw. Änderung des Förderprogramms der November- bzw. Dezemberhilfe dahingehend, dass dem Kläger Hilfen im Umfang der November- bzw. Dezemberhilfe für den Zeitraum von zwei Monaten zu gewähren sind, dann unmittelbar gegen die Bundesrepublik Deutschland und gegen das jeweilige Land als Beklagte erheben.

j) Antrag auf eine einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO

Ein die Verpflichtungsklage flankierender Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Sinne einer Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 ist ebenfalls zulässig. Insbesondere steht dem Rechtsschutzbedürfnis nicht eine Vorwegnahme der Hauptsache entgegen, da die bei Ergehen der einstweiligen Anordnung gewährten Geldleistungen bei einem gegenläufigen Ausgang in der Hauptsache zurückgefordert und zurückgezahlt werden können, anders als etwa bei Sozialleistungen, bei denen eine Rückforderung zumindest faktisch ausgeschlossen ist.¹²³ Dem stehen irreparable Nachteile des stationären Einzelhändlers gegenüber, dem aufgrund des hoheitlich angeordneten Lockdowns ab dem 16.12.2020 maßgeblich die Umsätze des Weihnachtsgeschäfts fehlen, die er nun wegen der Versagung der Dezemberhilfe nicht ersetzt bekommt.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch begründet: Der Anordnungsanspruch beruht auf dem korrespondierenden Anspruch des Einzelhändlers auf Gewährung von Leistungen im Umfang des Hilfsprogramms der November- bzw. Dezemberhilfe aus Gründen der Gleichbehandlung.

Der Anordnungsgrund besteht wiederum in den irreparablen Nachteilen des stationären Einzelhändlers, dem aufgrund des hoheitlich angeordneten Lockdowns ab dem 16.12.2020 maßgeblich die Umsätze des Weihnachtsgeschäfts fehlen, die er nun wegen der Versagung der Dezemberhilfe nicht ersetzt bekommt. Diese Liquidität benötigt der Einzelhändler aber dringend, weil er mit der Beschaffung von zum großen Teil Saisonware in Vorleistung gehen musste und nun wegen ausbleibender

¹²³ Vgl. *W.-R. Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, 26. Aufl. 2020, § 123 Rn. 14.

Umsätze maßgeblich unter fehlender Liquidität leidet, die u. a. zur Beschaffung neuer Saisonware benötigt wird, so dass aufgrund der fehlenden Liquidität der wirtschaftliche Ruin droht, bis über den Anspruch auf die Dezemberhilfe in der Hauptsache entschieden ist.
