

beantragen wir namens und in Vollmacht der Antragstellerin, wie folgt für Recht zu erkennen:

1. **Die Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 vom 17.03.2020 in der Fassung vom 17.04.2020 ist unwirksam.**
2. **Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO dazu verpflichtet, den Betrieb der Spielhallen der Antragstellerin**
(...)
unter Auferlegung innerbetrieblicher infektionsschützender Maßnahme bis zu einer Entscheidung über Antrag Ziff. 1, vorläufig zu erlauben.
3. **Der Antragsgegner trägt die Kosten des Normenkontrollverfahrens und des zugehörigen vorläufigen Rechtsschutzverfahrens.**

Wir beantragen außerdem,

sämtliche Unterlagen zum Zustandekommen der CoronaVO vom 17.03.2020 in allen Fassungen einschließlich der tragenden Gründe des Normgebers bei der Antragsgegnerin anzufordern und uns zur Einsichtnahme in unsere Kanzleiräume zukommen zu lassen.

Nach Übermittlung dieser Unterlagen werden wir den Normenkontrollantrag und den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ergänzend begründen. Zu den schwerwiegenden Nachteilen, die der Antragstellerin im Falle einer Weitergeltung der Betriebsschließung entstehen, werden wir ebenfalls in den kommenden Tagen noch ergänzend ausführen. Bis dahin bitten wir angesichts der Offensichtlichkeit der Begründetheit des Begehrens um einen Hängebeschluss.

Begründung

Die Antragstellerin ist Spielhallenbetreiberin und betreibt in

(...)

Der Betrieb der Spielhallen der Antragstellerin ist auch über den 19.04.2020 hinaus durch die CoronaVO der Landesregierung vom 17.03.2020 in der Fassung vom 17.04.2020 weiterhin untersagt, obwohl der sog. „shut-down“ seit dem 20.04.2020 schrittweise zurückgefahren wird und gerade in Spielhallen ein unvergleichlich geringes Infektionsrisiko besteht, das sich in besonderem Maße beherrschen lässt. Hiergegen richtet sich der vorliegende Normenkontrollantrag.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt

(...)

Die Antragstellerin hat sich angesichts der notwendigen Eindämmung der SARS-CoV-2-Pandemie bereits vor geraumer Zeit darauf eingestellt, in ihren Spielhallen Infektionsschutz auf hohem Niveau zu gewährleisten und die Nachverfolgbarkeit etwaiger Infektionsketten sicherstellen zu können.

Einen sehr guten Schutz vor Infektionen in ihren Betriebsräumen kann die Antragstellerin gewährleisten durch:

- Sicherstellung der Einhaltung eines Mindestabstands zwischen allen Personen in den Betriebsräumen von 2 m,
- Einhaltung eines Abstands von 2 m zwischen den Geldspielautomaten,
- Aufstellung von Infektionsschutzwänden zwischen den Spielplätzen,
- Errichtung einer Infektionsschutzwand am Tresen aus Plexiglas,
- Bereitstellung von Desinfektionsmittelspendern und Verpflichtung der Kunden und des Personals, diese zu nutzen,
- Oberflächendesinfektion der Spielplätze nach jedem Spielerwechsel und regelmäßige Oberflächendesinfektion des Tresens und aller Türen/Türklinken/Toilettenanlagen,
- Ausgabe von Einweg-Atemschutzmasken an alle Kunden und Verpflichtung zum Tragen (ab kommender Woche ohnehin pflichtig in Baden-Württemberg),
- Ausgabe von Einweg-Mund-Nasen-Schutzmasken für das Personal und Verpflichtung zum Tragen.

Das dafür notwendige Material (Plexiglas, Trennwände, Desinfektionsmittel, Einweg-Atemschutzmasken) ist bereits in ausreichender Menge vorhanden. Die Spielhallen wurden außerdem bereits räumlich entsprechend umgestaltet. Die als **Anlage 1** beiliegenden Fotos der beiden Spielhallen belegen das.

Zum weiteren Schutz besonders gefährdeter Personen wäre die Antragstellerin bereit und imstande, den Zugang zur Spielhalle dahingehend zu regeln, dass Menschen ab 60 Jahren bis auf Weiteres keinen Zutritt erhalten. Aufgrund der ohnehin für Spielhallen bestehenden Altersbeschränkungen finden strikte Alterskontrollen durch Prüfung der Personalausweise der Kunden bereits seit jeher statt. Die Zugangskontrolle kann daher ohne Weiteres umgesetzt werden. Die Unterzeichnerin gibt allerdings zu bedenken, dass derartige Altersdiskriminierungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Corona-Pandemie ethisch und rechtlich fragwürdig sind. Die Antragstellerin wäre zu einer derartigen Maßnahme gleichwohl bereit, wenn dadurch die Bedingungen für eine verantwortungsvolle Öffnung der Spielhallen geschaffen werden können.

Auch zur Sicherstellung der Nachverfolgbarkeit von Infektionsketten, die wesentlich für die Eindämmung der Pandemie ist, hat die Antragstellerin bereits jetzt alles Erforderliche in die Wege geleitet. Es sind bereits Tabellen entworfen, in welchen die Spielhallenaufsicht die Anwesenheit der Kunden in den Spielhallen nach Tag und Zeitraum personalisiert erfassen kann. Wir fügen diese als **Anlage 2** bei. Die in diesen Tabellen erfassten Daten können dann für etwa sechs Wochen oder – wenn nötig – auch länger gespeichert werden, um sie erforderlichenfalls den Gesundheitsbehörden zur Verfügung stellen zu können. Danach werden sie vernichtet. Die rechtliche Grundlage für diese Datenerhebungen und Datenverarbeitungen findet sich in Art. 6 Abs. 1 lit. d, e und f DSGVO. Eine Abklärung der Maßnahmen mit dem Landesdatenschutzbeauftragten würde erfolgen. Die Betriebe der Antragstellerin verfügen über einen Datenschutzbeauftragten. Ein Informationsblatt über die Datenerhebung und Datenverarbeitung i. S. d. Art. 13 DSGVO hat die Antragstellerin bereits entworfen. Wir fügen es als **Anlage 3** bei.

II. Rechtliche Würdigung

Der Antrag auf Normenkontrolle ist zulässig und begründet. Die Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 vom 17.03.2020 in der Fassung vom 17.04.2020 verstößt zumindest insoweit gegen höherrangiges Recht und ist deshalb unwirksam, als in Spielhallen nach § 4 Abs. 1 Nr. 8 der CoronaVO der Betrieb für den Publikumsverkehr weiterhin untersagt ist, während für die in § 4 Abs. 3 Nr. 7a, Nr. 10, Nr. 12 und Nr. 12a CoronaVO genannten Betriebe nunmehr Ausnahmen zugelassen sind, obwohl in diesen Betrieben die Infektionsgefahren weniger gut kontrollierbar sind als in Spielhallen und diese Betriebe auch nicht zur systemrelevanten Infrastruktur gehören.

1. Statthaftigkeit und Zulässigkeit

a. Normenkontrolle

Der Antrag auf Normenkontrolle ist nach § 4 AGVwGO BW statthaft und auch zulässig.

Die Antragstellerin verfügt sowohl über die erforderliche Antragsbefugnis als auch das notwendige Rechtsschutzbedürfnis. Antragbefugt ist im Normenkontrollverfahren, wer geltend machen kann, durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden (*Ziekow, in: Sodan/Ziekow [Hrsg.], VwGO, § 47 Rn. 144*). Dies ist bei der Antragstellerin zweifelsohne der Fall. Die angegriffene Verordnung adressiert in § 4 Abs. 1 Nr. 8 CoronaVO die Antragstellerin als Spielhallenbetreiberin unmittelbar und greift in ihre Grundrechte bzw. die Grundrechte des dahinter stehenden Alleingesellschafters der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) und Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) ein. Darüber hinaus bewirkt § 4 Abs. 1 Nr. 8 CoronaVO eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber den in § 4 Abs. 3 Nr. 7a, Nr. 10, Nr. 12 und Nr. 12a CoronaVO genannten privilegierten Betrieben. Eine Verletzung der Antragstellerin in diesen Rechten erscheint daher möglich. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag nur dann, wenn der Antragsteller seine subjektive Rechtsstellung mit der begehrten gerichtlichen Entscheidung nicht verbessern kann und die Inanspruchnahme des Gerichts deshalb für ihn nutzlos erscheint (*vgl. Ziekow, in: Sodan/Ziekow [Hrsg.], VwGO, § 47 Rn. 129*). In diesem Sinne verfügt die Antragstellerin auch über das notwendige Rechtsschutzbedürfnis, da sich ihre

subjektive Rechtsstellung im Fall der Unwirksamkeit der CoronaVO unmittelbar verbessern würde, indem sie ihre Spielhallen dann betreiben dürfte.

Die Jahresfrist für die Normenkontrolle ist eingehalten.

b. Vorläufiger Rechtsschutzantrag

Auch der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist zulässig, da der in der Hauptsache gestellte Normenkontrollantrag zulässig ist und die gesonderten Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO ebenfalls erfüllt sind. Insbesondere liegt auch insoweit das erforderliche Eil-Rechtsschutzinteresse vor.

2. Begründetheit

Der Antrag auf Normenkontrolle und der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind begründet. Die CoronaVO vom 17.03.2020 in der Fassung vom 17.04.2020 verstößt offensichtlich gegen höherrangiges Recht.

Im Einzelnen:

a. Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitstheorie

Nach dem sog. Parlamentsvorbehalt bedürfen alle Grundrechtseinschränkungen einer parlamentarischen Zustimmung, d. h. einer Legitimation durch den parlamentarischen Gesetzgeber. Sie dürfen nicht allein durch die Exekutive erfolgen. Nach der sog. Wesentlichkeitstheorie gilt dabei: Je schwerwiegender der Grundrechtseingriff ist, umso genauer müssen die grundrechtrelevanten Entscheidungen – d. h. vor allem die Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs und die Art und Weise seiner Durchführung – durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst gefällt worden sein und dürfen nicht auf die Exekutive delegiert werden.

Die Einschränkungen bürgerlicher Freiheiten, die durch das Grundgesetz geschützt sind, waren zu keiner Zeit seit der Geltung des Bonner Grundgesetzes so massiv und umfassend, wie diejenigen, die in Baden-Württemberg durch die hier streitgegenständliche CoronaVO erfolgen. Sie sind historisch in der Bundesrepublik Deutschland beispiellos.

Wenn von der Wesentlichkeitstheorie nach der Coronapandemie noch etwas übrig bleiben soll, dann muss klar sein, dass diese massiven Beschränkungen nahezu aller bürgerlicher Freiheiten durch den parlamentarischen Gesetzgeber auf der Grundlage einer – für die Öffentlichkeit verfolgbar – parlamentarischen Debatte, selbst geregelt werden müssen. Denn wenn nicht diese Freiheitsbeschränkungen, welche dann?

Jedenfalls lässt sich dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 IfSG ebenso wenig wie der Gesetzeshistorie und den Gesetzesmaterialien des IfSG hinreichend sicher entnehmen, dass der parlamentarische Gesetzgeber derartige Freiheitseinschränkungen und Betriebsschließungen, wie sie durch die angegriffene CoronaVO vorgenommen werden, ermächtigen wollte. Und selbst wenn das der Fall wäre, hätte der parlamentarische Gesetzgeber die Voraussetzungen für derart intensive Grundrechtsbeschränkungen in § 28 Abs. 1 IfSG, bei dem es sich nur um eine Generalklausel mit geringen Tatbestandsanforderungen handelt, im Hinblick auf die Wesentlichkeit der mit Betriebsschließungen bewirkten Grundrechtseinschränkungen bei Weitem nicht detailliert genug geregelt. Die gesamte CoronaVO ist daher bereits wegen nicht hinreichender parlamentarischer Ermächtigung rechtswidrig und unwirksam.

b. Fehlende Rechtsgrundlage

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass Grundrechtseinschränkungen wie diejenigen, die in der CoronaVO bestimmt wurden, auf der Grundlage einer ermächtigenden Generalklausel wie § 28 Abs. 1 IfSG einer bloßen Regelung durch untergesetzliche Normen zugänglich sei, fehlt es vorliegend gleichwohl an der erforderlichen Rechtsgrundlage für die CoronaVO. Die Regelungen in der hier streitgegenständlichen CoronaVO wurden auf § 32 IfSG i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG und § 31 IfSG gestützt. Diese Normen ermächtigen die zuständigen Exekutive jedoch nicht dazu, durch Verordnung landesweite Betriebsschließungen anzuordnen, ohne dass dort konkrete Ansteckungsgefahren durch Infizierte festgestellt wurden, um die Ausbreitung einer Infektion zu verlangsamen. Im Einzelnen:

Nach § 1 Abs. 1 IfSG ist Zweck des Infektionsschutzgesetzes, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Das Gesetz dient dem Schutz der Gesundheit von Menschen, durch *Verhinderung* von Infektionen. Es findet daher nur Anwendung bei Infektionen, deren Verbreitung verhindert werden muss und kann. Die *kontrollierte Verbreitung* einer Infektion, d. h. die *Verlangsamung* ihrer Verbreitung ist vom Gesetzeszweck des IfSG dagegen nicht erfasst. Die kontrollierte Verbreitung einer Infektion dient nämlich nicht unmittelbar dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, denn durch eine kontrollierte

Verbreitung wird die Bevölkerung vor der Infektion nicht geschützt, sondern nur ihr schrittweise in Berührung gebracht. Die kontrollierte Verbreitung im Fall des SARS-CoV-2 dient tatsächlich unmittelbar zunächst nur der Schonung der Krankenhauskapazitäten, um die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems aufrechtzuerhalten. Dies wirkt zwar mittelbar positiv für den Schutz der Gesundheit der Menschen. Allerdings nicht nur derjenigen Menschen, die von der Infektion betroffen sind, sondern *aller*, die auf eine Behandlung im Krankenhaus angewiesen sind, sei es wegen einer Infektion mit dem Virus, dessen Verbreitung verlangsamt werden soll, sei es aus anderen Gründen. Eine derartige *Kontrolle bzw. Verlangsamung* der Ausbreitung einer Infektion zum Zweck der *Schonung von Krankenhauskapazitäten* ist vom Schutzzweck des IfSG (noch) nicht umfasst. Um das IfSG auch für Maßnahmen mit diesem Ziel tragfähig zu machen, bedürfte es einer entsprechenden parlamentarischen Entscheidung. Aus diesem Grund können die streitgegenständlichen Betriebsschließungen nicht auf § 32 IfSG i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG und § 31 IfSG gestützt werden, soweit sie – was anzunehmen ist – lediglich der *Verlangsamung der Verbreitung* des SARS-CoV-2-Virus zu dienen bestimmt sind.

Aber auch im Übrigen übersteigt die Regelung in § 4 Abs. 1 CoronaVO die parlamentarische Ermächtigung durch § 32 IfSG i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG und § 31 IfSG:

Durch § 32 IfSG werden Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG maßgebend sind, durch Rechtsverordnungen Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und des Brief- und Postgeheimnisses (Art. 10 GG) können insoweit eingeschränkt werden.

Auch wenn die nach § 28 IfSG möglichen Maßnahmen der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten auch präventive Maßnahmen und zwar auch solche gegenüber Nichtstörern nicht ausschließen und es im Land Baden-Württemberg zweifelsohne am Coronavirus Erkrankte gibt, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 IfSG nicht erfüllt, da der Gesetzgeber mit dieser Norm nicht die landes- oder gar bundesweite Schließung von Betrieben, von denen keine Störungen ausgehen, ermächtigen wollte. Ein dahingehender gesetzgeberischer Wille lässt sich dem IfSG insgesamt nicht entnehmen. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit landesweiter Schließungen von nichtstörenden Betrieben im Rahmen der Infektionsbekämpfung nicht in seinen gesetzgeberischen Willen mit aufgenommen. Das zeigt sich insbesondere daran, dass er in § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG die Einschränkung der Berufs- und

Gewerbefreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG) nicht nennt. Das ist nicht nur eine Frage der Beachtung des Zitiergebots, sondern eine Frage der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens, d. h. der Reichweite der gesetzgeberischen Ermächtigung der Exekutive, derer er es im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes und – im Hinblick auf die Verordnungsermächtigung nach § 32 IfSG – nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bedarf. Dass der gesetzgeberische Wille die Möglichkeit flächendeckender Schließung *nichtstörender* Betriebe über §§ 28 Abs. 1, 32 IfSG nicht mitumfasst, ergibt sich außerdem auch daraus, dass es im IfSG an einer Entschädigungsregelung hierfür fehlt. Eine solche Entschädigungsregelung wäre aber zwingend erforderlich gewesen (siehe hierzu ausführlich unten unter c.bb).

c. Verfassungswidriger Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG

Selbst wenn man davon ausginge, der Gesetzgeber des IfSG habe die Regelungsbefugnis für präventiv epidemiebekämpfende Maßnahmen, die mit massiven Grundrechtsbeschränkungen einhergehen, auf die Exekutive übertragen dürfen, ohne selbst die weiteren Voraussetzungen regeln zu müssen, und dies mit §§ 28 Abs.1, 32 IfSG auch umfänglich getan, so dass auch die Anordnung von Betriebsschließungen von der exekutiven Rechtssetzungsbefugnis umfasst sei, erwiesen sich die konkreten Bestimmungen in der CoronaVO als verfassungswidrige Eingriffe in die bürgerlichen Grundrechte, insbesondere in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG, aber auch in Art. 2 Abs. 1 GG.

aa. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Inanspruchnahme von Nichtstörer zur Gefahrenabwehr

Der VGH Mannheim hat in seiner Entscheidung vom 09.04.2020, Az. 1 S 925/20, zutreffend erkannt, dass die Betriebsschließungen durch § 4 Abs. 1 CoronaVO die betroffenen Betriebe als sog. Nichtstörer bei der Bekämpfung der Gefahren, die von SARS-CoV-2 ausgehen, in Anspruch nimmt. Diese Erkenntnis ist wesentlich. Denn der Inanspruchnahme von Nichtstörern zur Gefahrenabwehr sind grundsätzlich von Verfassungswegen andere – nämlich wesentlich engere – Grenzen gesetzt, als der Inanspruchnahme von Störern. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat sich hier an einem anderen Maßstab zu orientieren. Dem hat der Senat in seiner Entscheidung vom 09.04.2020 – 1 S. 925/20 – Rn. 44 ff. noch nicht in hinreichendem Maße Rechnung getragen. Die besonderen Einschränkungen, denen die Inanspruchnahme von Nichtstörern unterliegt, kommen exemplarisch in der Generalklausel des polizeilichen Notstands zum Ausdruck, der für Baden-Württemberg in § 9 PolG BW geregelt ist. Die Inanspruchnahme eines Nichtstörers bei der Gefahrenabwehr hat in einem liberalen

Rechtsstaat unter der Geltung einer Verfassung, die – anknüpfend an die rechtsphilosophische Tradition des Vernunftrechts und des Idealismus – individuelle Freiheitsrechte gewährleistet, ein größeres legitimatorisches Problem als die Inanspruchnahme eines Störers. Dies ist in der fachwissenschaftlichen Literatur – soweit sie sich damit befasst – im Kern seit jeher, d. h. zurückgehend ins 19. Jahrhundert und bis heute, unbestritten (*siehe dazu Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 118 ff. m. w. N.*). Die Inanspruchnahme des Störers ist in einer freiheitsrechtlichen Rechtsordnung unproblematisch, da der Störer die Grenzen seines Rechtskreises, m. a. W. des ihm zustehenden Freiheitsraums überschreitet und durch seine Inanspruchnahme lediglich in diese Grenzen zurückgewiesen wird (*so zutreffend auch Erdle, Infektionsschutzgesetz, 7. Aufl., § 56*). Die Rechtspflicht, die Grenzen des eigenen Rechtskreises einzuhalten, ist rechtstheoretisch und rechtsphilosophisch so gut begründet, dass es an der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Störers zur Beseitigung einer Gefahr zu keiner Zeit je Zweifel gab. Das führte in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sogar dazu, dass die staatliche Gewalt bereits aus dem Staatszweck heraus zur Inanspruchnahme eines Störers bei der Gefahrenabwehr legitimiert sein sollte, ohne einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zu bedürfen. Jedenfalls sollten allgemeine und unbestimmte Generalklauseln als Rechtsgrundlage ausreichend sein (*siehe hierzu Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes, Tübingen 1808, S. 358; Vogel, FS Wacke, Köln 1972, S. 380 ff; Würtenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Rn. 6*). Die Inanspruchnahme des Nichtstörers bedarf dagegen einer besonderen Legitimation, denn hier erbringen Bürger, die ihre Rechtskreise nicht überschritten haben, Sonderopfer für die Gemeinschaft.

Das Institut des polizeilichen Notstands ist daher Ausprägung des allgemeinen Aufopferungsgedankens, der schon in Einl. §§ 74, 75 PrALR von 1794 Ausdruck gefunden hat und dessen Rechtsgedanke im Hinblick auf die Entschädigungspflicht gegenüber dem zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommenen Nichtstörer bis heute als gewohnheitsrechtlich fortgeltend angesehen wird, soweit keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen die Entschädigung regeln (*Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 119; Schmidt-Kammler, JuS 1995, S. 473 ff.*). Es macht an dieser Stelle Sinn, sich den Wortlaut der Einl. §§ 74, 75 ALR von 1794 zu Gemüte zu führen.

Einl. § 74 PrALR 1794 lautet: „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.“ – Das ist die Pflicht zur Aufopferung.

Einl. § 75 PrALR 1794 lautet: „Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.“ – Das ist die Entschädigungspflicht für das erbrachte Sonderopfer.

Die hier zum Ausdruck gebrachte Pflicht zur Aufopferung für das Gemeinwohl ist in der Sache eine Pflicht zur Solidarität. Und zwar zu einer Solidarität, die im Rechtsverhältnis der Bürger zueinander und in ihrer Verbindung in einem Staat, der Bundesrepublik Deutschland, als Rechtspflicht grundlegend angelegt ist, auch wenn sie der Konkretisierung im Einzelfall durch Gesetze bedarf. Sie ist nicht nur einfachgesetzlich geregelt, sondern wird vom Grundgesetz anerkannt und vorausgesetzt. Die soziale Dimension des Grundgesetzes führt dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen den im Staat verbundenen Bürgern nicht nur durch das Gebot der Einhaltung des eigenen Rechtskreises (*neminem laedere*), sondern auch durch Elemente wechselseitiger Solidarverantwortung – oder anders gewendet: sozialer Verantwortung – vorstrukturiert ist. Die Bürger stehen nicht nur als Störer in einer rechtlichen Verantwortung, sondern auch als Nichtstörer. Solidarität in diesem Sinne ist ein Verfassungsprinzip, eine verfassungsrechtlich abgesicherte Grundpflicht (*siehe dazu ausführlich Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 121 ff., S. 133 ff., zusammenfassend S. 143 f, S. 208 ff.*).

Die Einordnung der Solidaritätspflicht als Verfassungsprinzip bedeutet, dass Solidarität innerhalb juristischer Argumentationen einen Grund für Entscheidungen zu liefern vermag. Relevant wird Solidarität als Verfassungsprinzip in diesem Sinne vor allem in allen Vorgängen, in denen Rechtspositionen und Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen (*Volkman, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, S. 392, 394*).

Das Maß der konkret geschuldeten Solidarität, d. h. welche konkreten Leistungen im Rahmen der durch das Solidaritätsprinzip geforderten Unterstützung im Konkreten von den Bürgern verlangt werden können, ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Wichtige Faktoren sind insbesondere die Intensität der Bedrohung geschützter Rechtspositionen, deren Gewicht, die zur Abhilfe verfügbaren Ressourcen, die Belastungsintensität für den solidarisch in Anspruch Genommenen, die Anzahl der möglichen Handlungsalternativen und die Unsicherheit über deren Tauglichkeit. Solidarität ist dabei nicht auf Geldleistungen beschränkt, sondern in vielerlei Hinsicht normativ offen und lässt verschiedene Wege ihrer Erfüllung zu. Über das konkrete Maß an Solidarität müssen sich die Bürger, Parlamente und Behörden in den grundrechtlich abgesicherten Kooperationsprozessen verständigen. Allerdings setzen die Freiheitsrechte der Bürger diesem Kooperationsprozess Grenzen. Die verfassungsrechtlich verankerte und einfachgesetzliche konkretisierte Solidaritätspflicht der Bürger ist nicht schrankenlos, sie kann – auch auf der Grundlage eines breiten Konsenses – nicht beliebig ausgedehnt werden. Die

Freiheitsrechte schützen die Grundrechtsträger vor einer zu weitgehenden Vergemeinschaftung. Nach der Werteordnung des Grundgesetzes kommt der sozialen Verantwortung des Einzelnen keine Priorität gegenüber der individuellen Freiheit im Sinne von Autonomie zu; vielmehr genießt die Autonomie Vorrang vor der Solidarität. Autonomie und Solidarität sind zwar gleichrangig – insofern beide Verfassungsprinzipien sind – aber nicht gleichgewichtig. Daraus folgt, dass die Gründe, die für die solidarische Inanspruchnahme sprechen, das Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung *qualifiziert*, nämlich *wesentlich* überwiegen müssen. Ausfluss dieser Grenze ist die *strikte* Verhältnismäßigkeitsprüfung, die bei der Inanspruchnahme von Nichtstörern vorzunehmen ist, sowie die Notwendigkeit der Beachtung der *individuellen Opfergrenze* (Kühnbach, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, S. 165 f., 172 f., 213). Dass die Zumutbarkeit und die Wahrung der Eigenständigkeit der Person der solidarischen Inanspruchnahme der Bürger Grenzen setzt, hat auch das BVerfG in der Formulierung des dem Grundgesetz zugrundeliegenden Menschenbildes zum Ausdruck gebracht (*BVerfGE 4, 7, 15 f.*):

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muss sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens **in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren** zieht, vorausgesetzt, dass dabei **die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt**.“

Die Coronapandemie stellt in diesem Sinne einen polizeilichen Notstand dar, der von zahlreichen Bürgern solidarische Sonderopfer durch Inanspruchnahme als Nichtstörer verlangt. Die Bürger sind zu dieser Aufopferung aufgrund ihrer in der Verfassung verankerten Solidaritätspflichten, die ihre Freiheitsrechte zu beschränken vermögen, verpflichtet. Aber ihrer Pflicht zur Solidarität sind auch klare Grenzen gezogen: Es bedarf einer *strikten* Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Opfergrenzen des Einzelnen, die Grenze des für den Einzelnen Zumutbaren, sind zu beachten. Die Pflicht zur solidarischen Aufopferung auf der Primärebene ist außerdem auf der Sekundärebene durch Entschädigung auszugleichen.

bb. Schlussfolgerungen für die Rechtmäßigkeit der Betriebsschließungen nach § 4 Abs. 1 CoronaVO

Was folgt daraus für die hier angegriffenen Betriebsschließungen?

Diese sind zwar nicht grundsätzlich unzulässig, sondern im Rahmen einer solidarischen Inanspruchnahme von Nichtstörern möglich. Sie unterliegen aber einer strikten verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung und es ist eine absolute Obergrenze zu beachten.

Im Rahmen der **strikten verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung** ist jede Ebene dieser Prüfung – Verfolgung eines legitimen Ziels, Geeignetheit der Maßnahme, Erforderlichkeit und Angemessenheit – besonders strikt zu prüfen, d. h. dem Staat obliegt hier eine besondere Erläuterungs- und Darlegungslast, insbesondere ob der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen, die Nichtstörer treffen. Im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit ist durch Anlegung strenger Maßstäbe dafür Sorge zu tragen, dass die Aufopferung des Nichtstörers auf ein Mindestmaß beschränkt bleibt (vgl. auch Wolf/Stephan/Deger, *Polizeigesetz für Baden-Württemberg*, 6. Aufl., S. 201). Die Beurteilungsspielräume sind geringer, die gerichtliche Überwachung muss enger greifen. Die Beweislast liegt beim Staat, der empfindlich in die Grundrechte des Nichtstörers eingreift. Zu beobachten ist in der gerichtlichen Praxis im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Coronapandemie dagegen das Gegenteil: Ob der möglichen Größe der Gefahr für eine unbekannte Vielzahl von Menschenleben erhält der Staat quasi Blankoermächtigungen für Grundrechtseingriffe. Die gerichtliche Kontrolle zieht sich zugunsten der politischen Verantwortung zurück. Das ist bei existentiell bedrohlichen Grundrechtseingriffen gegenüber Nichtstörern verfassungsrechtlich unhaltbar.

Mit den Betriebsschließungen durch § 4 Abs. 1 der CoronaVO verfolgt der Ordnungsgeber zweifelsohne ein **legitimes Ziel**, nämlich die Eindämmung der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus zum Schutz der Gesundheit und des Lebens zahlreicher Menschen. Hinsichtlich dieses allgemeinen Ziels ist allerdings weiter zu differenzieren, um die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der ergriffenen Maßnahmen prüfen zu können. So ist nicht erkennbar, ob der Ordnungsgeber das Ziel verfolgt, die Infektionskurve so weit abzuflachen bzw. die Basisreproduktionszahl R_0 so weit zu reduzieren, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems nicht droht (dazu dürfte R_0 nicht dauerhaft über 1,0 liegen), oder ob er das Ziel verfolgt, weitere Infektionen im maximal möglichen Umfang zu unterbinden, um die weitere Verbreitung des Virus zum Erliegen zu bringen. Dann wäre das Ziel, R_0 gen Null laufen zu lassen. Insoweit ist der Ordnungsgeber noch eine abschließende Erklärung schuldig. Es lässt sich auch weder aus den Äußerungen der Bundesregierung noch aus solchen der Landesregierung ableiten. Allein das ist ungeheuerlich. Denn wie sollen verantwortungsbewusste Bürgerinnen und Bürger an der Erreichung der öffentlichen Ziele sinnvoll mitwirken können, wenn sie das Ziel nicht kennen. An unser aller Verhalten sind aber

vollkommen unterschiedliche Anforderungen gestellt, je nach dem, ob ein kontrolliertes (nicht exponentielles) Fortschreiten der Infektion das Ziel ist oder aber eine vollständige Eindämmung. Niemand kann sich sinnvoll und verantwortungsbewusst verhalten, ohne das Ziel zu kennen. Angesichts der Öffnung zahlreicher Betriebe kann nur vermutet werden, dass das von der Regierung verfolgte Ziel das kontrollierte Fortschreiten der Pandemie ist, unter der Bedingung, dass R_0 den Wert von 1,0 nicht dauerhaft überschreitet. Auch im Hinblick auf die aktuell erheblichen freien Krankenhauskapazitäten stellt sich die Frage, ob ein dauerhafter R_0 -Wert von 0,7 gegenüber einem etwas höheren Wert, der sich aber dauerhaft unter 1,0 hält, nicht sogar vorzugswürdig ist. Bereits jetzt ist von Pflegepersonal in Kurzarbeit zu hören, weil der erwartete Ansturm auf die Krankenhäuser derzeit ausbleibt, und Palliativmediziner warnen bereits davor, dass die Überkapazität an Intensivbetten und Beatmungsgeräten, die amortisiert werden wollen, dazu verführen könne, nicht mehr indizierte und/oder nicht mehr gewünschte Beatmungen bei hoch betagten, multimorbiden Patienten durchzuführen, die für diese eine körperliche Qual, aber ohne persönlichen Nutzen sind.

Unabhängig davon, welches der beiden Ziele die baden-württembergische Regierung verfolgt, sind die streitgegenständlichen Betriebsschließungen **zur Erreichung beider Ziele geeignet**, insofern sie Kontakte reduzieren und dadurch die Bedingungen für die Übertragung des Virus von einer Person auf eine andere verschlechtern.

Sie sind hingegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Bezug auf Spielhallen **nicht erforderlich**, das gilt insbesondere im Hinblick auf das Ziel, R_0 kleiner/gleich 1,0 zu halten. Wie bereits oben dargelegt, bestehen in Spielhallen hervorragende Möglichkeiten, um sowohl das Personal als auch die Kunden vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen. Bei Ergreifen dieser Maßnahmen dürfte das Infektionsrisiko in einer Spielhalle gen Null gehen. Der Betrieb von Spielhallen unter Einhaltung der o. g. Maßnahmen wird daher die Werte von R_0 nicht negativ beeinflussen. Das Gegenteil könnte sogar der Fall sein: Das Infektionsrisiko in einer Spielhalle ist so viel geringer als an vielen anderen Orten, an denen öffentliches und privates Leben nach wie vor stattfindet, dass der dortige Aufenthalt das Infektionsrisiko im Vergleich zu alternativen Aufenthaltsorten sogar eher reduziert. Wer sich in einer Spielhalle unter Einhaltung strenger Schutzmaßnahmen aufhält, kann nicht gleichzeitig anderen Tätigkeiten nachgehen, die mit einem höheren Infektionsrisiko verbunden, aber nach wie vor erlaubt sind: sich im privaten Raum an einer Ansammlung von fünf Personen ohne Mindestabstand beteiligen oder sich im öffentlichen Raum mit einer weiteren Person ohne Einhaltung eines Mindestabstands treffen. In Bezug auf Spielhallen sind daher innerbetriebliche infektionsschützende Maßnahmen im Hinblick auf das Ziel, den aktuellen Wert von R_0 in Höhe von 0,7 zu halten, ebenso effektiv wie eine Betriebsschließung, aber weniger belastend für die Spielhallenbetreiber. Dabei besteht in

Bezug auf die möglichen innerbetrieblichen Schutzmaßnahmen Spielraum, den der Ordnungsgeber ausgestalten kann. So wäre es beispielsweise auch möglich, die Anzahl der Kunden, die eine Spielhalle gleichzeitig betreten dürfen – abhängig von deren Größe – zu limitieren, um das Einhalten von Mindestabständen noch besser gewährleisten zu können – auch über die Anzahl der vorhandenen Geldspielgeräte hinaus. Eine Spielhalle mit zwölf Spielplätzen kann beispielsweise auch mit zehn Spielplätzen noch wirtschaftlich betrieben werden. In einigen Fällen wird daraus nicht einmal ein wirtschaftlicher Schaden entstehen, da viele Spielhallen ohnehin ihre vorhandenen Kapazitäten nicht voll ausnutzen. Etwa verbleibenden – sehr geringen – Restrisiken einer Infektion kann durch die Nachverfolgbarkeit der Kontakte sehr gut Rechnung getragen werden. Sollte sich in diesem Zuge in den nächsten Wochen herausstellen, dass das Virus in Spielhallen übertragen wird, hätte der Ordnungsgeber jederzeit die Möglichkeit nachzusteuern. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Betriebsschließungen von Spielhallen zum derzeitigen Zeitpunkt, d. h. beim Basisreproduktionszahl R_0 von 0,7 nicht als das mildeste aller gleich effektiven Mittel. Im Hinblick darauf, dass von Spielhallenbetreibern mit der Betriebsschließung ein existenzgefährdendes Sonderopfer erbracht wird, das sich selbst durch Entschädigungen nicht vollumfänglich würde ausgleichen lassen, weil niemand wissen kann, ob Spieler, die während der Betriebsschließungen in das illegale Onlinespiel abwandern, je wieder in die Spielhallen zurückkehren werden, ist der Einschätzungsspielraum des Ordnungsgebers hinsichtlich der Effektivität verschiedener Maßnahmen kleiner. Bei diesem Einschätzungsspielraum handelt es sich der Sache nach um ein Recht des Staates/Ordnungsgebers auf Irrtum. Ein solches „Recht auf Irrtum“ hat der Staat bei der Inanspruchnahme von Nichtstörern aber nur in sehr geringem Maße. Je größer das abverlangte Sonderopfer ist, umso weniger kann der Staat sich einen Irrtum erlauben. Er muss seine Einschätzung über die Effektivität verschiedener Maßnahmen daher im maximal möglichen Umfang auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse treffen. Nach den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen besteht eine Infektionsgefahr mit SARS-CoV-2, das im Wege der Tröpfcheninfektion übertragen wird, bei Einhaltung eines Mindestabstands zwischen Personen von 1,5 bis 2 m nicht, insbesondere dann nicht, wenn zusätzlich Mundschutz getragen wird. Auch eine Oberflächeninfektion hält das RKI nur theoretisch für möglich, misst dieser theoretischen Möglichkeit aber keine praktische Bedeutung bei. Die Studien von Prof. Dr. Streek vom Universitätsklinikum Bonn bestätigen das. Sämtliche Maßnahmen der Landesregierungen im Kampf gegen SARS-CoV-2 beruhen auf diesen Annahmen. Vor diesem Hintergrund entbehrt die weitere Betriebsschließung von Spielhallen, die bereit und imstande sind, strikte innerbetriebliche Maßnahmen zum Schutz vor Infektionen umzusetzen, einer rationalen, wissenschaftlichen Grundlage. Sie ist schlichtweg derzeit nicht erforderlich. Das zeigt sich insbesondere auch ein

Vergleich mit anderen Betrieben, für die inzwischen in § 4 Abs. 3 CoronaVO weitere Ausnahmen zugelassen wurden. Insoweit verweise ich auf die Ausführungen unter d.

Selbst wenn man im Hinblick auf die Effektivität des Infektionsschutzes einen geringen Vorteil einer Betriebsschließung gegenüber innerbetrieblichen Schutzmaßnahmen sehen wollte, stünde dieser geringe Vorteil außer Verhältnis zu dem damit vom Spielhallenbetreiber abverlangten Sonderopfer. Die weiteren Betriebsschließungen von Spielhallen sind daher derzeit **nicht angemessen**. Im Rahmen dieser die strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung abschließenden Abwägung kommt nunmehr maßgeblich die von Verfassung wegen verlangte Begrenzung der Solidaritätspflichten des *Einzelnen* im Rahmen von *Sonderopfern* zum Tragen. Die Erbringung von Sonderopfern durch Einzelne zur Abwendung von Gefahren für andere oder das Gemeinwesen sind grundsätzlich eine Zumutung, die nur begrenzt abverlangt werden kann. Je geringer dabei der Vorteil ist, der durch das Sonderopfer bei der Gefahrenbekämpfung entsteht, und je größer das Sonderopfer ist, umso weniger kann das Sonderopfer abverlangt werden. Die Vorteile müssen die Zumutung für den Solidarpflichtigen qualifiziert, nämlich *wesentlich* überwiesen. Das ist derzeit in Bezug auf die Schließung von Spielhallenbetrieben nicht (mehr) der Fall. Die Einstellung des Spielbetriebs auf letztlich unbestimmte Zeit – denn auch wenn die Betriebsschließung zunächst nur bis zum 03.05.2020 gilt, muss doch jederzeit mit einer Verlängerung gerechnet werden – kommt für einen Spielhallbetreiber einem (vorübergehenden) totalen Berufsverbot gleich. Die Betriebsschließung entzieht ihm vollständig die Existenzgrundlage. Dabei reduziert sich der Schaden nicht nur auf das Ausbleiben von Gewinnen und damit einen vollständigen Verdienstaustausfall, sondern umfasst auch das Fortlaufen der Betriebskosten, welche das Risiko einer alsbaldigen Insolvenz nach sich zieht. Das steht in keinem Verhältnis zu dem allenfalls marginalen Vorteil im Infektionsschutz, den eine Betriebsschließung gegenüber den o. g. – und ggf. weiterer – Infektionsschutzmaßnahmen erzielen würde. Unter strikter Einhaltung von Mindestabständen sind Infektionen schlichtweg nicht zu erwarten. Von einem wesentlichen Überwiegen des öffentlichen Interesses an einer marginalen weiteren Verbesserung des Infektionsschutzes gegenüber den möglichen innerbetrieblichen Infektionsschutzmaßnahmen kann daher nicht mehr die Rede sein. Die weitere Schließung der Spielhallenbetriebe ist daher inzwischen unangemessen.

Was die Opfergrenze anbelangt, dürfte bis zur Coronapandemie rechtswissenschaftliche Einigkeit bestanden haben, dass die Opfer, die im Rahmen der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Solidarpflichten vom *Einzelnen* in Form von *Sonderopfern* gefordert werden können, nicht so weit gehen, dass einzelne Bürger ihre wirtschaftliche Existenz opfern oder auch nur aufs Spiel setzen müssen. Die Opfergrenze des Solidarpflichtigen ist grundsätzlich auch dann unumstößlich, wenn es um die Abwendung von Lebensgefahren ging.

Sie verläuft auch nicht erst da, wo es um die Gefährdung des eigenen Lebens des Nichtstörers geht. Denn der solidarisch als Nichtstörer in Anspruch Genommene ist für die Gefährdung des Lebens anderer nicht verantwortlich. Das zeigt sich insbesondere in der klaren Beschränkung der Pflicht zur Hilfeleistung in Notfällen nach § 323c StGB. Erhebliche Eigengefährdungen, nicht nur solche körperlicher Art, sind nicht geschuldet. Es zeigt sich aber auch im Tatbestand der § 904 BGB und § 34 StGB. Die Abwendung einer Gefahr zu Lasten eines Nichtstörers ist nur dann erlaubt, wenn die abzuwendende Gefahr die Störung/Beschädigung des anderen wesentlich überwiegt und wenn die Opfergrenze des Nichtstörers nicht überschritten wird. Und diese Grenze ist grundsätzlich auch weiterhin beachtlich, auch wenn SARS-CoV-2 die Gemeinschaft und ihre Verbundenheit im Staat vor unbekannte Herausforderungen stellt. Allerdings ist es für die Bestimmung des konkreten Verlaufs der Opfergrenze maßgeblich, welches konkrete Opfer abverlangt wird und ob die Erbringung des Opfers durch eine Entschädigung wiedergutmacht, d. h. ausgeglichen werden kann. Das ist immer dann der Fall, wenn das Sonderopfer sich vor allem in einem finanziellen Schaden manifestiert. Denn dieser kann durch Geldleistungen, durch eine Entschädigung ausgeglichen werden. Die Möglichkeit der Wiedergutmachung vermag daher auch die Opfergrenze auszudehnen, setzt aber auch voraus, dass ein Rechtsanspruch auf die Entschädigung besteht.

Im Falle der Betriebsschließungen nach § 4 Abs. 1 der CoronaVO ist die Opfergrenze der hierdurch in Anspruch genommenen Nichtstörer jedenfalls dann überschritten, wenn die Betriebsschließungen über einen so langen Zeitraum verhängt werden, dass die Betriebe existentiell bedroht sind, und den betroffenen Betrieben kein Anspruch auf Entschädigung eingeräumt wird. Die existentielle Bedrohung ist bei den inzwischen mehrwöchigen Schließungen selbst bei Spielhallen, mittlerweile gegeben. Eine weitergehende Schließung überschreitet daher die Opfergrenze jedenfalls dann, wenn sie nicht durch eine am Schadensersatz orientierte Entschädigung ausgeglichen wird. Eine solche Entschädigung hat der Verordnungsgeber der CoronaVO aber nicht geregelt. Ob die Pflicht zur Entschädigung sich bereits unmittelbar aus § 56 Abs. 1 IfSG ergibt, ist nach dem aktuellen Stand der Diskussion in Wissenschaft und Rechtsprechung ungewiss. Dagegen sprechen sowohl der eindeutige Wortlaut des § 56 Abs. 1 fSG, der lediglich an Maßnahmen gegenüber Ausscheidern, Ansteckungsverdächtigen, Krankheitsverdächtigen oder sonstigen Trägern von Krankheitserregern nach § 31 S. 2 IfSG und damit an Maßnahmen gegenüber *Störern* anknüpft, als auch der damit verbundene gesetzgeberische Grund für die Gewährung einer Verdienstausfallentschädigung. Die Norm regelt nämlich keine Entscheidung für denjenigen, der ein Sonderopfer erbringt, sondern eine – letztlich sozialstaatliche – Billigkeitsentschädigung, die der wirtschaftlichen Sicherung des betroffenen *Störers* vor materieller Not dient (*Erdle, Infektionsschutzgesetz, 7. Aufl., § 56*). Diese Billigkeitsentschädigung ist vor allem deshalb

gerechtfertigt, weil der Störer in diesen Fällen in der Regel unverschuldet zum Störer wurde – er hat sich i. d. R. unwissentlich bei jemand anderem infiziert – und die Störung auch nicht beseitigen kann. Er rückt damit in die Nähe eines Nichtstörers. Jedenfalls ist er kein Handlungsstörer, sondern lediglich ein Zustandsstörer, der seinen körperlichen Zustand nicht ändern kann. Die Regelungen zur Höhe der Entschädigung und der Abwicklung der Entschädigungszahlung in § 56 Abs. 2 bis 12 IfSG zeigen auch, dass der Gesetzgeber sich hier – jedenfalls für Angestellte – am Leitbild der Normen zum Schutzes in Krankheitsfällen orientiert hat, indem er für die ersten sechs Wochen eine Entschädigung in Höhe des Verdienstaufschlags und danach nur noch in Höhe des Krankengeldes nach § 47 Abs. 1 des SGB V beträgt. Diese Orientierung ist verständlich, steht ein Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern einem (arbeitsunfähig) Erkrankten doch recht nahe; ihm fehlt lediglich die Arbeitsunfähigkeit. Auch der nachträglich im Zuge der Coronapandemie eingefügte § 56 Abs. 1a IfSG zeigt, dass es bei § 56 IfSG letztlich nicht um die Entschädigung eines Sonderopfers geht, sondern lediglich um die Abwendung wirtschaftlicher Not. Geht man daher davon aus, dass weder der Gesetzgeber noch der Ordnungsgeber einen Entschädigungsanspruch für die durch § 4 Abs. 1 der CoronaVO auferlegten Sonderopfer geregelt haben, dann limitiert das die Opfergrenze der Nichtstörern, denen durch die CoronaVO Sonderopfer auferlegt werden. Und diese Opfergrenze verläuft mit Sicherheit nicht erst jenseits des Verlusts der wirtschaftlichen Existenz. Sie ist vielmehr inzwischen für zahlreiche Betriebe erreicht, für manche bereits überschritten. Aus diesem Grund schränkt § 4 Abs. 1 CoronaVO die Grundrechte der betroffenen Nichtstörer nicht mehr in verfassungskonformer, nämlich verhältnismäßiger Art und Weise ein.

Auch unabhängig von den Wechselwirkungen zwischen Opfergrenze und Entschädigung, d. h. auch dann wenn das Sonderopfer sich innerhalb der Opfergrenze hält, sind Sonderopfer von Nichtstörern ausgleichspflichtig. Dabei handelt es sich um eine aus der Verfassung abgeleitete Forderung. Die Regelung in § 4 Abs. 1 CoronaVO verletzt die betroffenen Grundrechte der in Anspruch genommenen Nichtstörer daher mangels Entschädigungsregelung auch dann in verfassungswidriger Weise, wenn man die Opfergrenze (noch) nicht als überschritten ansehen wollte.

Der Senat wird daher bereits im Rahmen *dieses Verfahrens* die Frage, ob sich aus § 56 Abs. 1 IfSG oder aus einer anderen Rechtsgrundlage ein Entschädigungsanspruch der von den Betriebsschließungen betroffenen Betriebe ergibt, zwingend mitentscheiden müssen.

d. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Darüber hinaus rügen wir einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf diejenigen Betriebe, für die nach § 4 Abs. 3 CoronaVO Ausnahmen von § 4 Abs. 1 CoronaVO gelten.

Es ist dabei selbstverständlich, dass Spielhallen nicht mit systemrelevanten Einrichtungen wie Einrichtungen des Polizeivollzugsdienstes, Verkaufsstellen für Lebensmittel, Apotheken, Drogerien, Abgabestellen der Tafeln etc. verglichen werden können und auch nicht mit anderen Versorgungsbetrieben, die für das tägliche Leben der Menschen eine bedeutende Rolle spielen wie etwa Kantinen, Tankstellen, Banken, Waschsalons, Reinigungen etc. Es wird im Hinblick auf die Unterschiede im Infektionsschutz auch keine Gleichstellung mit Abhol- und Lieferdiensten oder Außer-Haus-Verkaufsstellen begehrt.

Eine offensichtliche Ungleichbehandlung besteht aber im Vergleich

- zum Handel mit Kraftfahrzeugen und Fahrrädern,
- zum Buchhandel,
- zum Bau- und Gartenbau,
- und zu sonstigen Einzelhandelsgeschäften mit einer Verkaufsfläche von nicht mehr als 800 qm.

Weitergehende Ausführungen hierzu werden wir machen, sobald uns die gesetzgeberischen Erwägungen des Ordnungsgebers vorliegen. Es ist aber schon jetzt erkennbar, dass dieser Auswahl wohl kaum ein konsistentes Konzept des Infektionsschutzes zugrunde liegt.

3. Zusammenfassung

Die Regelungen in § 4 Abs. 1 CoronaVO verlangen den betroffenen Betrieben als Nichtstörern nicht nur ganz erhebliche, sondern existenzgefährdende Sonderopfer ab. Aus diesem Grund steht die Entscheidung darüber allein dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. An einer solchen hinreichenden parlamentarischen Entscheidung fehlt es bislang. Jedenfalls aber bedarf es einer besonders strikten gerichtlichen Kontrolle, welche genauen Ziele der Staat mit den Betriebsschließungen verfolgt und ob die Betriebsschließung – im jeweiligen konkreten Zeitpunkt – wirklich (noch oder schon) erforderlich zur Erreichung des gesetzten Ziels ist und ob ein etwaiger positiver Effekt, den Betriebsschließungen bei der Bekämpfung der Pandemie haben mögen, groß genug ist, um noch in einem Verhältnis zu dem Sonderopfer zu stehen, das damit abverlangt wird. Und es bedarf einer Entschädigungsregelung, welche sicherstellt, dass die Kosten der Sonderopfer nicht auf den Schultern Einzelner verbleiben, sondern von der

Solidargemeinschaft geteilt werden. Da es an all dem fehlt, verstößt die CoronaVO in aktueller Ausgestaltung in weiten Teilen, jedenfalls aber durch § 4 Abs. 1 CoronaVO gegen höherrangiges Recht und ist daher unwirksam.

Die Mitglieder des Senats mögen sich Folgendes klar machen – an dieser Stelle wende ich mich als Organ der Rechtspflege und Bürgerin in aller Deutlichkeit an Sie:

In der ganzen Bundesrepublik erbringen gerade Millionen von Menschen unfassbare Sonderopfer. Die Rechtspflicht zur Solidarität des Einzelnen wird in einer nie dagewesenen Art und Weise eingefordert. Die abverlangten Sonderopfer treffen die Menschen aber unterschiedlich intensiv und hart. Während die einen um ihre Existenz bangen oder den Insolvenzantrag bereits stellen mussten, sind andere unter voller Fortzahlung der Bezüge freigestellt oder können zumindest erheblich weniger arbeiten (ich denke hier vor allem an so manche Erzieher und Lehrkräfte). Dazwischen sind alle Schattierungen vorhanden. Auch ein großer Teil der Risikogruppe, für die wir alle diese enormen Anstrengungen auf uns nehmen, der Rentner, tragen die finanziellen Kosten dieser Solidarität nicht. Auch wenn also Millionen von Menschen betroffen sind, bleibt das, was von ihnen verlangt wird, ein Sonderopfer, ein Opfer, das nicht alle erbringen müssen. Wen es trifft und wen nicht, ist in großem Maße zufällig und nicht selbst verschuldet. Es hat nichts mit der – auch nur potentiellen – Gefährlichkeit der eigenen Lebensgestaltung oder des eigenen Rechtskreises zu tun.

Es ist eine Frage der Gerechtigkeit – derjenigen Gerechtigkeit, derer uns das Grundgesetz versichert –, dass all diejenigen, die diese Sonderopfer erbringen müssen, auf den Kosten des Sonderopfers nicht sitzen bleiben, sondern diese Kosten von der Solidargemeinschaft gemeinsam getragen werden. Das aber setzt Entschädigung all derjenigen voraus, die Sonderopfer erbringen mussten und müssen. Diese Summen werden gigantisch sein. Gerade deshalb lassen sie sich nicht bagatellisieren und gerade deshalb ist es ungerecht, sie Einzelne allein tragen zu lassen.