

[Zuständiges Verwaltungsgericht]

EILT! BITTE SOFORT VORLEGEN!

[Ort], [Datum]

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

in der Verwaltungsrechtssache

[Einzelhändler]

[vollständige Adresse]

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:

[Anwalt, vollständige Adresse]

gegen

[zuständige Bewilligungsstelle]

[vollständige Adresse]

– Antragsgegnerin –

wegen Dezemberhilfe

vertreten wir die Antragstellerin. Ordnungsgemäße Vollmacht ist beigefügt. Namens und in Vollmacht der Antragstellerin beantragen den

Erlass einer einstweiligen Anordnung

und beantragen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache die außerordentliche Wirtschaftshilfe „Dezemberhilfe“ im begehrten und beantragten Umfang vorläufig zu gewähren und auszuzahlen.

Findet ein Widerspruchsverfahren statt (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen), ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit diesem separaten Schriftsatz bereits parallel zum Widerspruchsverfahren zu stellen.

Der Antrag ist für den Fall einer Teilversagung bzw. der Versagung nur für einen bestimmten Teilzeitraum entsprechend anzupassen.

Der Bescheid der Antragsgegnerin ist als

— Anlage ASt 1 —

beigefügt.

Begründung:

Der besseren Übersichtlichkeit halber stellen wir unseren Ausführungen das folgende Inhaltsverzeichnis voran:

A.	SACHVERHALT	3
I.	Die Antragstellerin	3
II.	Die Lockdown-Maßnahmen von Bund und Ländern im Herbst/Winter 2020/2021.....	3
III.	Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf den Einzelhandel allgemein	7
IV.	Die Corona-Hilfsprogramme und ihre unterschiedliche Ausgestaltung	8
V.	Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf die Antragstellerin im Besonderen.....	21
VI.	Zum Verfahren.....	21
B.	RECHTLICHE WÜRDIGUNG	22
I.	Zulässigkeit	22
II.	Begründetheit – Anordnungsanspruch	26

A. Sachverhalt

I. Die Antragstellerin

Bitte eine Darstellung des Unternehmens und des Handelsgeschäfts der Antragstellerin einfügen, insbesondere zur gehandelten Ware, zum Anteil des stationären Einzelhandels am Umsatz und zur Mitarbeiterzahl.

II. 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.

Glaubhaftmachung: 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/997532/1805024/5353edede6c0125ebe5b5166504dfd79/2020-10-28-mpk-beschluss-corona-data.pdf>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 2 —

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.

Glaubhaftmachung: 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/997532/1820090/11c9749f77a71b9439759538864aa672/2020-11-25-mpk-beschluss-data.pdf>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 3 —

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.

Glaubhaftmachung:

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/997532/1827366/69441fb68435a7199b3d3a89bff2c0e6/2020-12-13-beschluss-mpk-data.pdf>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 4 —

Bitte ggf. Landesverordnung zur Umsetzung benennen und ggf. als Anlage beifügen.

Die seit dem Lockdown vom 16.12.2020 geltenden vollständigen Schließungen des nicht-privilegierten Einzelhandels für den Publikumsverkehr wurden seither verlängert.

Glaubhaftmachung:

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#>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 5 —

Bitte ggf. Landesverordnung zur Umsetzung benennen und ggf. als Anlage beifügen.

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.

Glaubhaftmachung:

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/re-source/blob/997532/1852514/508d851535b4a599c27cf320d8ab69e0/2021-02-10-mpk-data.pdf?download=1>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 6 —

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 Teilnehmern 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 ausschließlich 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.

Glaubhaftmachung: 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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 7 —

Bitte ggf. Landesverordnung zur Umsetzung benennen und ggf. als Anlage beifügen.

III. Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf den Einzelhandel allgemein

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.

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

— Anlage ASt 8 —

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.

Glaubhaftmachung: 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>, beigefügt als

— Anlage ASt 9 —

Zudem dauert der Lockdown des Einzelhandels mittlerweile bereits über zwei Monate an. Aufgrund der durch den Lockdown bedingten Umsatzaufälle wurden die meisten Unternehmen des stationären Einzelhandels in eine prekäre wirtschaftliche Lage versetzt, im stationären Einzelhandel drohen bis zu 50.000 Insolvenzen.

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

— Anlage ASt 10 —

IV. 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.

Glaubhaftmachung: 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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 11 —

Unternehmen der Branchen, die im Rahmen 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.

Glaubhaftmachung:

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, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 12 —

Bitte die Richtlinie des betreffenden Landes benennen und als Anlage beifügen.

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“.

Glaubhaftmachung:

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_Ueberbr%C3%BCckungshilfen.pdf, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 13 —

Bitte die Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bund und dem betreffenden Land benennen und als Anlage beifügen.

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 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.“

Glaubhaftmachung:

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_Ueberbrueckungshilfe.pdf, informationshalber beigelegt als

— Anlage ASt 14 —

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

Glaubhaftmachung:

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, informationshalber beigelegt als

— Anlage ASt 15 —

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 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 EUR 50.000 pro Monat.

Glaubhaftmachung:

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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 16 —

Ziffer 2.4 der Fragen und Antworten zur Überbrückungshilfe II des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums der Finanzen

Glaubhaftmachung: 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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 17 —

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 geleasten 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 2020

Glaubhaftmachung: Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Redaktion/DE/Downloads/bundesregelung-fixkostenhilfe-2020.pdf?blob=publicationFile&v=3>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 18 —

gewährt, die von der Europäischen Kommission mit Entscheidung vom 20.11.2020 genehmigt wurde

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

— Anlage ASt 19 —

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 2020,

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

— Anlage ASt 20 —

die von der Europäischen Kommission mit Entscheidung vom 24.03.2020 genehmigt wurde.

Glaubhaftmachung: 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, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 21 —

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 pro Unternehmen erhöht wurde.

Glaubhaftmachung:

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_amended_28_january_2021_de.pdf, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 22 —

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

Glaubhaftmachung:

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>, informationshalber beigelegt als

— Anlage ASt 23 —

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.

Glaubhaftmachung:

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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 24 —

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 10 Millionen und der von der Kommission genehmigten Geänderten Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020 vorgesehen, maximal EUR 1.800.000. Hinzu kommt weiter eine Beihilfe nach der De-Minimis-Verordnung von maximal EUR 200.000, so dass sich ein beihilferechtlich zulässiger Höchstbetrag von EUR 12 Millionen ergibt. Durch die Verlängerung und Erweiterung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen während der Corona-Pandemie (Temporary Framework) durch die Europäische Kommission am 28.01.2021

Glaubhaftmachung:

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_amended_28_january_2021_de.pdf, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 25 —

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.

Glaubhaftmachung: 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/Dokument/e/FAQ/Ueberbrueckungshilfe-III/ueberbrueckungshilfe-III.html>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 26 —

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

Dezemberhilfe antragsberechtigt und werden auf die Überbrückungshilfe verwiesen.

Glaubhaftmachung: 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>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 27 —

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.

Glaubhaftmachung: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zur „Novemberhilfe“ und „Dezemberhilfe“, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Dokumente/FAQ/Ausserordentliche-Wirtschaftshilfe/ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 28 —

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.

Glaubhaftmachung: 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>., informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 29 —

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 1.800.000, nach der De-Minimis-Verordnung von maximal EUR 200.000 (zusammen „Novemberhilfe“) und nach der von der Kommission genehmigten Bundesregelung Fixkostenhilfe 2020 bis maximal EUR 10 Millionen („Novemberhilfe plus“) vorgesehen, so dass sich wieder ein beihilferechtlich zulässiger Höchstbetrag von EUR 12 Millionen ergibt.

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

Glaubhaftmachung:

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_2_237898_57_2.pdf, informationshalber beigefügt als

— Anlage ASt 30 —

V. Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Lockdown auf die Antragstellerin im Besonderen

Bitte eine Darstellung einfügen, für welchen Zeitraum genau die Antragstellerin von einer Schließungsanordnung/von Lockdown betroffen war, sowie der wirtschaftlichen Folgen des Lockdown für das Handelsunternehmen der Antragstellerin im Einzelnen, insbesondere den entgangenen Umsatz im Vergleich zum Vorjahresmonat, trotz Lockdown fortlaufende Fixkosten, Verluste aus Saisonwaren und verderblichen Waren, die nicht abgesetzt werden konnten, wirtschaftliche Schwierigkeiten aufgrund von Liquiditätsengpässen, mit entsprechenden Belegen als Beweis bzw. Glaubhaftmachung, sowie in welchem Umfang der Antragstellerin durch Versagung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe/Dezemberhilfe im Unterschied zu anderen Hilfsprogrammen Hilfen entgehen. Für welchen Zeitraum dies im Einzelnen darzustellen ist, hängt unternehmensindividuell davon ab, für welchen beihilfefähigen Zeitraum die außerordentliche Wirtschaftshilfe/Dezemberhilfe beantragt wurde.

VI. Zum Verfahren

Die Antragstellerin hat die außerordentliche Wirtschaftshilfe/Dezemberhilfe am [Datum], ggf. über den Steuerberater/Wirtschaftsprüfer, [vollständige Adresse], beantragt.

Die Antragstellerin hatte keine andere Möglichkeit, als den Antrag selbst zu stellen, statt über einen prüfenden Dritten: Das Antragsportal forderte vom prüfenden Dritten die Bestätigung, dass die Antragstellerin vom Lockdown, im Sinne einer staatlichen Schließungsverordnung im November 2020, direkt oder indirekt betroffen ist. Weil der Betrieb der Antragstellerin als Unternehmen des Einzelhandels erst aufgrund der Beschlüsse des Bundes und der Länder vom 13.12.2020 schließen musste, hat sie den Antrag selbst gestellt.

Der vorstehende Absatz ist für den Fall von Belang, dass der Antrag auf außerordentliche Wirtschaftshilfe selbst gestellt wurde und nicht über einen prüfenden Dritten,

also Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer. Wurde der Antrag über einen prüfenden Dritten gestellt, kann der vorstehende Absatz entfallen.

Die Antragsgegnerin hat den Antrag mit Bescheid vom [Datum] wesentlich mit der Begründung abgelehnt/teilweise abgelehnt:

Bitte den Umfang der Ablehnung bzw. der gewährten besonderen Wirtschaftshilfe sowie die wesentlichen Gründe des ablehnenden Bescheids darstellen.

Hiergegen hat die Antragstellerin am [Datum] Widerspruch erhoben.

Glaubhaftmachung: Widerspruch der Antragstellerin vom [Datum], in Kopie beigelegt als

— Anlage ASt 31 —

Über den Widerspruch der Antragstellerin ist noch nicht entschieden.

B. Rechtliche Würdigung

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist zulässig.

Insbesondere ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (dazu 1.), das Verwaltungsgericht am Sitz der Antragstellerin zuständig (dazu 2.) und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft (dazu 3.). Auch im übrigen liegen die allgemeinen (dazu 4.-6.) und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen (dazu 7.) eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vor.

1. 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. Die Geltendmachung eines Anspruch auf Erteilung einer staatlichen Subventionierung ist stets Gegenstand einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit.

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

2. Zuständigkeit

Das erkennende Gericht ist zuständig gemäß § 52 Nr. 3 Satz 1 bzw. Sätze 5, 1, 2 VwGO als das Verwaltungsgericht am Sitz der Antragstellerin, an den der

streitgegenständliche versagende Bescheid der Antragsgegnerin adressiert war. Die örtliche Zuständigkeit am Sitz der Antragstellerin ergibt sich bei einer Behörde, deren Zuständigkeit sich auf mehrere Verwaltungsgerichtsbezirke erstreckt, aus § 52 Nr. 3 Sätze 5, 1, 2 VwGO.

3. Statthaftigkeit des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist statthaft. Gegen die Versagung einer Subvention durch einen ablehnenden Bescheid ist in der Hauptsache die Verpflichtungsklage statthaft.

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

Mit der in Hauptsache zu erhebenden Verpflichtungsklage liegt eine Klage vor, die im vorläufigen Rechtsschutz mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zu flankieren ist. Hier begehrt die Antragstellerin eine vorläufige Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses in Bezug auf die Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe, also die Begründung einer Rechtsposition. Hierfür ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft

Die nachfolgenden Ausführungen unter dieser Ziffer 3. sind für den Fall von Bedeutung, dass die Antragstellerin den Antrag auf die außerordentliche Wirtschaftshilfe bzw. Dezemberhilfe selbst gestellt hat und nicht über einen prüfenden Dritten.

Der Statthaftigkeit steht auch nicht entgegen, wenn der Antrag bereits als unzulässig abgelehnt wurde. Ihr steht insbesondere nicht entgegen, dass der Antrag von der Antragstellerin selbst und nicht über einen prüfenden Dritten, also einen Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, gestellt wurde.

Das Antragsportal forderte vom prüfenden Dritten die Bestätigung, dass der Antragsteller vom Lockdown, im Sinne einer staatlichen Schließungsverordnung im November 2020, direkt oder indirekt betroffen ist. Weil der Betrieb der Antragstellerin als Unternehmen des Einzelhandels erst aufgrund der Beschlüsse des Bundes und der Länder vom 13.12.2020 schließen musste, hatte die Antragstellerin keine andere Möglichkeit, als den Antrag selbst zu stellen, so dass dies der Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage bzw. des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht entgegenstehen kann.

Für Anträge gilt der Grundsatz der Formfreiheit, für die Anordnung einer bestimmten Form bedarf es dagegen einer Regelung durch Gesetz oder Rechtsverordnung,

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

die hier nicht ersichtlich ist. Materiellrechtlich kann ein Anspruch etwa nicht schon deshalb entfallen, weil ein Antrag nicht auf verlangten Vordrucken gestellt worden ist.

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

Die Antragstellung darf durch das Erfordernis von Formblättern nicht unzumutbar erschwert werden.

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

4. Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Für die Antragstellerin besteht auch Antragsbefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO. Gegen die Versagung einer Subvention besteht Rechtsschutz auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.

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

Dass Einzelhändler wie die Antragstellerin gleichheitswidrig keine Dezemberhilfe erhalten, begründet die mögliche Betroffenheit der Antragstellerin in Art. 3 Abs. 1 GG. Diese ist für den von der Versagung betroffene Antragstellerin unmittelbar und begründet die Antragsbefugnis.

5. Vorverfahren

Das Vorverfahren wird auf den Widerspruch der Antragstellerin vom [Datum] unter dem Aktenzeichen [Aktenzeichen] geführt. Über den Widerspruch der Antragstellerin wurde noch nicht entschieden. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann insbesondere gemäß § 123 Abs. 1 VwGO bereits vor Klageerhebung gestellt werden.

6. Antragsgegner (§ 78 VwGO analog)

[Variante 1:]

Antragsgegner gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist die Bewilligungsstelle des Landes selbst. Eine Anstalt des öffentlichen Rechts oder ein beliehenes Unternehmen ist selbst Antragsgegnerin.

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

Dies ist der Fall in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

[Variante 2:]

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

[Variante 3:]

In Nordrhein-Westfalen ist der Antragsgegner in Ermangelung einer abweichenden landesgesetzlichen Regelung gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die jeweilige Bezirksregierung, da in Nordrhein-Westfalen die Bewilligungsstellen die Bezirksregierungen sind.

[Variante 4:]

In Hessen, wo die Bewilligungsstelle das Regierungspräsidium Gießen ist, ist der Antragsgegner in Ermangelung einer abweichenden landesgesetzlichen Regelung gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Hessen, vertreten durch das Regierungspräsidium Gießen.

7. Besondere Voraussetzung des Antrages auf Erlass einer einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO

Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Sinne einer Regulationsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO liegen auch die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen vor.

Die Antragstellerin begehrt nach wie vor die Gewährung der Dezemberhilfe, so dass grundsätzlich auch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. 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.

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

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.

II. Begründetheit – Anordnungsanspruch

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet: Der Anordnungsanspruch ist gegeben, weil die Versagung als Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

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 1.), die nicht gerechtfertigt ist (dazu 2.). 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 3.). Eventuell bereits gewährte anderweitige Corona-Hilfen werden auf die den betroffenen Einzelhändlern zustehenden außerordentlichen Wirtschaftshilfen angerechnet.

1. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte und Personengruppen

Die Antragstellerin unterliegt einer Ungleichbehandlung in Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Unter Berücksichtigung des rechtlichen Maßstabs des Art. 3 Abs. 1 GG (dazu a)) 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 b)). 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 c)).

a) 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.

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.

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

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.

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.

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

Deshalb findet der vorgenannte Maßstab auch Anwendung auf die Corona-Hilfen. Bei diesen handelt es sich um **Billigkeitsleistungen**.

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.

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 Verwaltungsvorschriften,

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

und Verwaltungsvereinbarungen,

z. B. Verwaltungsvereinbarung über Soforthilfen des Bundes für die Gewährung von Überbrückungshilfen als Billigkeitsleistungen für Corona-Soforthilfen insbesondere für kleine Unternehmen und Soloselbständige,

geregelt. Die Auszahlung erfolgt auf Grundlage eines Bewilligungsbescheids. Auf Billigkeitsleistungen besteht *per definitionem* zwar kein Anspruch. Der Staat ist aber verpflichtet, Leistungen unter Beachtung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu gewähren.

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

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

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.

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

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

b) November- und Dezemberhilfe als Ungleichbehandlung von im Wesentlichen vergleichbaren Sachverhalten und Personengruppen

Die Antragstellerin als Unternehmen des Einzelhandels wird gegenüber vom November-Lockdown betroffenen Unternehmen ungleich behandelt, obwohl sie eine im wesentlichen vergleichbare Personengruppe darstellen und beide von einem wesentlich vergleichbaren Sachverhalt betroffen sind.

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 aa)) wesentlich gleiche Personengruppen und Sachverhalte (dazu bb)).

aa) 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 wie dem der Antragstellerin werden Sachverhalte und Personengruppen ungleich behandelt.

Denn die bereits im Rahmen des Lockdown Light von Betriebsschließungen betroffenen Unternehmen und Betriebe u. a. der Gastronomie und des Gastgewerbes erhalten mit der außerordentlichen Wirtschaftshilfe der November- und Dezemberhilfe eine teilweise Entschädigung für die Corona-bedingten staatlichen 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 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.

Glaubhaftmachung: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Fragen und Antworten zur „Novemberhilfe“ und „Dezemberhilfe“, abrufbar unter <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Dokumente/FAQ/Ausserordentliche-Wirtschaftshilfe/ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>, bereits informationshalber vorgelegt als

— Anlage ASt 28 —

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.

Glaubhaftmachung:

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

— Anlage ASt 32 —

- 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. 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.

bb) 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 (1)), aus der wesentlich gleichen Betroffenheit durch die Betriebsschließungen (dazu (2)) sowie aus den wesentlich gleichen wirtschaftlichen Wirkungen der Betriebsschließungen auf die betroffenen Unternehmen der beiden Personengruppen (dazu (3)). Graduelle Unterschiede zwischen den Personengruppen und Sachverhalten sind nicht geeignet, die wesentliche Vergleichbarkeit infrage zu stellen (dazu (4)).

(1) Wesentliche Gleichheit der Sachverhalte und Personengruppen angesichts gleichen Relevanz für die Versorgung der Bevölkerung

Im Kontext der Corona-bedingten Betriebsschließungen existieren an anderer Stelle 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.

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.

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.

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 Raucherverbotsregelungen 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.

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

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer anderen Raucherverbotsregelung ordnete das Bundesverfassungsgericht sogar Gaststätten und Diskotheken der gleichen Vergleichsgruppe zu und verwarf

deren Ungleichbehandlung als gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss.

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

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.

(2) 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 Betriebs-schließungen 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 teilweise auch online anbieten können, dafür aber allenfalls stark eingeschränkte finanzielle Gegenleistungen erhalten.

- (3) 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.

- (4) 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 zuvor 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.

c) Zeitliche Anknüpfungspunkte und Dauer der Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung besteht nicht nur für den Zeitraum vom 16.12. bis 31.12.2021 (dazu aa)), sondern insgesamt über einen Zeitraum von zwei Monaten (dazu bb)).

aa) 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 Unternehmen 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.

bb) 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 Wirtschaftshilfe 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.

2. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

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

a) Rechtlicher Maßstab

Werden wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich oder wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt, ist dies unzulässig, soweit dies nicht gerechtfertigt ist. 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.

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.

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.

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.

Das Bundesverfassungsgericht verwendet dabei für die Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen in seiner neueren Rechtsprechung einen stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab.

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

Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen der zulässigen Ungleichbehandlung bzw. der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Diese reichen vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse.

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.

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.

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.

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.

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.

In der Folge sind allenfalls Ungleichbehandlungen geringer Intensität schon dann gerechtfertigt, wenn sie der Willkürformel entsprechen (sog. „Willkürformel“).

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

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.

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.

Dies gilt nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch für einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss.

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

Dabei wird bei der Leistungsverwaltung und speziell bei Subventionen dem Zuwendungsgeber zwar grundsätzlich ein größerer Gestaltungsspielraum zugebilligt als im Bereich der Eingriffsverwaltung.

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.

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.

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

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.

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

Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Bindung.

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

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.

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.

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.

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.

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.

b) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

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

aa) 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 (1)). 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 (2)).

(1) Strenger Maßstab wegen schwerster Grundrechtseingriffe

Aufgrund der massiven grundrechtlichen Auswirkungen der Ungleichbehandlung ist die Anwendung eines strengen Maßstabes geboten.

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.

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.

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.

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.

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) darstellen.

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.

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.

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.

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.

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.

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

Es drängt sich auf, 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.

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

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.

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

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass dies der vorliegenden Konstellation mehrere Monate lang anhaltender Betriebsschließungen sehr nahe kommt.

Davon unabhängig besteht vor diesem Hintergrund kein Zweifel daran, dass es sich um schwerste Eingriffe in elementare Grundrechte handelt.

- (2) Strenger Maßstab wegen der Zielsetzung und Wirkungen der Corona-Hilfsleistungen als teilweise Kompensation der Grundrechtseingriffe für existenzgefährdende Wirkungen der Betriebschließungen

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 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.

Die Verhältnismäßigkeit lang anhaltender und existenzbedrohender Schließungsanordnungen ist nicht abschließend geklärt und kann ggf. nur bei Gewährung hinreichender Entschädigungen aufrechterhalten werden.

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

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 Lockdown 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 ausgezahlt 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 sie schließen. Die weitgehend entschädigungslosen Betriebsschließungen bedrohen gerade kleine und 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, deren 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.***

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

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.

bb) Kein sachlicher Grund für Ungleichbehandlung

Für die Ungleichbehandlung der Antragstellerin als Einzelhandelsunternehmen besteht auch kein sachlicher Grund.

(1) Kein rechtserheblicher sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorgetragen

Das Vorliegen sachlicher Gründe für die Ungleichbehandlung wird nicht einmal behauptet.

Berücksichtigt man die verfügbaren Informationen, so haben Bund und Länder sowie die für die November- und Dezemberhilfe zuständigen Bewilligungsstellen keinerlei sachliche Gründe dafür vorgebracht, 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.

- (2) 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.

- (3) 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 ginge 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.

(4) Keine Rechtfertigung höherer Entschädigungen durch Gestaltungsspielraum und Typisierungsbefugnis des Regelungsgebers

Auch der dem Regelungsgeber regelmäßig zugestandene Gestaltungsspielraum und die damit verbundene Typisierungsbefugnis rechtfertigt die Ungleichbehandlung der vom Lockdown ab dem 16.12.2020 betroffenen Unternehmen und Betriebe insbesondere des Einzelhandels nicht.

Zunächst 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 hat zur Folge, dass die Behörde verpflichtet ist, auch die zu Unrecht von der Begünstigung ausgeschlossene Personengruppe zu begünstigen,

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

– 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 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.

3. Rechtsfolge: Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe

Als Rechtsfolge der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung steht der Antragstellerin ein Anspruch auf Gewährung der außerordentlichen Wirtschaftshilfe zu, weil hier die gleichheitswidrige Regelung auch ohne erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers **auf zu Unrecht ausgeschlossene Personengruppen erstreckt** werden kann.

a) 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.

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.

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.

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.

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. Im Grundsatz kann ein Gericht nach 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.

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.

Eine Erstreckung der gleichheitswidrigen Regelung auf die zu Unrecht ausgeschlossenen 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.**“*

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, Hervorhebung nur hier.

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

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

Die **Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes beim Erlass von Rechtsverordnungen, Satzungen und anderen Rechtsnormen der Verwaltung** gleichen im Wesentlichen den Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes bei förmlichen Gesetzen.

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

Grundsätzlich kommt es auch hier unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums 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 Verfassungswidrigkeit resultierende Lücke zu schließen ist.

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

Allerdings kann die Rechtsfolge der gerichtlichen Geltendmachung der Ungleichbehandlung auch hier die **Ausweitung einer Begünstigung** sein, sofern nur so ein verfassungsmäßiger Zustand hergestellt werden kann,

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,

also wenn ausnahmsweise nur eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung verfassungsgemäß ist.

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

Hierfür prüft die Rechtsprechung, ob Alternativen zur Verfügung stehen, die den Gleichheitsverstoß beseitigen und einen verfassungskonformen Zustand herbeiführen.

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

In **zeitlicher Hinsicht** bleibt es grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen, die gleichheitswidrig ausgeschlossene Gruppe in die Begünstigung einzubeziehen, die Begünstigung insgesamt abzuschaffen oder den Kreis der Begünstigten neu zu bestimmen.

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.

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.

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

Denn durch den gebotenen Vertrauensschutz für diejenigen, die vom bisherigen Recht begünstigt waren, muss die Regelung für die Vergangenheit weiterhin Bestand haben.

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.

Dies gilt auch für Vertrauensschutz schaffende Normsetzung durch die Verwaltung.

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.

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.

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.

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 privilegierter Personengruppen.

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.

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, so muss einer auf die Einbeziehung in eine staatliche Leistung bzw. auf Subventionsbewilligung oder Leistung gerichtete Klage aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) stattgegeben werden.

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.

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.**“*

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

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 unstreitig 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.*

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

Die voranstehend dargestellte Rechtsprechung **gilt auch für Subventionen, deren Erteilung im Ermessen der Verwaltung steht.**

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

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.

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

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 ständiger Förderpraxis der Antragsgegnerin auch positiv verbeschieden werden.

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.

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.

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

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.

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

Im Ergebnis kann bei einer solchen Selbstbindung wider Willen nichts anderes gelten als bei einem durch eine Rechtsverordnung bewirkten Gleichheitsverstoß: Diesen kann der Ordnungsgeber für die Vergangenheit nur noch dadurch heilen, dass er die betreffende Leistung auch den zu Unrecht Ausgeschlossenen gewährt.

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

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.

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

Zu Zahlungsansprüchen kommt es, 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.

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

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

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.

- b) Vorliegend: Anspruch auf Gewährung außerordentlicher Wirtschaftshilfen

Gemessen hieran steht der Antragstellerin als vom Lockdown ab dem 16.02.2020 betroffenes Unternehmen des Einzelhandels 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 verantwortlich – 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 einen nachträgliche Gleichbehandlung zu begünstigen, weil nur so der praktizierte Gleichheitsverstoß geheilt werden kann.

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

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 grundsätzlich 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.

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

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.

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

Auch eine andere Alternative zur Herbeiführung eines verfassungskonformen Zustands steht ihm nicht zur Verfügung. Allein dadurch, dass die Beilligungsstelle 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.

- c) 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:

- 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 der Anspruch der betroffenen Einzelhändler wie der Antragstellerin 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.

- d) Kein Anspruchsausschluss mit Blick auf verfügbare Haushaltsmittel

Die Antragsgegnerin kann gegen den Anspruch der anspruchsberechtigten Einzelhändler nicht einwenden, dass für die Beseitigung der Ungleichbehandlung keine Haushaltsmittel zur Verfügung stünden.

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

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 betreffenden Jahres nicht veranschlagt hatte.

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

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.

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

All dies betrifft jedoch Fragen der staatsinternen Finanzierung, die den Anspruch der anspruchsberechtigten Einzelhändler unberührt lassen.

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

e) Keine Anspruchsausschluss mit Blick auf beihilferechtliche Vorgaben

Die Antragsgegnerin 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.

III. Begründetheit – Anordnungsgrund

Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO besteht auch ein Anordnungsgrund.

Der Anordnungsgrund besteht in den irreparablen Nachteilen der Antragstellerin als Unternehmen des stationären Einzelhandels, dem aufgrund des hoheitlich angeordneten Lockdowns ab dem 16.12.2020 maßgeblich die Umsätze des Weihnachtsgeschäfts fehlen. Aufgrund der Versagung der Dezemberhilfe bekommt die Antragstellerin diese fehlenden Umsätze auch nicht ersetzt. Diese Liquidität benötigt die Antragstellerin aber dringend, weil sie mit der Beschaffung von zum großen Teil Saisonware in Vorleistung gehen musste und nun wegen ausbleibender 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.

Die wirtschaftliche Not aufgrund des Fehlens des Umsatzes aus dem Weihnachtsgeschäft und der dahingehend fehlenden Entschädigung in Bezug auf den Umsatz sind mit Bezug auf V. des Sachverhalts vertieft auszuführen und zu Belegen, um den Anordnungsgrund zu substantiieren.

Nach alledem ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO stattzugeben.

Rechtsanwalt