

sigkeit nicht schadet, kann die Erstattung nach § 31 Abs. 2 GmbHG nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.

Nur für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 GmbHG nicht vorliegen, sind – so der BGH⁷⁶ – Auszahlungen auf Gewinnanteile nach § 32 GmbHG insgesamt geschützt, wenn der Empfänger sie in gutem Glauben bezogen hat.

10. Reichweite des Verzichts- und Vergleichsverbots

Nach § 9 b Abs. 1 S. 1 GmbHG ist ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9 a GmbHG oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.

Der BGH⁷⁷ hat jedoch bereits entschieden, dass § 9 b Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht für den Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft gilt, was damit begründet wird, dass sich aus dem Wortlaut und der Begründung des Gesetzes nicht ergibt, dass der Gesetzgeber insolvenzrechtliche Sachverhalte die GmbH betreffend in den Blick genommen hat, und der Gläubigerschutz, dem § 9 b Abs. 1 S. 1 GmbHG ausschließlich dient, im eröffneten Verfahren durch die Regelungen der InsO ersetzt wird und einer Geltung der Vorschrift die Aufgaben und Stellung des Insolvenzverwalters entgegenstehen.⁷⁸

§ 15 b Abs. 4 S. 5 InsO regelt jetzt auch ausdrücklich, dass das Verzichts- und Vergleichsverbot nach § 15 b Abs. 4 S. 4 InsO u. a. dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn ein Insolvenzverwalter für eine juristische Person handelt, womit der Gesetzgeber in Übernahme der Rechtsprechung des BGH die Einschränkung des Verzichts- und Vergleichsverbots für den Insolvenzverwalter klarstellen wollte.⁷⁹

In diesem Zusammenhang stellt der BGH⁸⁰ jetzt fest, dass eine Vereinbarung über Ansprüche aus § 64 S. 1 GmbHG i. d. F. vom 23. Oktober 2008 auch dann dem Verzichts- und Vergleichsverbot unterliegt, wenn ihr der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts zugestimmt hat.

76 BGH, Urt. v. 2. Dezember 2021, WM 2022, 126, juris Rn. 30.

77 BGH, Urt. v. 14. Juni 2018 – IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 21 = NJW 2018, 2494.

78 BGH, Urt. v. 20. April 2021 – II ZR 387/18, ZIP 2021, 1109, juris Rn. 30 = WM 2021, 1085 = GmbHR 2021, 868 m. Anm. Münnich. Vgl. auch die Anmerkungen von Undritz/Ruster, EWIR 2021, 421 und Fehl-Weiland, NZI 2021, 641.

79 BGH, Urt. v. 20. April 2021 – II ZR 387/18, ZIP 2021, 1109, juris Rn. 30, unter Bezugnahme auf den RegE eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), BT-Drs. 19/24181, S. 195.

80 BGH, Urt. v. 20. April 2021 – II ZR 387/18, ZIP 2021, 1109 – Leitsatz.

Betriebliche Pandemiepläne als Mittel zur Vermeidung von Betriebschließungen

Prof. Dr. Peter Hantel / Peter Zimmermann, Wildau*

Die Corona-Pandemie stellt kleine und mittelständische Betriebe vor besondere Herausforderungen. An der Technischen Hochschule Wildau wurde daher 2021 ein vom Bundesministerium für Bildung und Forschung gefördertes Projekt zur „Analyse der Realisierung und Wirksamkeit von betrieblichen Pandemieplanungen“ (RESPAN) durchgeführt. Dabei wurden auch die verwaltungsrechtlichen Auswirkungen einer betrieblichen Pandemieplanung im Hinblick auf Betriebschließungen untersucht. Gegenstand dieses Teilaspekts war, ob es Betrieben durch geeignete Schutz- und Hygienepläne möglich ist, gesetzlich oder behördlich angeordnete Betriebschließungen zu vermeiden oder abzumildern.¹

I. Bundes- und landesrechtliche Regelungen zum betrieblichen Infektionsschutz

Bundesrechtlich ist zwischen den arbeitsschutzrechtlichen Regelungen nach dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und den spezielleren Regelungen nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) zu unterscheiden. Beide Materien gehören nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und 19 GG zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes.²

1. Infektionsschutz nach dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)

Die arbeitsschutzrechtlichen Grundlagen ergeben sich aus den §§ 3, 4 ArbSchG. Danach ist der Arbeitgeber verpflicht-

et, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Die Arbeit ist dabei so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird, § 4 Nr. 1 ArbSchG. Es handelt sich hierbei um allgemeine arbeitsschutzrechtliche Grundsätze, die unabhängig von der Corona-Pandemie zur Anwendung kommen.

Konkretere öffentlich-rechtliche Verpflichtungen für den Arbeitgeber ergeben sich sodann aus weiteren bundesrechtlichen Corona-Verordnungen, vor allem aus der SARS-Cov-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV).³ Nach § 2 CoronaArbSchV hat der Arbeitgeber auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung und unter Berücksichtigung der

* Der Autor Hantel lehrt an der Technischen Hochschule Wildau. Der Autor Zimmermann ist dort akademischer Mitarbeiter.

1 Für diese Untersuchung wird nicht zwischen betrieblichen Hygiene- und sonstigen Schutzkonzepten und betrieblichen Pandemieplänen unterschieden. Betriebliche Pandemiepläne sind aber regelmäßig umfassender, weil sie neben Schutz- und Hygienefragen auch andere Aspekte zum Inhalt haben, wie etwa IT Sicherheit, Lieferketten, Homeoffice, Controlling, Personalreserven usw.

2 Waldhoff, NJW 2021, 2773; ferner Kingreen, Jura 2020, 1030.

3 Stand 22. November 2021 bei einer Geltung bis zum 19. März 2022.

SARS-2-Cov-2 Arbeitsschutzregeln in einem Hygienekonzept die erforderlichen Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz umzusetzen.⁴ Damit hat der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung und ein betriebliches Hygienekonzept, verbunden mit Kontaktreduktionen im Betrieb, zu entwerfen.⁵

2. Infektionsschutz nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG)

Während das ArbSchG Vorgaben für den internen betrieblichen Schutz am Arbeitsplatz zum Inhalt hat, ergeben sich aus dem IfSG Ermächtigungsgrundlagen für die Ordnungs- bzw. Gesundheitsbehörde, konkret gegenüber Betrieben im Wege von Untersagungen oder Beschränkungen vorzugehen, wenn dies zum Infektionsschutz geboten ist.

a) Vollzugsbedürftige Ermächtigungsgrundlagen in §§ 28, 28 a IfSG

So enthält § 28 IfSG die Ermächtigung für die zuständigen Gesundheitsbehörden, konkrete Schutzmaßnahmen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten bei Menschen gegenüber Arbeitgebern zu erlassen. Diese allgemeine Ermächtigungsgrundlage wird in § 28 a IfSG konkretisiert.⁶ So kann durch Verwaltungsakt u. a. die Untersagung oder Beschränkung des Betriebes, von Reisen, von Übernachtungsangeboten und von Werbeaktionen angeordnet werden. Auch besteht die Möglichkeit, Betriebe zur Verarbeitung von Kontaktdaten von Kunden/Gästen und zur Erstellung und Anwendung von betrieblichen Hygiene- und sonstigen Schutzkonzepten zu verpflichten.

b) Verbot nach §§ 28 b IfSG ohne Impfung oder Test die Betriebsstätte zu betreten.

Während die §§ 28, 28 a IfSG eine Ermächtigungsgrundlage für die Gesundheitsbehörden darstellen, Verfügungen gegenüber Arbeitgebern zu erlassen, enthält der § 28 b IfSG⁷ seit dem 24. November 2021 ein unmittelbar für Arbeitgeber und Beschäftigte geltendes Verbot, ohne Impfung, Genesung oder aktueller Testung die Betriebsstätte zu betreten.⁸ Der Arbeitgeber ist insoweit berechtigt, Genesenen- oder Impfnachweise und Testzertifikate zu kontrollieren.

c) Landesrechtliche Regelungen zum betrieblichen Infektionsschutz

Den Bundesländern verbleiben Gesetzgebungskompetenzen im Zusammenhang mit der allgemeinen Gefahrenabwehr und dem Katastrophenschutz.⁹ Ergänzend zu nennen ist zudem die Ermächtigungsgrundlage nach § 32 IfSG, wonach die Landesregierungen ermächtigt werden, Maßnahmen zur Bekämpfung von Infektionsschutzkrankheiten bei Menschen durch Rechtsverordnungen vorzuschreiben. Es handelt sich hier zwar nicht um eine Gesetzgebungskompetenz der Länder zum Erlass förmlicher Gesetze. Vielmehr werden die Länder hier entsprechend Art. 80 I GG durch Bundesgesetz ermächtigt, Rechtsverordnungen – also keine materiellen Gesetze – zu erlassen.¹⁰

So enthalten landesrechtliche Corona-Verordnungen oder Eindämmungsverordnungen einschlägige Pflichten gegenüber den Arbeitgebern. Dabei ist festzustellen, dass in fast allen landesrechtlichen Corona-Verordnungen/Eindämmungsverordnungen auf die Corona-ArbSchV verwiesen

wird.¹¹ Damit sind bei Festlegung der landesrechtlichen Maßnahmen die arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen des Bundes in der jeweils geltenden Fassung zu beachten.¹²

d) Öffentlich rechtliche Vorgaben für betriebliche Pandemiepläne

Somit gibt das Öffentliche Recht und die darauf beruhenden Anordnungen der Behörde den Rahmen der von Betrieben zu ergreifenden Maßnahmen vor. Die von den von Betrieben entwickelten Pandemiepläne bauen auf den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des ArbSchG und IfSG einschließlich den dazu erlassenen Rechtsverordnungen auf.¹³

Die in diesen Normen allgemein gehaltenen Hygiene- Abstands- und sonstigen Schutzpflichten werden durch konkretere, auf die betriebliche Situation bezogene Pandemiepläne ergänzt¹⁴ Pandemiepläne stellen damit arbeitsschutzrechtlich innerbetriebliche Maßnahmen aufgrund gesetzlicher Vorgaben und arbeitsrechtlich Betriebsvereinbarungen dar, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Ordnung im Betrieb) zustimmungspflichtig sind. Sofern kein Betriebsrat besteht, handelt es sich um betriebliche Einheitsregelungen, die ein Betrieb im Rahmen seines Direktionsrechts entsprechend § 106 GewO nach billigem Ermessen erlassen darf.

4 Grundlage für diese Rechtsverordnung ist § 18 ArbSchG, wonach die Bundesregierung ermächtigt wird, durch Rechtsverordnungen Maßnahmen zur Abwehr für Gefahren von Beschäftigten vorzuschreiben. Die Verpflichtungen nach der Corona-ArbSchVO ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz. Eine Umsetzung durch Verwaltungsakt ist nicht erforderlich.

5 Wie oben bereits ausgeführt, soll für diese Untersuchung zwischen betrieblichen Hygienekonzepten und Pandemieplänen kein Unterschied gemacht werden.

6 Vgl. hierzu *Kingreen* in NJW 2021, 1768, der die Bezeichnung *Parlamentarisierung der Schutzmaßnahmen* wählt.

7 Die Geltungsdauer der als Bundesnotbremse bezeichneten Vorgängerregelung war bis zum Ablauf des 30. Juni 2021 beschränkt. BT-Drs. 19/28444.

8 Die Vorgänger-Regelung die sog. Bundesnotbremse ist nach dem Beschluss BVerfG vom 19. November 2021 – 1 BvR 781/21 u.a., NVwZ-Beilage 2022, 7 m. Anm. *Boehme-Neßler*, mit dem GG – insbesondere mit Art. 6 I und 2 I GG – vereinbar. Vgl. zu § 28 b IfSG auch *Klein*, NJ 2022, 65 ff.

9 Während der Schutz der Zivilbevölkerung im Verteidigungsfall nach Art. 73 I Nr. 1 GG zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gehört (sog. Zivilschutz) bleibt der Katastrophenschutz im Frieden nach dem Art. 30, 70 GG Sache der Länder.

10 Vgl. hierzu *Mayen*, NVwZ 2020, 828, 832; *Dreier*, DÖV 2021, 238; *Ritter*, Der Landkreis, 2021, 209; ferner auch *Kingreen*, NJW 2021, 2770; *Amhaouach/Huster/Kießling/Schaefer*, NVwZ 2021, 826; *Waldhoff*, NJW 2021, 2772.

11 So sind nach § 8 I der 2. Verordnung über befristete Eindämmungsmaßnahmen im Land Brandenburg v. 23. November 2021 Arbeitgeber auf der Grundlage einer angepassten Gefährdungsbeurteilung verpflichtet, ein Hygienekonzept nach den aktuellen Vorgaben des Arbeitsschutzrecht des Bundes umzusetzen.

12 Vgl. u.a. Hamburgische SARS-CoV-2 Eindämmungs-VO 19. November 2021 (Stand 25. November 2021); Sächsische Corona-Notfall-VO v. 19. November 2021; § 3 III Corona-VO des Landes Baden Württemberg v. 24. November 2021, § 15 a der 26. Verordnung zum Schutze von Neuinfektionen der Freien Hansestadt Bremen v. 19. Mai 2021 sowie § 5 der 29. Bremischen Corona-VO v. 23. November 2021 sowie § 5 Niedersächsische Corona-VO v. 23. November 2021.

13 Vgl. *Römermann*, Covid-19 Leitfaden, 2020, Teil 8 Rn. 107.

14 *Römermann*, a. a. O. (Fn. 13).

II. Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu betrieblichen Pandemieplänen

Zwischenzeitlich sind zahlreiche verwaltungsgerichtliche Entscheidungen dazu ergangen,¹⁵ ob und inwieweit betriebliche Pandemiepläne geeignet sind, coronabedingte Betriebschließungen zu verhindern oder abzumildern.¹⁶

1. Kleine Einzelhandelsgeschäfte/Weinhandlungen/Hundesalons

In der Frühphase der Pandemie haben sich eine Weinhandlung¹⁷ und ein Hundesalon¹⁸ erfolgreich gegen Schließungsverfügungen nach § 28 IfSG zur Wehr gesetzt. Beide Betriebe verwiesen auf ihre umfassenden Schutzmaßnahmen, die eine Kontaktaufnahme zwischen Kunden verhindern würden. So mussten Kunden den Wein telefonisch bestellen, online bezahlen und zu einem bestimmten Zeitpunkt an der Eingangstür abholen. Die Kunden des Hundesalons durften den Geschäftsraum nicht betreten, sondern mussten die Hunde an der Eingangstür per Leine dem Inhaber direkt übergeben oder an einer Vorrichtung an der Hauswand festleinen. Das Personal brachte die Hunde dann direkt in den Salon und nach Beendigung der Pflege wieder vor den Salon, wo sie von den Haltern abgeholt wurden. Durch diese Maßnahmen wurde weitgehend jeder Kontakt vermieden, was die Behörde bei der Entscheidungsfindung gar nicht berücksichtigt hatte, so dass ein Ermessensfehler nach § 114 VwGO vorlag. Streitgegenstand waren sodann Schließungsanordnungen aufgrund der SARS-Cov-2-EindV der Bundesländer, die alle Einzelhandelsgeschäfte einer bestimmten Branche betrafen.¹⁹ Neben möglichen Grundrechtsverletzungen nach Art. 14, 12, 3 I GG²⁰ wurde von einem Berliner Sport- und Bekleidungsgeschäft auf seine umfassenden betrieblichen Hygiene- und Schutzmaßnahmen verwiesen. Es handelte sich um Abstandsregelungen, Einlassbeschränkungen, Maßnahmen zur Vermeidung von Warteschlangen, Schutzkleidung und Schutzvorkehrungen an Kassen, regelmäßige Flächendesinfektionen, Ausgaben von Schutzmasken an Kunden vor dem Eintritt, verlängerte Öffnungszeiten und weitgehende Entzerrungen durch Terminvergabe und Beschränkungen des Warenangebots auf systemrelevante Waren. Trotz dieser Maßnahmen wurde wegen der begrenzten zeitlichen Dauer des Verbots und der Möglichkeit des Online-Vertriebs der Eingriff als weniger intensiv und daher der Infektionsschutz vom OVG Berlin-Brandenburg als höherrangig angesehen.²¹ Zudem wurde auf den gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Einschätzungsspielraum des Ordnungsgebers bei der Bewertung einer Übertragungswahrscheinlichkeit von Viren verwiesen, der vorliegend nicht überschritten sei.²²

Erst mit Abnahme der Inzidenzen²³ war der Eilantrag nach § 47 VII VwGO eines saarländischen IT Unternehmens gegen das durch Rechtsverordnung vorgeschriebene Öffnungsverbot wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsverbot erfolgreich.²⁴ Vor dem Hintergrund geänderter Betriebsabläufe und Hygienevorkehrungen, verbunden mit einem freiwilligen Werbeverbot konnte eine Übertragung von Viren weitgehend ausgeschlossen werden, so dass wegen der Grundrechtsverletzung die Schließung aufgehoben wurde.²⁵

An diesen Entscheidungen wird die unterschiedliche Kontrolldichte bei Schließungsverfügungen durch Verwaltungsakt nach § 28 IfSG und durch Rechtsverordnungen nach

§ 32 IfSG deutlich. Im ersten Fall ist es aufgrund der Ermessensregelung in § 114 VwGO geboten, Anstrengungen der Betriebe durch eigene betriebliche Hygiene- und Schutzpläne zu berücksichtigen und die Schließungsverfügungen aus Verhältnismäßigkeitsgründen aufzuheben oder einzuschränken. Anders ist die Rechtslage, wenn aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 32 IfSG die Schließung einer Vielzahl von Betrieben und Geschäften angeordnet wird. Dem Ordnungsgeber steht hier ein nur beschränkt gerichtlich überprüfbarer Beurteilungs- bzw. Einschätzungsspielraum (sog. Einschätzungsprärogative)²⁶ zu. Aufgrund der generell-abstrakten Sichtweise bei Rechtsverordnungen geht es nur um eine abstrakte und nicht wie bei Verwaltungsakten um eine konkrete Gefahr, dass es zu einer Virus-Übertragung kommt.

2. Kaufhäuser mit einer Verkaufsfläche von über 800 qm (Möbelhäuser/Autohäuser)

Durch die aufgrund von § 32 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen wurden Möbelhäusern, Autohäusern und sonstigen Kaufhäusern verboten, Verkaufsflächen von über 800 m² offen zu halten. Hintergrund war die Anreizwirkung dieser Ein-

15 Vorrangig wurden Eil-Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten (OVG/VGH) im Verfahren nach § 47 I, VII VwGO gegen in Rechtsverordnungen enthaltene branchenweite Schließungsanordnungen oder VG-Entscheidungen bei Anträgen auf aufschiebende Wirkung nach § 80 V VwGO untersucht; siehe hierzu *Kingreen*, NJW 2021, 2771; vgl. auch *Lechtleitner/Lehmann*, Rechtsprechung zu Corona-Eindämmungsmaßnahmen des Landes Brandenburg, S. 24 ff.; *Landtag Brandenburg*, Parl. Beratungsdienst, Stand 3. Juni 2021.

16 Die Darstellung erhebt nicht den Anspruch, alle Entscheidung zu pandemiebedingten Betriebschließungen untersucht zu haben. Tatsächlich hat eine kursorische Auswertung an der Universität Bonn ergeben, dass etwa 1300 Entscheidungen mit Verfassungsbezug zu Corona (also nicht allein zu Betriebschließungen) ergangen sind, vgl. hierzu *Gärditz*, NJW 2021, 2761. Analysiert werden auch nicht alle relevanten Entscheidungsgründe, sondern nur soweit sie auf betriebliche Pandemiepläne Bezug nehmen.

17 VG Aachen, Beschl. v. 3. April 2020 – 7 L 259/20, BeckRS 2020, 5210.

18 VG Minden, Beschl. v. 2. April 2020 – 7 L 272/20, BeckRS 2020, 5028.

19 Rechtsgrundlage für diese Rechtsverordnung war § 32 IfSG; vgl. hierzu *Kingreen*, NJW 2021, 2769; *Lechtleitner/Lehmann* (Fn. 15), S. 38 f.

20 Vgl. grundsätzlich zum Grundrechtsschutz in der Pandemie: *Plebuch*, JuS 2021, 316; *Gärditz*, NJW 2021, 2761.

21 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17. April 2020 – 11 S 23/20, BeckRS 2020, 6073.

22 So auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. April 2020 – 11 S 30/20, BeckRS 2020, 7277 (Warenhaus mit branchenübergreifendem Sortiment); Beschl. v. 3. März 2021 – 11 S 23/21, BeckRS 2021, 3361 (Modesalon).

23 Vgl. zur Zeitdimension beim Grundrechtsschutz in Pandemiezeiten: *Gärditz*, NJW 2021, 2764. *Gärditz* verweist zu Recht darauf, dass sich bei der Pandemie ein verschärftes Zeitproblem stellt. Die Maßnahmen müssen akzessorisch zum verfügbaren Wissen fortwährend beobachtet, neu austariert und angepasst werden, um die Verhältnismäßigkeit in der Zeit zu gewährleisten. Andererseits war es konsequent, dass die Bundesländer bei zunehmenden Inzidenzen nicht mehr Verfügungen im Einzelfall, sondern durch flächendeckende Rechtsverordnungen ganze Branchen geschlossen haben. Zur Inzidenzabhängigkeit der Rechtsprechung ferner: *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707, 3711.

24 OVG Saarlouis, Beschl. v. 9. März 2021 – 2 B 58/21, BeckRS 2021, 4001.

25 So auch OVG Bautzen, Beschl. v. 12. Mai 2020 – 3 B 177/20, BeckRS 2020, 8235 (großflächiger Elektromarkt).

26 Zur Einschätzungsprärogative bei Inzidenzen BVerfG, Beschl. v. 20. Mai 2021 1 BvR 928/21, BeckRS 2021, 11560; ferner zum Beurteilungs- und Prognosespielraum des Ordnungsgebers OVG Magdeburg, Beschl. v. 3. September 2020 – 3 R 156/20, BeckRS 2020, 22061; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 6. November 2020 – 11 S 100/20, BeckRS 2020, 29748; vgl. hierzu auch *Lechtleitner/Lehmann* (Fn. 15), S. 83 f. sowie 116 f.; *Gärditz* NJW 2021, 2763 ff.

richtungen für die Kundschaft. Zu Beginn der Pandemie wurden noch vereinzelt die aufgrund einer Rechtsverordnung vorgesehene Betriebsuntersagung für Ladengeschäfte über 800 m² wegen Verletzung nach Art. 3 I GG aufgehoben.²⁷ Grund hierfür war u. a. ein eigenes Hygienekonzept, das über die Empfehlungen des RKI hinausging. Neben Einlassbeschränkungen und vorgeschriebenen Wegen wurden Ansammlungen von Kunden und auch Anreize zum „Bummeln“ vermieden. Das Personal musste auf strikte Beachtung der Hygiene- und Abstandsvorgaben achten. Da insoweit das Infektionsrisiko minimiert wurde, bestand ein Gleichheitsverstoß gegenüber Einzelhandelsgeschäften des täglichen Bedarfs.

Die Mehrzahl der Entscheidungen sah die unterschiedliche Behandlung als sachlich gerechtfertigt an. Einrichtungen von entsprechender Größe laden zum „Bummeln“ und zum „Shoppen“ ein und entfalten eine erhebliche Anreizwirkung für die Kundschaft. Großflächige Einzelhandelsgeschäfte stellen daher in Pandemiezeiten ein erhöhtes Risiko dar.²⁸ So seien die von einem Möbelhaus vorgesehenen Hygiene- und Schutzregelungen nicht geeignet, dieses Risiko in nachvollziehbarer Weise zu minimieren. Zwar könne in größeren Möbel- und Einrichtungshäusern die Einhaltung von Abstandsgebotes besser sichergestellt werden, als in kleinen Einzelhandelsgeschäften. Dem stehe aber eine erhöhte Anziehungskraft des großflächigen Einzelhandels und damit die Gefahr der Ansammlung von Personen gegenüber. Eine Öffnung der Einzelhandelsgeschäfte mit einer Verkaufsfläche von mehr als 800 m² würde zusätzliche Kundenströme generieren, die auch durch den zusätzlichen ÖPNV zu einer Erhöhung des Infektionsrisikos führen.²⁹ Auch ein Sportwarengeschäft in der Hamburger Innenstadt durfte weiter nur auf einer Verkaufsfläche von weniger als 800 m² betrieben werden.³⁰ Trotz des betrieblichen Hygiene- und Schutzkonzeptes müsse eine nicht auszuschließende Ausbreitung des Virus zum Erhalt von Leben und Gesundheit der Bevölkerung und zum Schutz einer Überlastung medizinischer Behandlungskapazitäten vermieden werden.³¹

Erst in Zeiten der Abnahme der Inzidenzen machte ein Media Markt erfolgreich eine Ungleichbehandlung gegenüber Einzelhandelsgeschäften geltend.³² Dabei wurde auch auf ein umfassendes Hygiene- und Abstandskonzept in allen Elektrofachmärkten verwiesen. Der allgemeine Gleichheitssatz gebiete es, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Ordnungsgeber überschreite seinen Beurteilungsspielraum, wenn angesichts eines überzeugenden Hygienekonzepts ein einleuchtender Grund für eine weitere Ungleichbehandlung gegenüber Einzelhandelsgeschäften fehle.

Auch an diesen Entscheidungen wird deutlich, dass Hygienekonzepte bei großflächigen Einzelhandelsbetrieben in Anbetracht der Einschätzungsprärogative nur ausnahmsweise geeignet sind, Schließungen durch Rechtsverordnungen zu vermeiden. Großflächige Einzelhandelsgeschäfte führen – auch durch zusätzlichen ÖPNV – zu einem erhöhten Infektionsrisiko, ohne dass es hierfür eines konkreten Nachweises bedarf. Erst nach Rückgang der Inzidenzen führten Pandemiepläne im Zusammenhang mit Art. 3 I GG zur Aufhebung von Betriebsschließungen.

3. Gaststätten/Hotels/Ferienparks

Bei der Schließung von Hotels- und Gaststätten erwiesen sich eigene Hygienekonzepte ebenfalls als nur begrenzt geeignet, ein Infektionsgeschehen vor allem im Außenbereich

oder bei der An- und Abreise zu verringern. So verwies ein Berliner Gastronom in seiner Feststellungsklage³³ ohne Erfolg auf ein Hygienekonzept mit dem Namen „The Front Hygienekonzept Außenanlage“. Dieses Konzept enthielt für die Terrasse umfassende Abstands- und Hygieneregulungen. Die einzuhaltenden Gehwege waren markiert. Der Kontakt zu Kellnern/Barkeepern erfolgte nur unter Einhaltung von Distanzregelungen. Das bestellte Essen durfte nur an speziellen „Service-Stationen“ nach Anlegen eines Mund-Nasenschutzes abgeholt werden. Damit sollte ein Aufeinandertreffen von Personen weitgehend minimiert werden. Das Konzept war gleichwohl ungenügend, da es die leicht zu verändernde Bestuhlung unberücksichtigt lasse. Insoweit bestehe die Möglichkeit, dass Gäste die Abstandsregelungen durch Zusammenstellung von Stühlen nicht einhalten würden.³⁴

Erfolglos war auch der Antrag eines Campingplatzinhabers gegen ein in einer EindämmungsVO enthaltenes Beherbergungsverbot. Das Hygiene- Abstands- und Schutzkonzept für die Nutzung der Stellplätze enthielt vorgegebene Wege zu den Sanitärbereichen und entsprechende Nutzungszeiten einschließlich Reinigungs- und Desinfektionspflichten. Gleichwohl war bei den Gemeinschaftsduschen und Toiletten sowie bei den Waschräumen eine Kontaktaufnahme nicht vollständig zu verhindern.³⁵ Der Ordnungsgeber durfte daher typisierend davon ausgehen, dass Camper und andere Nutzer durch unvermeidbare Veränderung des Kontaktumfeldes einem Infektionsrisiko ausgesetzt waren. Hinzu kamen auch die Infektionsrisiken durch An- und Abreise.³⁶

Erst wenn neben geeigneten Hygienekonzepten weitere Unwirksamkeitsgründe etwa Unbestimmtheit (Ausnahmen bei

27 OVG Saarlouis, Beschl. v. 27. April 2020 – 2 B 143/20, BeckRS 2020, 6903.

28 OVG Lüneburg, Beschl. v. 27. April 2020 – 13 MN 98/20, BeckRS 2020, 6651; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. April 2020 – 11 S 31/20, BeckRS 2020, 7277.

29 So OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. April 2020 – 11 S 31/20, BeckRS 2020, 7277.

30 Zunächst hatte das VG Hamburg, Beschl. v. 21. April 2020 – 3 E 1675/20, BeckRS 2020, 6396, die 800-m²-Grenze im Einzelhandel wegen Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gekippt. Die Unterscheidung zwischen Verkaufsstellen des Einzelhandels mit einer Verkaufsfläche bis 800 m² und größeren Verkaufsstellen, sei nicht geeignet, dem Zweck des Infektionsschutzes zu dienen. Schutzvorgaben seien in großen Geschäften durch einschlägige Konzepte sogar besser umsetzbar. Für die Annahme von großflächigen Einzelhandelsgeschäften gehe eine hohe Anziehungskraft für potentielle Kunden mit der Folge aus, dass allein deshalb zahlreiche Menschen die Straßen der Innenstadt und die Verkehrsmittel des ÖPNV benutzen werden, liege keine gesicherte Tatsachenbasis vor. Die Anziehungskraft folge nicht aus der Großflächigkeit der Verkaufsfläche, sondern aus der Attraktivität des Warenangebots.

31 OVG Hamburg, Beschl. v. 22. April 2020 u. 30. April 2020 – 5 Bs 64/20, BeckRS 2020, 6420, u. BeckRS 2020, 7265.

32 OVG Münster, Beschl. v. 19. März 2021 – 13 B 252/21, BeckRS 2021, 4912.

33 In Ermangelung der Möglichkeit einer sog. prinzipialen Normenkontrolle durch das OVG (vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 VwGO) war die Feststellungsklage nach § 43 VwGO vor dem VG zulässig. Der Berliner Landesgesetzgeber hat von der durch § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht.

34 VG Berlin, Beschl. v. 13. Mai 2020 – 14 L 101/20, BeckRS 2020, 11923; zur Schließung einer Shisha Bar vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5. März 2021 – 11 S 17/21, BeckRS 2021, 3773.

35 So OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 5. Mai 2020 – 11 S 38/20, BeckRS 2020, 7533.

36 OVG Magdeburg, Beschl. v. 4. November 2020 – 3 R 218/20, BeckRS 2020, 29264.

Gästen mit „triftigen Reisegrund“) hinzukamen, wurden Schließungen vorläufig aufgehoben.³⁷ In Zeiten rückläufiger Inzidenzen, in denen das Reisen wieder zulässig war, hatte dann die Beherbergung nur noch geringen Einfluss auf die Infektionslage, so dass allein betriebliche Hygienekonzepte zur Aufhebung einer Betriebschließung führten.³⁸ Damit sind wie schon bei Kaufhäusern auch im Gaststätten- und Hotelbereich Kontakte außerhalb der Einrichtung, insbesondere bei An- und Abreise bedeutsam. Diese lassen sich durch betriebliche Pandemiepläne außer in Phasen eines Rückgangs der Inzidenzen kaum vermeiden.

4. Kosmetik-, Piercing –und Tattoo-Studios

Anbieter körpernaher Dienstleistungen standen vor der Aufgabe, durch geeignete Hygienekonzepte vor allem Infektionen im Kopfbereich zu verhindern. Dabei bestand bei Tattoo-Studios in aller Regel keine erhöhte Infektionsgefahr, sofern auf die ohnehin eher seltenen Tattoos im Kopfbereich verzichtet wurde. Die herbeigeführten Wunden am Körper begründeten keine Infektionsgefahr, da es an belastbaren Erkenntnissen fehle, dass das Corona-Virus durch Blut oder Blutprodukte übertragbar sei.³⁹ Von Vorteil war ferner, wenn sich die Hygiene-Konzepten der DIN-Norm 17 169 Hygiene (Tätowieren sichere und hygienische Praxis) orientierten.⁴⁰

Dagegen wurde in Anbetracht des generellen Infektionsrisikos bei Kosmetikanwendungen im Gesichtsbereich das Verbot körpernaher Dienstleistungen in Kosmetikstudios in aller Regel aufrechterhalten.⁴¹ Sofern das Schutzkonzept nicht über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausging, waren die Schließungen verhältnismäßig und überschritten nicht den Einschätzungsspielraum des Ordnungsgebers.

Insoweit bestand durch körpernahe Dienstleistungen, die mit Wunden verbunden waren, keine erhöhte Infektionsgefahr.⁴² Erfolgen dagegen körpernahen Dienstleistungen im Gesichtsbereich, sind die üblichen betriebliche Schutzmaßnahmen wegen des Infektionsrisikos durch Atemluft kaum geeignet, eine Übertragung auszuschließen.

5. Massagesalons/Bordelle/Prostitutionsstätten

Grundlage für Entscheidungen über diese Einrichtungen waren zunächst die Veröffentlichungen des RKI,⁴³ wonach die Tröpfcheninfektion der Hauptübertragungsweg sei. Der in Prostitutionsstätten übliche längere Aufenthalt in kleinen, schlecht oder nicht belüfteten Räumen könne daher die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung durch Aerosole auch über eine größere Distanz von zwei Metern erhöhen.⁴⁴ Dies gelte insbesondere dann, wenn infektiöse Personen viele kleine Partikel ausstoßen und die andere Person den Mindestabstand nicht einhalte. Auch ein vorgelegter Hygiene- und Abstandsplan mit regelmäßigem Lüften sowie nur eingeschränktem Körperkontakt (allein Körpermassage und „kein sonstiger Sex“) konnte das Risiko der Ansteckung nicht verringern. So sei auch bei erotischen Körpermassagen von einem erhöhten Aerosolausstoß in typischer Weise eher kleinen und unzureichend mit Frischluft versorgten Räumen auszugehen.

Dagegen wurde die Erbringungen sexueller Dienstleistungen im Bereich BDSM/Domina ohne Geschlechtsverkehr für den Publikumsverkehr unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig angesehen.⁴⁵ Die Hygiene- und Abstandskonzepten

enthielten durchweg das ohnehin schon praktizierte Tragen von Mund- und Nasenbedeckung sowie von Schutzkleidung und Schutzhandschuhen. Sodann sollten nach dem Konzept die Dienstleistungen ausschließlich in geräumigen Zimmern stattfinden, die allesamt über Großflügel Fenster verfügten, die durchweg geöffnet bleiben mussten. Schließlich sah das Konzept eines Inhabers eine umfassende Anwesenheits- und Nachdokumentation der Kunden vor. In Anbetracht solcher umfassenden Hygiene- und Schutzmaßnahmen einschließlich des Nachverfolgungskonzepts bestand ein nur geringes Infektionsrisiko, sodass dem Antrag nach § 123 VwGO entsprochen wurde.

Konkrete Vorgaben kamen vom OVG Saarlouis, das als Mindestvoraussetzung für ein Hygiene- bzw. Schutzkonzept, Aussagen zu Terminvereinbarung, Regelungen für den Zutritt, zur Kontaktvermeidung, Registrierung, Desinfektion, Reinigung, zu Abstands- und Hygieneregeln, zum Tragen von Mund-/Nasenbedeckung zu maximalen Dauer der Dienstleistung sowie zur Belüftung für erforderlich hielt.⁴⁶

Hygiene- und Schutzpläne für körperintensive Dienstleistungen wurden also nur dann akzeptiert,⁴⁷ wenn diese mit

37 Vgl. u.a. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16. Oktober 2020 – 11 S 87/20, LKV 2020, 468.

38 Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 15. Oktober 2020 – 13 MN 371/20, BeckRS 2020, 26667: Jede Wohneinheit hatte einen eigenen Sanitär- und Küchenbereich. Frühstück war auf dem Zimmer einzunehmen.

39 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14. Mai 2020 – 13 MN 165/20, BeckRS 2020, 8506. Mit entsprechender Begründung hat das OVG Lüneburg auch die Schließung eines Piercing-Studios für rechtswidrig angesehen und aufgehoben (Beschl. v. 18. Mai 2020 – 13 MN 169/20, BeckRS 2020, 9279).

40 OVG Saarlouis, Beschl. v. 7. November 2020 – 3 B 306/20, openJur2021, 12683: Die dort enthaltenden Anforderungen an die Räumlichkeiten, Reinigungen und Desinfektionen von Gerät einschließlich einer Einverständniserklärung der Kunden wurde zur Grundlage eines Hygienekonzepts gemacht. Mit Blick auf die bekannten Übertragungswege durch Atemluft wurden auch für das seltenere Stechen von Tattoos im Kopfbereich sog. „Gesichtsschilde“ zur Anwendung gebracht. Zusätzlich zur Atemmaske verdeckte dieses Gesichtsschild alle gesichtsnahen Bereiche mit Ausnahme der zu stechenden Stelle.

41 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 6. November 2020 – 11 Sa 98/20, openJur 2020, 76605: Es lag auch keine Ungleichbehandlung zu Friseuren vor, da Kosmetikstudios keine Dienstleistungen des täglichen Bedarfs anbieten.

42 Erfolgreich war aber ein Antrag eines Tattoo-Studios gegen die Betriebsstilllegung, da der Betreiber ergänzend zu den üblicherweise bestehenden Schutzmaßnahmen keine weitergehenden Hygienekonzepte vorgesehen hatte, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4. November 2020 – 11 Sa 94/20, openJur2020, 76434; siehe zur Unterscheidung von Tattoo-Studios und Friseuren auch *Lechtleitner/Lehmann* (Fn. 15), S. 105 f.

43 Vgl. zur Fokussierung der Verwaltungsgerichte auf Veröffentlichungen des RKI *Kruse/Matura*, NVwZ 2021, 1669; *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3712; *Stüer*, DVBl 2021, 851.

44 VG Berlin, Beschl. v. 23. Juni 2020 – 14 L 58/20, openJur 2020, 46454; ferner *Lechtleitner/Lehmann* (Fn. 15), S. 123 unter Hinweis auf weitere Entscheidungen.

45 VG Berlin, Beschl. v. 22. Juli 2020 – 14 L 163/20, BeckRS 2020, 17618; OVG Münster, Beschl. v. 8. September 2020 – 13 B 902/20, BeckRS 2020, 22109.

46 OVG Saarlouis, Beschl. v. 6. August 2020 – 2 B 258/20, BeckRS 2020, 18704.

47 Weitere Entscheidungen zu unverhältnismäßigen Schließungen von Prostitutionsstätten: OVG Lüneburg, Beschl. v. 28. August 2020 – 13 MN 307/20, BeckRS 2020, 21034 (soweit dem Betrieb ein Schutz- und Hygienekonzept zugrunde liegt); OVG Magdeburg, Beschl. v. 3. September 2020 – 3 R 156/20, BeckRS 2020, 22061; VGH Mannheim, Beschl. v. 6. Oktober 2020 – 1 S 2871/20, BeckRS 2020, 26103.

Nachverfolgungskonzepten⁴⁸ verbunden waren. Dabei durfte von Seiten der Ordnungsbehörden bei dieser Art von Nachverfolgung kein Vollzugsdefizit unterstellt werden.⁴⁹ Die Prostituierten hätten ein ureigenes Interesse an weitgehenden Verringerungen des Ansteckungsrisikos bei ihren Kunden. Es müsse daher auch bei Berücksichtigung einschlägiger Grundrechte davon ausgegangen werden, dass auf die Einhaltung der Hygiene- Infektionsschutzstandards geachtet werde.

6. Fitnessstudios/Spielhallen

Probleme sahen die Gerichte auch der bei Umsetzung von Hygiene- und Sicherheitskonzepten in Fitness-Studios. da die Möglichkeit einer Tröpfchen-Übertragung durch Husten und Niesen nicht auszuschließen sei.⁵⁰ Dabei würde eine Mund-Nasen-Bedeckung bei den Besuchern des Fitnessstudios keine Akzeptanz finden, womit das Hygienekonzept des Inhabers als nicht ausreichend zur Infektionsbekämpfung abgelehnt wurde. Schließlich war auch der Hinweis ohne Bedeutung, dass der Schwerpunkt des Fitness-Studios im Bereich Gesundheitssport liege und damit zur Stärkung des Immunsystems beitrage.

Gleichwohl war die vollständige Schließung eines Studios, das den Zugang auf wenige Gäste beschränkt hatte, auch in Anbetracht von Hygiene-Reinigungs- und sonstigen Schutzkonzepten verbunden mit einem Nachverfolgungsmanagement unverhältnismäßig.⁵¹ Zwar seien Beschränkungen in Anbetracht der Pandemie hinzunehmen. Eine vollständige Schließung der Einrichtung aber nicht erforderlich, da die Nutzung des Studios durch wenige Besucher unter Beachtung von Hygienekonzepten das Infektionsrisiko nicht erhöhen würde. Insoweit wurde von den Ordnungsbehörden nicht ausreichend berücksichtigt, dass eine Offenhaltung des Fitnessstudios für nur wenige Nutzer Infektionen weitgehend ausschließen würde. Die prozessuale Bedeutung von Infektionsschutzkonzepten für Fitness-Studios wird dann in einer Entscheidung zur Thüringer SARS CoV-2 Verordnung deutlich.⁵² Das OVG Weimar setzte das Verbot nur unter der Maßgabe außer Kraft, dass von dem für das Fitness-Studios Verantwortlichem ein Infektionsschutzkonzept erstellt und nachgewiesen wird.

Nicht immer hilfreich war ein vom Fachverband der Spielhallenbetreiber entwickeltes Abstands- und Hygienekonzept. Dieses enthielt für alle im Verband organisierten Spielhallenbetreiber ein weitgehend einheitliches Hygiene- und Abstandskonzept. Bei solchen standardisierten Konzepten kann es an einer Auseinandersetzung mit den konkreten räumlichen Verhältnissen der Spielhalle fehlen. Auch gab es in dem Konzept keine Regelungen, wie Infektions- bzw. Kontaktübertragungen durch Münzgeld von Spielautomaten zu vermeiden sei. Hinzu kam, dass in den regelmäßig geschlossenen Spielhallen eine Virenübertragung auch durch normale Atemluft nicht ausgeschlossen war.⁵³

Erst in Phasen sinkender Inzidenzen konnten Spielhallen-Inhaber erfolgreich eine Verletzung ihrer Grundrechte nach Art. 12 I, 14 I GG geltend machen. So war nicht mehr erkennbar, dass die Öffnung von Spielhallen bei Einhaltung der für andere Betriebe bereits jetzt geltenden Hygiene- und Abstandsvorgaben zu gesteigerten Infektionen führen oder sich solche Einrichtungen zu "Superspreadern" entwickeln könnten.⁵⁴

Bei Fitness-Studios war eine Verringerung der Besucherzahlen verbunden mit einem ausreichenden betrieblichem Hygiene- und Nachverfolgungskonzept als Maßnahme geeignet, um eine völlige Schließung zu verhindern. Dies ist auch konsequent, da eine Öffnung nur für einzelne Besucher ein Infektionsrisiko verringert.⁵⁵ Dagegen sind standardisierte Konzepte oder Pläne nur dann als Schutzmaßnahme geeignet, wenn sie sich auch an der konkreten räumlichen Situation vor Ort orientieren.

III. Fazit

Betriebliche Pandemiepläne sind neben Maßnahmen zum Arbeits- und Infektionsschutz unter bestimmten Voraussetzungen auch geeignet, verwaltungsrechtlich angeordnete Betriebsschließungen zu verhindern. Dies gilt insbesondere für Schließungen aufgrund von Verwaltungsakten nach § 28 IfSG. Bei solchen Einzelmaßnahmen sind die Behörden verpflichtet, nach § 114 VwGO ihr Ermessen sachgerecht auszuüben. In diesem Rahmen müssen von den Behörden betriebliche Pandemiepläne als mögliches taugliches Mittel zur Verhinderung von Infektionen mit berücksichtigt werden.

Weniger geeignet sind Pandemiepläne, wenn Schließungen durch Rechtsverordnung oder gar durch die vormalige sog. Bundesnotbremse § 28 b IfSG aF für ganze Branchen angeordnet werden. Hier sind aufgrund der Einschätzungsprärogative der Gesetzgeber Pandemiepläne nur selten geeignet, abstrakte Gefahren durch mögliche Infektionsübertragung zu entkräften. Erst in Zeiten des Rückgangs der Inzidenzen, verbunden mit Lockerungen für andere Einrichtungen, waren Pandemiepläne geeignet, unter Berücksichtigung von Art. 3 I GG Betriebsschließungen aufzuheben.

Prozessual werden von einzelnen Obergerichten Verbote nur unter der Maßgabe außer Kraft gesetzt, dass von dem für den Betrieb Verantwortlichem ein Hygiene- bzw. Infektions-

48 Vgl. zur Vereinbarkeit von Kontaktverfolgungsregelungen mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG: LVerfG Saarland, Beschl. v. 28. August 2020, NVwZ 2020, 1513 Rn. 69; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27. Mai 2020 – 11 S 43/20, BeckRS 2020, 11232 (Eintragung in Anwesenheitslisten bei Gericht); Beschl. v. 18. November 2020 – 11 S 104/20, BeckRS 2020, 31502 (Kontaktverfolgung beim Kosmetikstudio).

49 So OVG Münster, Beschl. v. 8. September 2020 – 13 B 902/20, BeckRS 2020, 22109.

50 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22. Mai 2020 – 11 S 51/20, BeckRS 2020, 9913.

51 VGH München, Beschl. v. 12. November 2020 – 20 NE 20.2463, BeckRS 2020, 30337.

52 OVG Weimar, Beschl. v. 22. Mai 2020 – 3 N 341/20, openJur 2021,12517; so auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 28. August 2020 – 13 MN 307/20, BeckRS 2020, 21034; OVG Saarlouis, Beschl. v. 6. August 2020 – 2 B 258/20, BeckRS 2020, 18704 (zu Prostitutionsstätten, soweit dem Betrieb ein Schutz- und Hygienekonzept zugrunde liegt).

53 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20. Mai 2020 – 11 S 49/20, BeckRS 2020, 9917.

54 VGH Mannheim, Beschl. v. 2. Juni 2021 – 1 S 1692/21, BeckRS 2021, 13349: Den noch verbleibenden Gefahren könne durch mildere Anordnungen begegnet werden. Als geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen kommen nachprüfbar Hygienekonzepte sowie die Erfassung von Kundendaten in Betracht. Im Ergebnis führte das vom Betreiber vorgelegte medizinische Hygienekonzepten sowie das System zur Erfassung von Kundendaten dazu, dass im konkreten Fall die Schließung wegen Grundrechtsverletzung aufgehoben wurde.

55 Inwieweit eine solche Öffnung für nur wenige Nutzer betriebswirtschaftlich Sinn ergibt, musste von den Gerichten nicht entschieden werden.

schutzkonzept erstellt und nachgewiesen wird. Auch eine Offenhaltung von Einrichtungen für wenige Nutzer verbunden mit entsprechenden Hygiene-Konzepten einschließlich Nachverfolgung war geeignet, Infektionen weitgehend ausschließen.

Bei körpernahen Dienstleistungen im Gesichtsbereich (Kosmetik-Studios) waren Pandemiepläne kaum geeignet, Gefahren durch Nähe zum Mund- und Nasenbereich zu beseitigen, während bei Tattoo-Studios eine Infektionsgefahr durch herbeigeführte Wunden am Körper aufgrund der bekannten Übertragungswege in der Regel ausgeschlossen werden konnte.

Unabhängig davon waren Pandemiepläne in der Regel auch dann ungeeignet eine Betriebsschließung zu verhindern, wenn

- ein Feststellungs- und Nachverfolgungsmanagement fehlte,
- Vollzugsdefizite offenkundig oder zu erwarten sind und dies im Pandemieplan nicht ausreichend berücksichtigt wurde (keine Akzeptanz von Mund-Nasenschutz im Fitness-Studio/eigenmächtige Änderung von Bestuhlungsplänen),
- es an einem Verzicht auf Werbeaktionen sowie einer Beschränkung der Kundenzahl fehlte,
- die Gefahr von Infektionsübertragungen durch Kunden im ÖPNV oder durch An- und Abreise nicht ausreichend mitberücksichtigt wird.

COVID-19 in der Praxis des Strafverfahrens

Richter am Amtsgericht Carsten Krumm, Dortmund*

Bereits das bisherige Instrumentarium des Strafprozessrechts reichte durchaus aus, um flexibel auf Erkrankungen etc. reagieren zu können. Die Pandemiesituation führte aber zu bislang nicht bekannten Sondersituationen. Der Beitrag gibt einen Überblick über das Instrumentarium für derartige Situationen.¹

I. Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten

Voraussetzung einer jeden Verhandlung gegen den Angeklagten ist dessen Verhandlungsfähigkeit. Nicht ausreichend ist die lediglich körperliche Anwesenheit. Die Verhandlungsfähigkeit wird beschrieben als die Fähigkeit des Angeklagten, innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung verständlich und verständlich zu führen und Prozessklärungen abgeben und entgegennehmen zu können.² Insbesondere akute Krankheiten sind dazu geeignet, die Verhandlungsfähigkeit entfallen zu lassen.³ Die Verhandlungsfähigkeit wird im Wege des Freibeweises seitens des Gerichts von Amts wegen geprüft. Sie kann vollständig genommen sein oder auch nur teilweise gegeben sein, so etwa stundenweise oder unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln. Auch dies muss das Gericht prüfen. Ist eine längerfristige Verhandlungsunfähigkeit gegeben, so kann das Gericht analog § 205 StPO verfahren. Bei einer endgültigen Verhandlungsunfähigkeit ist wegen eines Verfahrenshindernisses das Verfahren einzustellen, in der Regel also im gerichtlichen Verfahren nach Eröffnung außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206 a StPO. Aber: Die bloße Sorge um die eigene Gesundheit wird kein Grund für die Annahme einer Verhandlungsunfähigkeit sein.

Stellt das Gericht eine Erkrankung des Angeklagten fest, die eine Hauptverhandlung zum geplanten Zeitpunkt unmöglich werden lässt, so muss der Vorsitzende die Hauptverhandlung so planen, dass der Angeklagte ihr folgen kann. Auch wenn eine Verhandlung „am Krankenbett“ als möglich angesehen wird,⁴ dürfte dies bei vorübergehenden Erkrankungen der absolute Ausnahmefall bleiben. Die Verhandlungsfähigkeit kann durch einen medizinischen Sachverständigen geprüft werden.

II. Nichterscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung

Erscheint der (sich auf freiem Fuß befindende) Angeklagte nicht in der Hauptverhandlung erster Instanz, so wird gegen ihn nicht verhandelt (§ 230 Abs. 1 StPO). Es bestehen dann verschiedene Möglichkeiten der gerichtlichen Reaktion, auf die der Verteidiger versuchen muss, im Sinne des Mandaten Einfluss zu nehmen:

- Polizeiliche Vorführung (§ 230 Abs. 2 StPO)
- Haftbefehl (§ 230 Abs. 2 StPO)
- Sitzungsstrafbefehl (§ 408 a StPO)
- Unterbrechung/Aussetzung der Hauptverhandlung.

Letztere ist die – aus Sicht des Angeklagten – sicher mildeste Möglichkeit der Verfahrensweiterführung. Die Unterbrechung der Hauptverhandlung führt zu einem Fortsetzungstermin – die Aussetzung zu einer neuen Hauptverhandlung.⁵ Diese Möglichkeit ist vor allem dann zu wählen, wenn gar nicht sicher ist, was der Grund des Nichterscheinens des Angeklagten ist. Der Verteidiger hat dabei die Aufgabe, beim Angeklagten zu erfragen, weshalb dieser nicht erscheint. Der Verteidiger muss hierfür alle erdenklichen Kommunikationswege zum Angeklagten im Rahmen seiner Mandatengespräche ermitteln. Macht der Angeklagte etwa geltend erkrankt zu sein, so sollte der Verteidiger ihn darauf hinweisen, dass das Gericht in der Regel die Vorlage eines (begründeten) ärztlichen Attestes verlangen wird. Er muss also darauf hinwirken, dass der Angeklagte schnell einen Arzt (i. d. R. einen Allgemeinmediziner) aufsucht und diesen auch um die Abfassung einer ärztlichen Bescheinigung ersucht.

* Der Autor ist Vorsitzender eines Schöffengerichts und Straf- bzw. OWi-Richter sowie Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Verkehrs- und Strafrechts.

1 Zu Terminierungsfragen, insbesondere der Unterbrechung und Aussetzung der Hauptverhandlung wegen COVID-19-Problemen vgl. *Krumm*, NJ 2021, 445.

2 So zB BGH NJW 1995, 1951.

3 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt StPO, 64. Aufl. 2021, Einl. Rn. 97 m. w. N.

4 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt (Fn. 3), § 230 StPO, Rn. 9.

5 Weiteres hierzu: *Krumm* NJ 2021, 445.