wäre die Anordnung, allen Arbeitnehmern zu untersagen, zur Arbeit bei der Kl. zu erscheinen, ebenfalls einer Betriebsschließung gleichgekommen, die zudem – wie aus zahlreichen Entschädigungsklagen in vergleichbaren Konstellationen bei Gericht bekannt ist – eine existenzielle Gefahr für die Werkvertragspartner der Kl. hätten darstellen können, zumal in Ermangelung von Absonderungsverfügungen gegen die Arbeitnehmer keine Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz in Betracht gekommen wäre, sondern voraussichtlich ein Fall des arbeitgeberischen Annahmeverzugs bei fortbestehender Lohnzahlungspflicht vorgelegen hätte. Demgegenüber ist bei der Kl. jedenfalls eine existenzielle wirtschaftliche Gefahr durch die Betriebsschließung – soweit vorgetragen und ersichtlich – nicht eingetreten.

[101] Auch eine Kombination des Vorgehens gegen die Werkvertragspartner der Kl. und gegen deren – von ihren Arbeitgebern nicht rechtzeitig informierten – Mitarbeiter am Werkstor wäre bei dem Versuch einer Binnendifferenzierung zwischen Genesenen und negativ Getesteten und allen anderen, zumal ohne hinreichende Vorbereitung auch auf die Sprachbarrieren, fehleranfällig und dementsprechend nicht gleich effektiv gewesen. Ohne Differenzierung zwischen Genesenen, negativ Getesteten und den übrigen Mitarbeitern wäre sie ebenfalls nicht milder ausgefallen, da der Betrieb der Kl. sodann dennoch faktisch zum Stillstand gekommen wäre.

[102] Die Adressatenauswahl des Bekl. war auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie diente dem effektiven Schutz der vom Infektionsschutzgesetz geschützten Rechtsgüter der Volksgesundheit (Freiheit des Bundesgebiets von übertragbaren Krankheiten, vgl. § 1 I IfSG) sowie der Gesundheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens von Menschen und zwar nicht nur der Mitarbeiter der Kl., sondern auch der anderen Menschen im Kreis D1. und darüber hinaus (Art. 2 II 1 GG). Dem standen die Berufsfreiheit der Kl. (Art. 12, 19 III GG) und ihr aus dem Eigentumsrecht folgendes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14, 19 III GG) gegenüber. Die Gefahr für die zu schützenden Rechtsgüter war aufgrund der vergleichsweise hohen Verbreitungsgeschwindigkeit von SARS-CoV-2, der aus diesem Grund nach wie vor im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ernsthaft drohenden Möglichkeit einer Überlastung des Gesundheitswesens, der noch nicht hinreichend entwickelten Behandlungsmöglichkeiten schwerer Covid-19-Fälle und aufgrund der noch fehlenden Schutzimpfung als sehr schwerwiegend einzustufen. Darüber hinaus war zu berücksichtigen, dass jedes Zuwarten bei einer höheren Verbreitung des Virus zu umfassenden Grundrechtseingriffen in weiten Bevölkerungsteilen des Kreisgebiets hätte führen müssen, wenn das Virus aus dem noch verfolgbaren Umfeld der Belegschaft der Kl. bei alltäglichen Verrichtungen wie dem Einkaufen oder bei Arztbesuchen in die übrige Bevölkerung des Kreises D1. übergesprungen, bzw. „eingesickert“ wäre. Die dem gegenüberstehende Schließung des klägerischen Betriebs für neun Tage stellt nach alledem auch eingedenk der hierdurch der Kl. entstandenen wirtschaftlichen Einbußen eine angemessene Maßnahme der Gefahrenabwehr dar. Das Risiko mit derartigen Eingriffen verbundener wirtschaftlicher Schäden aufgrund veränderter Umstände in der Außenwelt wie dem Auftreten eines ansteckenden Virus hat die Kl. als Betriebsrisiko, das dem allgemeinen (unternehmerischen) Lebensrisiko zuzuordnen ist, zu tragen, zumal auch ex ante keine existenzielle Gefährdung des klägerischen Betriebs zu erwarten war.

[103] ccc) Die streitgegenständliche Ordnungsverfügung war auch im Übrigen verhältnismäßig, insbesondere angemessen.

[104–138] (Wird ausgeführt; die Ausführungen sind abrufbar unter BeckRS 2021, 29451.)

Anmerkung von Rechtsanwalt Benedikt Plesker*

I. Kontext der Entscheidung

Das Urteil des VG Münster ist – soweit ersichtlich – die erste Hauptsacheentscheidung zu einer Betriebsschließung am Beginn der Coronavirus-Pandemie im Frühjahr 2020, die durch individuelle Ordnungsverfügung gegenüber einem Unternehmen angeordnet wurde. Betriebe mit Publikumsverkehr waren als allgemeine Schutzmaßnahme durch Allgemeinverfügung oder durch Rechtsverordnung der Bundesländer geschlossen worden. Wenn vermehrt Infektionen innerhalb der Mitarbeiterschaft eines anderen Unternehmens festgestellt wurden, ist eine Betriebsschließung teilweise aber auch durch Einzelverfügung angeordnet worden. So hatte das örtliche Kreisgesundheitsamt am zweiten Wochenende im Mai 2020 einen Schlacht- und Fleischverarbeitungsbetreib in Nordrhein-Westfalen geschlossen, nachdem dort vermehrt Infektionsfälle registriert worden waren. Anders handelte Mitte April 2020 der baden-württembergische Enzkreis bei einem Coronaausbruch in einem Fleischverarbeitungsbetreib: Statt einer Betriebsschließung wurde per Allgemeinverfügung eine so genannte „Arbeitsquarantäne“ für alle Beschäftigten angeordnet (weiterhin abrufbar unter https://www.enzkreis.de/Landkreis-Politik/Amtliche-Bekanntmachungen/). Demnach durften die Beschäftigten ihre Wohnung ausschließlich zur Arbeit verlassen. Die dortigen Behörden nahmen an, dass „der rasante Ausbruch auch mit der Wohnsituation vieler Beschäftigten zB Werkvertragsarbeitnehmerinnen und Werkvertragsarbeitnehmer sowie Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in Sammelunterkünften zu tun“ habe (Landtag BW, Drs. 16/8058). Vor diesem Hintergrund hatte das VG Münster zu entscheiden, ob die drei Wochen später ausgesprochene Schließungsverfügung rechtmäßig war.

II. Maßstäbe für die Störerauswahl im Infektionsschutzrecht

Die Entscheidung des VG Münster ist für die rechtliche Aufarbeitung der Pandemiebekämpfung insbesondere deshalb interessant, weil sie die Störerauswahl im Infektionsschutzrecht betrifft. Allerdings lässt die Urteilsbegründung eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) als besonderes Gefahrenabwehrrecht vermissen. Denn das Gericht begründet die Verantwortlichkeit und die Adressatenstellung des klagenden Unternehmens nahezu ausschließlich über allgemeine ordnungsbehördliche Erwägungen.

Nach einer bereits im März 2012 vom BVerwG getroffenen Grundsatzentscheidung (BVerwGE 142, 205 = NJW 2012, 2823) können Schutzmaßnahmen aufgrund der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel des § 28 I IfSG nicht nur gegenüber den näher bezeichneten infektionsschutzrechtlichen Störern, sondern auch gegenüber einzelnen oder mehreren Personen sowie gegenüber Nichtstörern angeordnet werden. Maßnahmen gegenüber Kranken, Krankheitsver-

* Der Verf. ist Rechtsanwalt bei Lenz und Johlen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Köln.

dächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheidern (den infektionsschutzrechtlichen Störern) sind dabei vorrangig gem. §§ 29–31 IfSG (Beobachtung, Absonderung, Berufsverbot) zu treffen. Für Maßnahmen gegenüber Dritten verbleibt der Generalklausel des „Gesundheitsschutzeingriffsrechts" (Kießling) dennoch ein denkbar weiter Adressatenkreis.

Das IfSG enthält jedoch keine eigene Regelung zur Störerauswahl. Die Rechtsprechung hat diese Lücke bereits für die Vorgängernorm des Bundesseuchengesetzes durch Anwendung der landesrechtlichen Vorschriften zur Störerauswahl im Polizei- und Ordnungsrecht geschlossen (BVerwG 16.6.2005 – 3 B 129/04, BeckRS 2005, 27868). Uneinigkeit besteht weiterhin in Rechtsprechung und Literatur, ob bei Maßnahmen gegenüber Nichtstörern entsprechend der gängigen landesrechtlichen Regelungen zum polizeilichen Notstand weitere Voraussetzungen hinsichtlich der Gefahrenlage oder alternativer Maßnahmen zu beachten sind: Während das OVG Lüneburg (3.2.2011 – 13 LC 198/08, BeckRS 2011, 46763 Rn. 39; 29.6.2020 – 13 MN 244/20, BeckRS 2020, 13884 Rn. 24) dies mit Teilen der Literatur befürwortet (Kießling IfSG § 28 Rn. 8), hält der VGH München (13.8.2020 – 20 CS 20.1821, BeckRS 2020, 19555 Rn. 25) gemeinsam mit anderen Vertretern der Literatur nicht für erforderlich (Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB/Poscher Kap 4 Rn. 98; BeckOK InfSchR/Johann/Gabriel InfSchR § 28 Rn. 21).

III. Zustandsverantwortlichkeit bei Infektionsgefahr?

An der Debatte über weitere Voraussetzungen für Maßnahmen gegenüber Nichtstörern beteiligt sich das VG Münster nicht – es nimmt sie offenbar aber auch gar nicht zur Kenntnis und beschäftigt sich damit nicht länger, obwohl es in der Eilentscheidung zur selben Sache die Klägerin noch als Nichtstörerin bewertet hatte (9.5.2020 – 5 L 400/20, BeckRS 2020, 8431). Stattdessen nimmt die Kammer nun an, die Schlachthofbetreiberin sei Zustandsstörerin und die dazu einschlägige Norm des nordrhein-westfälischen Ordnungsbehördengesetzes sei „– jedenfalls ihrem Rechtsgedanken nach – anwendbar" (Rn. 44). Begründet wird dies maßgeblich anhand eines wenig naheliegenden Gegensatzes zu § 7 I Nr. 1 Passgesetz (Passversagung aufgrund der Gefährdung der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik), weshalb infektionsschutzrechtliche Maßnahmen auch gegen Nicht-Kranke etc. gerichtet werden könnten (Rn. 46 ff.). Das war jedoch bereits durch das BVerwG im Jahr 2012 entschieden worden und erklärt auch gar nicht, warum nicht nur Nichtstörer, sondern auch Zustandsstörer in Anspruch genommen werden könnten.

Bei einer Bekämpfungsmaßnahme nach § 28 I IfSG dürfte es hingegen grundsätzlich ausgeschlossen sein, Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen. Denn das Infektionsschutzgesetz kennt mit § 17 I, II IfSG Standardmaßnahmen für den Fall, dass eine Infektionsgefahr von einer Sache ausgeht. Die Rechtsprechung leitet daraus unter anderem ab, dass Grundstückseigentümer für die von herrenlosen Stadttauben ausgehende Infektionsgefahr nicht als Störer in Anspruch genommen werden können (OVG Münster 6.9.2004 – 13 A 3802/02, BeckRS 2004, 24923; VG Weimar 25.2.2016 – 3 E 73/16 We, BeckRS 2016, 45865). Die Generalklausel für Bekämpfungsmaßnahmen in § 28 I IfSG in Verbindung mit § 2 Nr. 4–7 IfSG setzt dagegen tatbestandlich voraus, dass die Gefahr von infizierten Menschen ausgeht. Dies widerspricht der Annahme einer Sachgefahr, bei der Eigentümer als Zustandsstörer in Anspruch genommen werden. Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, Unternehmen oder Einrichtungen für konkrete Verhaltensweisen in Anspruch zu nehmen, wenn damit die Virusübertragung allgemein begünstigt wird – nur müssten die Handlungen oder die gefahrerhöhenden Umstände konkret benannt werden können (dazu bereits Vießmann NVwZ 2021, 15 (17)).

Dem Gericht ist auch zu widersprechen, wenn es für die Annahme einer Gefahr durch eine Sache die „Plausibilität einer vom Betrieb der Klägerin ausgehenden Begünstigung von Virus-Übertragungen" genügen lässt (Rn. 63). Die Verantwortlichkeit als Zustandsstörer setzt voraus, dass „die Sache selbst unmittelbar die Gefahrenquelle bildet" (OVG Münster OVGE 48, 66 = NJW 2000, 2124 (2126) = NVwZ 2000, 943 Ls.). Es bedarf demnach eines nachweisbaren Kausalzusammenhangs zwischen Gefahr und Sache. Nur dann ist es gerechtfertigt, dem Eigentümer nicht nur die Nutzungsvorteile zu gewähren, sondern diesem aufgrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 II GG) auch verschuldensunabhängig die Lasten aufzulegen. Die lediglich plausible Annahme, dass durch eine Sache eine Gefahr begünstigt wird, genügt dafür nicht.

IV. Störerauswahl bei ex post-Betrachtung?

Kritisch zu hinterfragen ist auch die Annahme, dass sich die Zustandsverantwortlichkeit aus erst später gewonnenen Erkenntnissen zur Virusübertragung in fleischverarbeitenden Betrieben ergeben soll (Rn. 67 ff.). Denn damit wird für die Störerauswahl etwas ermöglicht, was im Gefahrenabwehrrecht auf Tatbestandsebene regelmäßig ausgeschlossen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG bedarf es stets tatsächlicher Anhaltspunkte, um eine Gefahr anzunehmen (vgl. nur BVerfGE 141, 220 Rn. 112 mwN = NVwZ 2016, 839). Es überzeugt nicht, dies auf Ebene der Störerauswahl aufzugeben. Die Verantwortlichkeit für eine Sache kann nicht von der Tatsachengrundlage für die Bewertung der konkret von dieser Sache ausgehenden Gefahr getrennt werden. Besteht im Entscheidungszeitpunkt keine ausreichende Grundlage für die Annahme, dass die Gefahr von der Sache ausgeht, kann der Zustandsverantwortliche dafür auch nicht in Anspruch genommen werden (ebenso OVG Münster 21.7.2009 – 11 A 701/07, BeckRS 2009, 36757). Steht anhand der im Gefahrenabwehrrecht maßgeblichen ex ante-Betrachtung dagegen ausreichend fest, dass eine Gefahr durch eine Sache besteht, können Zustandsverantwortliche auch als Störer herangezogen werden. Später hinzutretende Erkenntnisse können die ursprüngliche Gefahrenprognose zwar bestätigen oder verwerfen. Objektiv bereits vorliegende, aber erst später erkannte Umstände können aber für die Rechtmäßigkeitsprüfung einer Maßnahme nur berücksichtigt werden, wenn sich die Umstände auf denselben Kausalzusammenhang beziehen, auf den auch die ursprüngliche Gefahrenprognose gestützt ist. Es ist deshalb unzureichend, wenn das Gericht offenlässt, ob und in welchem Umfang die später erkannten Faktoren für eine leichtere Virusübertragung im Einzelfall tatsächlich vorlagen (so aber Rn 73).

V. Fazit

Die Entscheidung des VG Münster mag im Ergebnis überzeugen: Es war im dritten Monat der Pandemie eher nicht unangemessen, einen einzelnen Betrieb mit mehr als 200 Positivfällen in der Belegschaft zu schließen, wenn gleichzeitig zig andere menschliche Kontaktmöglichkeiten unterbunden waren. Die Urteilsbegründung leidet allerdings daran, dass sich das Gericht zu sehr auf allgemeines Gefahrenabwehrrecht stützt, wo für das Infektionsschutzrecht als besonderes Gefahrenabwehrrecht eigene Maßstäbe hätten herangezogen werden können und müssen.