

Ansprüche auf Entschädigung wegen flächendeckender Öffnungsverbote in der Corona-Pandemie

Betroffene von Maßnahmen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten aufgrund des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) können Anspruch auf Entschädigung des hierdurch entstandenen Verdienstausfalls haben. In der aktuellen Pandemie spielen entsprechende Anträge auf Entschädigung eine zunehmende Rolle, nachdem die maßgebliche Anspruchsgrundlage im IfSG bislang eher ein Nischendasein gefristet hat. Doch nicht allein, wer durch behördliche Anordnung abgesondert wurde oder seine Kinder wegen der Schließung von Schulen und Kitas selbst betreuen muss, erhebt Anspruch auf Ersatz der hierdurch entstandenen finanziellen Einbußen. Auch Inhaber von Geschäftsbetrieben und Einrichtungen sowie Veranstalter, die den allgemeinen Öffnungsverboten zur Eindämmung des neuartigen Corona-Virus unterliegen, begehren Entschädigung für die hierdurch entstandenen Verluste. Allerdings erfüllen entsprechende Anträge an die nach Landesrecht zuständigen Behörden weder die tatbestandlichen Voraussetzungen der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen in unmittelbarer oder analoger Anwendung noch von gewohnheitsrechtlich anerkannten Aufopferungsansprüchen.

I. Einleitung

Die zur Bekämpfung des neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2 ergriffenen Maßnahmen finden ihre Grundlage in den Vorschriften des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG).¹ Die von den Landesregierungen seit Beginn der Pandemie (und weiterhin) erlassenen Rechtsverordnungen stützen sich auf die Verordnungsermächtigung in § 32 Satz 1 IfSG, die wiederum auf die gesetzlichen Voraussetzungen für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 IfSG verweist. Hierunter fallen insbesondere die zur Eindämmung des neuartigen Corona-Virus ergangenen konkret-individuellen, zunehmend aber auch mittels Allgemeinverfügung angeordneten Absonderungen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG. Weitere Einschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens wie Schließungsgebote für Betriebe und Verkaufsstellen, Verbote von Ver-, Ansammlungen und Zusammenkünften sowie Ausgangssperren fußen auf der Bekämpfungsgeneralklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Verstärkt seitens der rechtswissenschaftlichen Literatur vorgetragener, aber auch von den Verwaltungsgerichten geäußelter Kritik an einer fehlenden, hinreichend bestimmten (parlaments-)gesetzlichen Grundlage für derart weitreichende und intensive Eingriffe in Grund-

rechte ist der Gesetzgeber zuletzt mit Einführung des § 28 a IfSG begegnet.² Die Vorschrift sanktioniert insbesondere in ihrem Absatz 1 die seit März 2020 zwischen Bundeskanzlerin und Ministerpräsidentinnen und -präsidenten abgestimmten, sodann von den einzelnen Landesregierungen ergriffenen Maßnahmen ex post mittels Regelbeispielstechnik. Darüber hinaus setzt § 28 a Abs. 3 IfSG der Beschränkung von Freiheitsrechten mit besonderem Gewicht für das demokratische Gemeinwesen höhere materiell-rechtliche Hürden, als dies während des ersten „Lockdowns“ der Fall war.

Abseits drängender verfassungsrechtlicher Fragen betreffend die Vereinbarkeit von Eindämmungsmaßnahmen mit Grundrechten sowie mit Grundsätzen der Bestimmtheit und des Gesetzesvorbehalts, rückt zunehmend die Sekundärebene, mithin Fragen nach Grundlage und Umfang möglicher Ansprüche auf Entschädigung der von diesen Maßnahmen betroffenen Personen und Betriebe, in den Fokus von Behörden und Gerichten. Diese Fragen stellen sich nicht allein Arbeitnehmern und Selbstständigen, die – als Adressaten konkret-individueller infektionsschutzrechtlicher Anordnungen, insbesondere solcher zur Absonderung wegen eines Ansteckungsverdachts – einen Verdienstausfall erleiden, da sie während der Dauer der Maßnahmen ihrer jeweiligen beruflichen Tätigkeit nicht nachgehen können. Forderungen nach einem Ersatz erlittener finanzieller Einbußen erheben daneben auch Inhaber von Betrieben, deren (Laden-)Geschäfte oder (Kultur- und Freizeit-)Einrichtungen einem Öffnungsverbot unterliegen oder deren Dienstleistungen nicht angeboten werden dürfen. Eine Debatte um mögliche Rechtsgrundlagen für derartige Ansprüche entwickelte sich bereits im Zuge der ersten Welle der Pandemie ab Mitte März 2020; mit Verhängung des zweiten „leichten“, sodann erneut strengeren Lockdowns dürfte sie weiter relevant bleiben. Das IfSG selbst enthält in seinem 12. Abschnitt Regelungen für Ansprüche auf Entschädigung in besonderen Fällen. Allerdings bieten dessen zentrale Vorschriften §§ 56 und 65 IfSG – die Rechtmäßigkeit der ergriffenen Eindämmungsmaßnahmen unterstellt – weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung eine rechtliche Grundlage für den in zahlreichen Fällen beantragten Ersatz

- 1 Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften (Seuchenrechtsneuordnungsgesetz – SeuchRNeUG) vom 20.07.2000, BGBl. I, S. 1045.
- 2 Vgl. Art. 1 Nr. 17 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 18.11.2020, BGBl. I S. 2397.

erlittener Einbußen (hierzu unter II.). Auch Ansprüche nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht bestehen insofern nicht (sodann unter III.). Zuletzt liegen die Voraussetzungen gewohnheitsrechtlich anerkannter Ansprüche aufgrund von Aufopferung nicht vor (hierzu unter IV.). Bei Geltendmachung von Ansprüchen auf Entschädigung (auch) nach infektionsschutzrechtlichen Bestimmungen stellen sich besondere Fragen zu Verwaltungsverfahren und Rechtsweg (hierzu unter V.). Erste Entscheidungen einzelner Zivilgerichte liegen vor; weitere Gerichtsverfahren sind anhängig, demnächst auch vor den Verwaltungsgerichten (hierzu unter VI.).

II. Ansprüche nach dem IfSG

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für infektionsschutzrechtliche Ansprüche auf Entschädigung für Betroffene flächendeckender und branchenbezogener Öffnungsverbote sind nicht gegeben.

1. Entschädigung gemäß § 56 IfSG

Dies gilt für die zentrale Entschädigungsvorschrift des 12. Abschnitts des Gesetzes, die in ihren Absätzen 1 und 1a die rechtlichen Grundlagen für einen Ersatz erlittener Verdienstaufschlags definiert.

Insbesondere erhält nach § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG Entschädigung in Geld, wer aufgrund dieses Gesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 IfSG Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaufschlag erleidet. Zwar sind die abstrakt-generellen Verbote zur Eindämmung der Pandemie in Rechtsverordnungen der jeweiligen Landesregierung nach § 32 Satz 1 IfSG geregelt und damit auf Grundlage des IfSG ergangen. Selbst unterstellt, die zur Bekämpfung der Pandemie ergriffenen Maßnahmen wären als Tätigkeitsverbot i. S. v. § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG einzustufen,³ ist der Kreis der Entschädigungsberechtigten gleichwohl auf infektionsschutzrechtliche Störer und damit auf natürliche Personen begrenzt; juristische Personen fallen nicht hierunter.⁴ Auch die gesetzliche Grundlage für die Untersagung der Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ist ihrem Wortlaut nach auf (natürliche) Personen beschränkt, vgl. § 31 IfSG. Bei den von den Verboten betroffenen Betrieben und Veranstaltungen fehlt es aber ohnehin bereits an einem hinreichenden Ansteckungsverdacht; vielmehr dürften deren Inhaber, Mitarbeiter und Benutzer Nichtstörer sein. Zur Feststellung eines Ansteckungsverdachts bedürfte es nach § 2 Nr. 7 IfSG mindestens der Annahme, dass – etwa von Personen, die in den jeweiligen Betrieben oder Einrichtungen arbeiten oder einkaufen – Krankheitserreger aufgenommen worden sind. Voraussetzung dafür ist wiederum die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Kontakts zu einer infizierten Person. Dabei sind – unter Berücksichtigung der jeweils aktuellen epidemiologischen Erkenntnisse⁵ – an die Wahrscheinlichkeit einer Infektion umso geringere Anforderungen zu stellen, je (hoch-)ansteckender der jeweilige Krankheitserreger ist und je schwerwiegender eine Erkrankung im Falle einer Anste-

ckung verlaufen würde.⁶ Die Schließung einzelner Branchen während beider Lockdowns erfolgte bzw. erfolgt weiterhin jedoch allein zur allgemeinen Reduzierung sozialer Kontakte, nicht hingegen zum Schutz von Gewerbetreibenden, Arbeitnehmern und Kunden vor auf eine bestimmte Person konkretisierten infektionsschutzrechtlichen Gefahren.

Als Grundlage für eine Entschädigung ebenso wenig in Betracht kommt der mit (Erstem) Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite⁷ eingeführte § 56 Abs. 1 a Satz 1 IfSG. Danach sind auch erwerbstätige Personen im Falle einer Schließung von Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen anspruchsberechtigt, wenn keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit besteht und durch die deshalb erforderliche Betreuung ein Verdienstaufschlag eintritt.

2. Entschädigung nach § 65 IfSG

Auch § 65 Abs. 1 Halbs. 1 IfSG als die zweite zentrale Entschädigungsvorschrift des IfSG kommt als Anspruchsgrundlage in der gegenwärtigen Pandemie nicht in Betracht. Danach ist eine Entschädigung zu leisten, soweit aufgrund einer Maßnahme nach den §§ 16 f. IfSG Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert werden oder ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird. Die von den Landesregierungen ergriffenen, in Landesrechtsverordnungen geregelten Maßnahmen dienen jedoch der Bekämpfung, nicht (mehr) allein der Verhütung des neuartigen Coronavirus, weshalb insbesondere die Generalklausel des § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG keine Anwendung findet. Danach trifft – wenn Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder anzunehmen ist, dass solche Tatsachen vorliegen – die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. In dem Zeitpunkt, zu dem die ersten Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen der Bundesländer ergangen sind, war COVID-19 hingegen bereits von der WHO zur globalen Pandemie erklärt, im gesamten Bundesgebiet aufgetreten und somit der Anwendungsbereich des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG eröffnet,⁸ dessen tatbestandliche Voraussetzung die Feststellung infektionsschutzrechtlicher Störer ist. Dafür, dass die Generalklauseln des § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG einerseits und § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG andererseits zueinander im Verhältnis der Exklusivität stehen⁹, spricht insbesondere die

3 So etwa Antweiler, NVwZ 2020, S. 584 (588 f.), a. A. zu Recht Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (331).

4 Vgl. Eckart/Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 56 Rn. 30.1; Kümper, DÖV 2020, S. 904 (908); Reschke, DÖV 2020, S. 423 (425 f.).

5 Vgl. Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 2 Rn. 38.

6 Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16/11 –, BVerwGE 142, 205, juris Rn. 31 f.

7 Gesetz vom 27.03.2020, BGBl. I, S. 587.

8 Vgl. Johann/Gabriel, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 28 Rn. 18.1.

9 Vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 03.02.2011 – 13 LC 198/08 –, juris Rn. 40; Seewald, NJW 1988, S. 2921 (2925), jeweils zu den

Gesetzessystematik, die zwischen Maßnahmen zur Verhütung (4. Abschnitt) und zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (5. Abschnitt) unterscheidet. Jedenfalls mit Eintritt einer pandemischen Situation durfte der Verordnungsgeber – wie dies auch in allen Bundesländern geschehen ist – seine Maßnahmen auf die Bekämpfungsgeneralklausel stützen; ein Rückgriff (allein) auf § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG wäre ihm verwehrt gewesen.

3. Analoge Anwendung infektionsschutzrechtlicher Vorschriften?

Darüber hinaus scheidet auch eine entsprechende Anwendung insbesondere von § 56 IfSG zugunsten der von flächendeckenden Öffnungsverboten Betroffenen aus. Ein „Erstrecht-Schluss“ aus der gesetzlich vorgesehenen Entschädigung infektionsschutzrechtlicher Störer auf eine Pflicht zur Entschädigung auch von Nichtstörern lässt sich nicht ziehen.¹⁰ Denn es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke.

So entsprach es schon dem Willen des seuchenrechtlichen Gesetzgebers, dass eine Entschädigung für erlittenen Verdienstausfall nach § 49 Abs. 1 Bundes-Seuchengesetz (BSeuchG)¹¹ reinen Billigkeitserwägungen entspringt.¹² Bereits dies gebietet eine enge Auslegung der Vorschrift. Das BSeuchG sah zudem von Beginn an keine Ansprüche auf Entschädigung bei – nicht gegen Störer gerichteten – „Maßnahmen gegen die Allgemeinheit“ nach § 43 BSeuchG vor, deren Voraussetzungen getrennt von Absonderung und Tätigkeitsverboten eigenständig geregelt waren. Die Vorschrift fand zwar später Eingang in die neu geschaffene Bekämpfungsgeneralklausel.¹³ Diese Reform bezweckte jedoch allein eine effektivere Bekämpfung von Infektionskrankheiten,¹⁴ während das Entschädigungsregime unverändert blieb. Für die Annahme einer Regelungslücke spricht auch nicht, dass die Vorschriften des BSeuchG nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht abschließend sein sollten; Entschädigungspflichten in anderen Fällen aufgrund anderweitiger Rechtsvorschriften oder aus Gewohnheitsrecht wollte er nicht ausgeschlossen sehen.¹⁵ Denn bei Überführung des Bundesseuchenrechts in das Infektionsschutzrecht machte der Gesetzgeber im Gegensatz hierzu deutlich, dass die Entschädigungsregelungen des IfSG Aufopferungsansprüche umfassend ersetzen und Letzteren insoweit keine lückenschließende Funktion mehr zukommen sollte.¹⁶ Zugleich erweiterte er den Kreis der anspruchsberechtigten Personen um Krankheitsverdächtige, die unter Geltung des alten BSeuchG noch ohne Anspruch auf Entschädigung geblieben waren, selbst wenn sie nicht erkrankt waren; im Übrigen wurde § 49 BSeuchG ohne Änderung übernommen.¹⁷ Zwar mögen dem Gesetzgeber im Zeitpunkt der Verabschiedung des Infektionsschutzrechts Pandemien mit den Ausmaßen des gegenwärtigen COVID-19-Ausbruchs nicht vor Augen gestanden haben. Ihm war – unter dem Eindruck der HIV/AIDS-Krise der 1980er-Jahre sowie im Bewusstsein des globalen Bevölkerungswachstums, der hohen Mobilität der Menschen und der Migration großer Bevölkerungsgruppen – gleichwohl klar, dass neue aggressive Varianten von bekannten oder bislang unbekanntem Krankheitsserregern Teile der oder die Gesamtbevölkerung bedrohen könnten.¹⁸ Das Erstattungs- und Entschädigungs-

recht, auf den Ausgleich besonderer, durch zielgerichtete individuelle Maßnahmen geschaffener („punktueller“¹⁹) Schadenslagen ausgelegt, zur flächendeckenden Restitution aller wirtschaftlichen und sozialen Folgen einer Pandemie aber ungeeignet, ließ er trotzdem unangetastet.

Hätte der Bundesgesetzgeber abweichend hiervon eine Grundlage für Ansprüche auf Entschädigung auch für flächendeckend betroffene Gewerbetreibende schaffen wollen, hätten mittlerweile bereits drei umfassende Reformen des Infektionsschutzrechts seit Beginn der aktuellen Pandemie hinreichend Gelegenheit geboten. Tatsächlich hat er allein § 56 Abs. 1a IfSG neu eingefügt. Die Vorschrift ermöglicht gar eine Entschädigung von – im Gegensatz zu den Inhabern von Betrieben und Veranstaltern – nur mittelbar von Eindämmungsmaßnahmen betroffenen Personenkreisen (z. B. berufstätige Eltern) und ist insoweit Fremdkörper im Regelungsgefüge der Norm.²⁰ Seit seiner Einführung hat der Gesetzgeber den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift kontinuierlich erweitert und um Betretungsverbote aufgrund einer Absonderung²¹ sowie um die Anordnung von Schul- oder Betriebsferien und die Aufhebung der Präsenzpflicht aus Infektionsschutzgründen²² ergänzt.

Zudem sieht das IfSG an anderer Stelle – gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 IfSG für Fälle einer gesundheitlichen Schädigung durch Schutzimpfung und nach § 65 Abs. 1 IfSG bei Vernichtung, Beschädigung oder Wertminderung eines Gegenstandes aufgrund behördlicher Inanspruchnahme – eine Entschädigungsregelung für ein Sonderopfer ausdrücklich vor. Dass der Gesetzgeber an entsprechende Maßnahmen weitreichendere Entschädigungsansprüche knüpft als im Falle von Anordnungen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten, rechtfertigt sich allerdings durch die niedrige Schwel-

entsprechenden, inhaltlich im Wesentlichen gleichlautenden Generalklauseln des BSeuchG; ebenso Reschke, DÖV 2020, S. 423 (424f.).

10 So aber Rommelfanger, COVuR 2020, S. 178 (180); Struß/Fabi, DÖV 2020, S. 665 (671).

11 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen vom 18.07.1961, BGBl. I, S. 1012.

12 Vgl. BT-Drs. 3/1888 zu der Vorgängervorschrift des § 56 Abs. 1 IfSG, § 49 Abs. 1 BSeuchG.

13 Vgl. Viertes Gesetz zur Änderung des Bundes-Seuchengesetzes vom 18.12.1979, BGBl. I, S. 2248.

14 Vgl. BT-Drs. 8/2468, S. 27.

15 Vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 27; hierauf gleichwohl pauschal abstellend Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, S. 417 (420); Rommelfanger, COVuR 2020, S. 178 (181).

16 Vgl. BT-Drs. 14/2530, S. 87.

17 Vgl. BT-Drs. 14/2530, S. 88.

18 Vgl. BT-Drs. 14/2530, S. 37.

19 Cornils, Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet, Verfassungsblog v. 13.03.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/> (alle zitierten Internetseiten zuletzt abgerufen am 22.01.2021); Brenner, DÖV 2020, S. 660 (665f.).

20 Vgl. Stöls/Putzer, NJW 2020, S. 1564 (1470); ebenso Kümper, DÖV 2020, S. 904 (906f.).

21 Vgl. Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2020, S. 2397.

22 Vgl. Art. 4 a des Gesetzes über eine einmalige Sonderzahlung aus Anlass der COVID-19-Pandemie an Besoldungs- und Wehrosoldempfänger v. 21.12.2020, BGBl. I S. 3136.

ligeren Eingriffsvoraussetzungen der Verhütungsgeneral Klausel des § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG.²³ Aus der Feststellung des Ausbruchs einer Krankheit erwächst zudem die Pflicht Betroffener von Eindämmungsmaßnahmen, hoheitliche Eingriffe in größerem Umfang zu dulden als in einer Phase der bloßen Pandemievermeidung.²⁴

Eine entsprechende Anwendung von § 65 Abs. 1 IfSG scheidet aus den genannten gesetzessystematischen Gründen aus, die der Annahme einer planwidrigen Regelungslücke entgegenstehen.²⁵

Eine extensivere Auslegung von § 56 Abs. 1 Satz 1 und § 65 Abs. 1 IfSG ist auch nicht von Verfassung wegen aufgrund eines Eingriffs insbesondere in Art. 14 Abs. 1 GG geboten.²⁶ Erachtete man die erlassenen Verbote zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus als ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsgarantie und somit nur dann als verhältnismäßig, wenn zugleich eine Entschädigung zugesprochen wird, obläge die Entscheidung über deren Art und Umfang dem Gesetzgeber, nicht dem Rechtsanwender auf Sekundärebene.²⁷

III. Keine Anwendung von Entschädigungsregelungen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts

Die soeben dargestellten Überlegungen, die einer analogen Anwendung bestehender Vorschriften zur Entschädigung von Nichtstörern entgegenstehen, gelten in gleicher Weise im Hinblick auf die allgemeinen Entschädigungsregelungen in den landesrechtlichen Polizei- und Sicherheitsgesetzen. Auf sie, die den Aufopferungsgedanken verkörpern,²⁸ kann bereits gerade deswegen nicht subsidiär zurückgegriffen werden, weil der Gesetzgeber mögliche Ansprüche von Nichtstörern abschließend spezialgesetzlich geregelt hat. Namentlich Aufopferungsansprüche sollen daneben nicht zur Anwendung kommen.²⁹ Darüber hinaus sieht das Sicherheits- und Ordnungsrecht einzelner Bundesländer – als Ausdruck dieses Rechtsgedankens – Regelungen vor, wonach der Entschädigungsanspruch bei der Nichtstörerhaftung keine Anwendung findet, soweit die Entschädigungspflicht in anderen (spezial-)gesetzlichen Vorschriften geregelt bzw. ausgeschlossen ist.³⁰

IV. Keine Aufopferungsansprüche aus allgemeinem Staatshaftungsrecht

Genauso wie einfachgesetzlich geregelte Ansprüche auf Entschädigung wegen eines Sonderopfers entfallen, können auch allgemeine Aufopferungsansprüche nicht zur Anwendung kommen. Diskutiert werden gleichwohl die Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruchs,³¹ insbesondere aber des Anspruchs aus enteignendem Eingriff.³² Der 12. Abschnitt des IfSG ist ein in sich abgeschlossener Katalog für mögliche Entschädigungen, die für ein Sonderopfer aufgrund von staatlichen Eingriffen auf Grundlage des IfSG gewährt werden.³³ Für einen Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff bleibt schon im Ausgangspunkt kein Raum.³⁴

Unterstellte man gleichwohl – wie in der rechtswissenschaftlichen Literatur verbreitet vertreten³⁵ – die Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs, fehlte es an dessen Voraussetzungen. Eine Entschädigung aus enteignendem Eingriff ist zu zahlen, wenn der Betroffene durch den Eingriff einen Schaden erleidet, der das Maß der gewöhnlichen und typischen Beeinträchtigungen deutlich übersteigt und hierdurch dem Betroffenen ein Sonderopfer im Verhältnis zur Allgemeinheit auferlegt.³⁶

1. Enger Anwendungsbereich des enteignenden Eingriffs

Während bereits fraglich ist, ob es den enteignenden Eingriff überhaupt noch gibt oder ob er in der neuen Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung aufgegangen ist,³⁷ verbleibt dem enteignenden Eingriff nach einer Auffassung ein Restbereich insbesondere im Bereich nicht vorhersehbarer Zufalls- oder Unfallschäden.³⁸ Entschädigungen sollen

23 Vgl. Stöß/Putzer, NJW 2020, S. 1465 (1467).

24 Vgl. Cornils, Verfassungsblog v. 13.03.2020.

25 Instruktiv Kümper, DÖV 2020, S. 904 (910 f.).

26 In diese Richtung Papier, DRiZ 2020, S. 180 (183); Shirvani, NVwZ 2020, S. 1457 (1462).

27 Vgl. Kümper, DÖV 2020, S. 904 (909 f.); i.E. ebenso wohl Brenner, DÖV 2020, S. 660 (661); Reschke, DÖV 2020, S. 423 (429 f.); Stöß/ Putzer, NJW 2020, S. 1465 (1466).

28 Vgl. Buchberger/Rachor, in: Liskan/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. München 2018, M. Rn. 1.

29 Vgl. erneut BT-Drs. 14/2530, Vorbem. zu den §§ 56 ff. IfSG, S. 87.

30 Vgl. Reschke, DÖV 2020, S. 423 (426). Eine Nichtstörerentschädigung nach allgemeinem Sicherheits- und Ordnungsrecht daneben ablehnend, da es bei den flächendeckenden Maßnahmen an einer gezielten Inanspruchnahme des jeweiligen Betroffenen fehle Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (333); Kümper, DÖV 2020, S. 904 (911 f.).

31 Dieser Ausgleichsanspruch scheidet allerdings von vornherein aus, weil damit nur Eingriffe in immaterielle Rechte (z. B. Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit) entschädigt werden, vgl. Art. 2 Abs. 2 GG; siehe statt vieler Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. München 2013, S. 137.

32 Ein Anspruch aus Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG scheidet aus, weil hier – in Übereinstimmung mit der weit überwiegenden bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen unterstellt wird. Zudem gilt der Grundsatz des Primärrechtsschutzes, nach dem zunächst auf die Rückgängigmachung der Maßnahmen hinzuwirken wäre.

33 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 6 (bislang unveröffentlicht).

34 Ebenso Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (332); Brenner, DÖV 2020, S. 660 (661); Kümper, DÖV 2020, S. 904 (914); Schwintowski, NJOZ 2020, S. 1473 (1476 f.); a. A. Antweiler, NVwZ 2020, S. 584 (589); Struß/Fabi, DÖV 2020, S. 665 (671 f.) bezeichnen die Rechtslage als „derzeit ungeklärt“.

35 Siehe etwa Eibenstein, NVwZ 2020, S. 930 (933 f.); Rinze/Schwab, NJW 2020, S. 1905 (1910); Rommelfanger, COVuR 2020, S. 178 (181).

36 OLG Koblenz, Urt. v. 23.09.2009 – 1 U 428/09 –, juris Rn. 30.

37 Vgl. Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. München 2013, S. 328; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 40 Rn. 528.

38 Vgl. etwa Axer, in: BeckOK GG, 45. Ed. 1.12.2019, Art. 14 Rn. 139.

danach dort möglich sein, wo es um – meist atypische oder unvorhersehbare – Nebenfolgen an sich rechtmäßigen hoheitlichen Handelns geht, die die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten.³⁹

Beschränkt man den Anwendungsbereich des enteignenden Eingriffs auf Zufalls- und Unfallschäden, wäre ein enteignender Eingriff schon an dieser Stelle zu verneinen. Denn die hier diskutierten schädigenden Nebenfolgen der staatlichen Maßnahmen sind keine unbeabsichtigte und atypische Nebenfolge rechtmäßigen Verwaltungshandelns, im Gegenteil. Dass in den Betrieben, die nicht zu den versorgungsrelevanten Einrichtungen gehören, kein Publikumsverkehr mehr stattfinden soll, ist von den Schutzmaßnahmen gerade bezweckt. Dass damit auch Umsatz- und Gewinneinbußen einhergehen, ist zwar keine wünschenswerte Folge, aber es ist auch keineswegs unvorhersehbar oder atypisch. Eine erkannte und bewusst in Kauf genommene Folge kann nicht gleichzeitig eine unvorhersehbare Folge sein. Nimmt man einen über bloße Zufalls- und Unfallschäden hinausgehenden (Rest-)Anwendungsbereich des enteignenden Eingriffs an, stellt sich anschließend die Frage nach einem unmittelbaren Eingriff in eine eigentumsrechtliche Position sowie nach dem Vorliegen eines Sonderopfers.

2. Eingriff in eine eigentumsrechtliche Position

Vom enteignenden Eingriff erfasst sind nur Verletzungen einer Rechtsposition, die als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist. Die Frage, ob durch die (vorübergehenden) Betriebsschließungen überhaupt eine Beeinträchtigung des Eigentums in Rede steht, wird bislang unterschiedlich bewertet.⁴⁰

Zu denken ist vor allem an das richterrechtliche Institut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs,⁴¹ wobei allerdings fraglich ist, ob dieser überhaupt von der Eigentumsgarantie geschützt wird.⁴² Zurückhaltend, aber doch mit deutlicher Skepsis lässt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung diese Frage bislang offen.⁴³ Jedenfalls soll der Schutz des Gewerbebetriebs – selbst wenn dieser als Eigentum anerkannt wird – nicht weiter reichen als der Schutz seiner Grundlagen.⁴⁴ Einigkeit besteht darin, dass bloße Erwerbsmöglichkeiten und Gewinnaussichten keine gefestigte Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG darstellen.⁴⁵ Sie sind über die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, die vorliegend in erster Linie betroffen ist.⁴⁶ Art. 14 Abs. 1 GG schützt und gewährleistet den Betrieb daher allenfalls in seiner Existenz.⁴⁷ Zum konkreten Bestand eines Betriebes zählen insbesondere auch dessen Räumlichkeiten; sie sind Bestandteil dessen, was den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt.⁴⁸ Eine Betriebsuntersagung hat konkret zur Folge, dass die Geschäftsräume geschlossen bleiben. Zudem verzichten die Betroffenen bis zum vorläufigen Ende des Betriebsverbotes auf Einnahmen, während sie gleichzeitig die laufenden Kosten, z. B. für Personal und Miete, aufbringen müssen. Bei Betriebsschließungen für einen nicht unerheblichen Zeitraum wird die Unternehmensführung faktisch unmöglich gemacht bzw. erheblich erschwert.⁴⁹ Viele Unternehmen dürften dadurch in ihrer Existenz bedroht sein.⁵⁰ Jedenfalls

soweit die Betriebsschließungen länger andauern und die Untersagung zur Vernichtung einer beruflichen Existenz führen kann, dürfte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 14 GG ausnahmsweise betroffen sein.⁵¹

3. Sonderopfer

Ginge man davon aus, dass grundsätzlich Raum für den enteignenden Eingriff bleibt und die Eigentumsfreiheit ausnahmsweise betroffen ist, bliebe als entscheidendes Tatbestandsmerkmal und maßgebliches Abgrenzungskriterium von entschädigungslos hinzunehmenden Einwirkungen die Frage nach dem Sonderopfer. Für die Annahme eines Sonderopfers müssen die Folgen des Betriebsverbotes die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren wegen ihrer besonderen Schwere oder des im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen bewirkten Gleichheitsverstößes übersteigen.⁵² Spätestens hieran dürfte eine Entschädigung wegen enteignendem Eingriff endgültig scheitern.⁵³

Angesichts der flächendeckenden und branchenübergreifenden Maßnahmen liegt ein Sonderopfer schon deshalb nicht vor, weil eine besondere Schwere im Verhältnis zu

-
- 39 Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2005 – III ZR 330/04 –, BGHZ 91, 20, juris Rn. 12.
- 40 Ablehnend Brenner, DÖV 2020, S. 660 (663).
- 41 Einige begründen die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 GG aufgrund etwaig erteilter behördlicher Genehmigungen oder der Beschränkung von Nutzungsrechten, Struß/Fabi, DÖV 2020, S. 665 (674); a. A. Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (332).
- 42 Nach der Rechtsprechung des BGH schützt Art. 14 GG den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in der Substanz, die in ihrer Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebes ausmacht, BGH, Urt. v. 28.02.1980 – III ZR 131/77 –, NJW 1980, S. 2457 (2459).
- 43 Vgl. BVerfG, Urt. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u. a. –, juris Rn. 240; vgl. auch Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. Tübingen 2020, S. 291 Rn. 1187.
- 44 Vgl. etwa BVerfG, Kammerbeschl. v. 29.07.1991 – 1 BvR 868/90 –, juris Rn. 11.
- 45 BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 –, BVerfGE 105, 272 (278); OVG Sachsen, Beschl. v. 29.04.2020 – 3 B 138/20 –, juris Rn. 8; LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 27; ebenso Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (332).
- 46 OVG NRW, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 B 440/20.NE –, juris Rn. 119.
- 47 Vgl. auch BVerfG, Kammerbeschl. v. 04.10.1991 – 1 BvR 314/90 –, juris Rn. 2f.
- 48 Vgl. BGH, Urt. v. 09.12.1958 – VI ZR 199/57 –, BGHZ 29, 65-75, juris Rn. 13.
- 49 Struß/Fabi, DÖV 2020, S. 665 (674), ebenso i.E. Reschke, DÖV 2020, S. 423 (428).
- 50 Vgl. VG München, Beschl. v. 20.03.2020 – M 26 E 20.1209 –, juris Rn. 42.
- 51 BVerfG, Beschl. v. 29.04.1981 – 1 BvL 11/78 –, BVerfGE 57, 107 (117); so auch Stöß/Putzer, NJW 2020, S. 1645 (1647); für einen Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebs bei Betriebsschließungen siehe auch Shirvani, NVwZ 2020, S. 1457 (1458); a. A. wohl LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 27.
- 52 BGH, Beschl. v. 14.12.2017 – III ZR 48/17 –, juris Rn. 10.
- 53 So auch Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (331 f.); Brenner, DÖV 2020, S. 660 (663); a. A. Antweiler, NVwZ 2020, S. 584 (589).

ebenfalls betroffenen Betrieben zu verneinen ist.⁵⁴ Die Situation einzelner Betriebe unterscheidet sich regelmäßig in keiner Weise von vergleichbaren Lagen bei weiteren Betriebsinhabern.⁵⁵ Auch wenn die Ladenschließungen für viele der Unternehmen schwerste, zum Teil existenzbedrohende Folgen haben (werden), ist ein Sonderopfer in diesem Sinne zu verneinen, wenn die Maßnahmen sämtliche Unternehmen der betroffenen Branchen gleichermaßen treffen. Die „Opferlage“ wird vielmehr durch einen staatlichen Zwang hervorgerufen, der eine Vielzahl von Betrieben trifft, sodass sich in der Verletzung lediglich die typische Gefahr des Zwanges verwirklicht.⁵⁶ Ein Sonderopfer dürfte insofern im Fall einer solchen gleichmäßigen Inanspruchnahme unterschiedlicher Betroffener nicht gegeben sein. Nicht zu vergessen ist im Übrigen, dass die SARS-CoV-2-Pandemie auch jenseits von Betriebsschließungen große Teile der Wirtschaft betrifft.⁵⁷

Erhebliche Zweifel am Vorliegen eines Sonderopfers bestehen zudem bereits vor dem Hintergrund des nur engen Anwendungsbereichs des enteignenden Eingriffs. Aufopferungsansprüche sind grundsätzlich auf die Entschädigung von „Ausreißern“ angelegt und nicht für flächendeckende Entschädigungen geschaffen worden.⁵⁸ Dem Versuch, den enteignenden Eingriff zu weit auszudehnen, ist daher mit Skepsis zu begegnen. Das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs ist gerade keine geeignete Grundlage, um „massenhaft auftretende Schäden“ auszugleichen.⁵⁹ Soweit hiergegen eingewandt wird, dass es sich bei den Eindämmungsmaßnahmen nicht um unmittelbar legislativ bedingte Wirkungen, sondern um eine abgeleitete Rechtssetzung der Exekutive handele,⁶⁰ überzeugt dies nicht. Dem BGH geht es in seiner Rechtsprechung, die sich im Ausgangspunkt auf einzelfallbezogene Eigentumsbeeinträchtigungen bezieht, ersichtlich um den Aspekt der Massenhaftigkeit auftretender Schäden und nicht die Art und Weise, wie eine Rechtsnorm geschaffen wird.⁶¹

Auf die Schwere des Eingriffs, die für die Annahme eines Sonderopfers zusätzlich erforderlich ist, kommt es daher schon nicht mehr an. Ohnehin dürfte sie regelmäßig zu verneinen sein. Zwar erscheint nicht völlig ausgeschlossen, ausnahmsweise im Einzelfall angesichts der Dauer der angeordneten Schließungen und der damit oftmals einhergehenden existenziellen Bedrohungen für bestimmte besonders betroffene Betriebe ein Sonderopfer zu bejahen.⁶² Nicht überzeugen kann hingegen eine pauschale Unterscheidung anhand der Größe der betroffenen Unternehmen, weil von der Größe eines Unternehmens nicht unmittelbar auf die drohende Existenzgefährdung geschlossen werden kann. Ebenso erscheint problematisch, wirtschaftlich bereits vor der Krise gut aufgestellte Unternehmen im Verhältnis zu wirtschaftlich schlechter aufgestellten Konkurrenten zu benachteiligen. Gegen ein Sonderopfer spricht außerdem die massive und flächendeckend gewährte finanzielle Unterstützung sowohl auf Bundes- als auch Länderebene, die Soloselbstständigen, Freiberuflern und Unternehmen in Form von Sofort- bzw. Überbrückungshilfen oder als Darlehen ausbezahlt wird.⁶³ Durch die zur Verfügung gestellten staatlichen Hilfszahlungen werden die Belastungen in vielen Fällen bereits abgeschwächt.

Angesichts der beispiellosen Streubreite⁶⁴ der Eindämmungsmaßnahmen, der grundlegenden Ausrichtung staatshaftungsrechtlicher Ansprüche auf punktuelle Schadenslagen und der weitreichenden staatlichen Unterstützungsmaßnah-

men wird ein Sonderopfer regelmäßig verneint werden müssen. Nur ausnahmsweise ließe sich ein solches begründen, wenn ein betroffener Betrieb ein „exzeptionelles“, die Betroffenen „aus dem Kreis der Allgemeinheit signifikant heraushebendes Sonderopfer“ bringen würde.⁶⁵

V. Verfahrensrechtliche Fragen

Für Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche nach den §§ 56 und 65 IfSG und über Erstattungsansprüche nach § 56 Abs. 4 Satz 2, § 57 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 Satz 3 sowie § 58 Satz 1 IfSG war bislang nach § 68 Abs. 1 IfSG der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Seit dem 19.11.2020 ist nunmehr für Streitigkeiten über sämtliche Ansprüche nach den §§ 56 bis 58 der Verwaltungsrechtsweg gegeben; allein für Streitigkeiten über Ansprüche nach § 65 IfSG verbleibt es beim ordentlichen Rechtsweg.⁶⁶

Mit der erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen eingeführten Neufassung des § 68 Abs. 1 IfSG – der ursprüngliche Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD⁶⁷ hatte noch keine Änderung der Vorschrift vorgesehen – korrigierte der Bundesgesetzgeber mittels einer pauschalen Verweisung auf die §§ 56 bis 58 IfSG bereits länger bestehende redaktionelle Verweisungsfehler.⁶⁸ Im Übrigen bleibt die Begründung des Gesetzgebers für die Reform der Vorschrift denkbar knapp. Der Bericht des federführend beratenden Ausschusses für Gesundheit erschöpft sich insoweit in einer Wiederholung des Gesetzeswortlauts.⁶⁹ Nach dem in den Ausschüssen beratenen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Gesetzentwurf sei eine Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit von Verfassung wegen „nicht geboten“.⁷⁰

54 So auch LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 46; LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris Rn. 68; vgl. auch LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417 Rn. 35.

55 LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 46; vgl. zum Schadensausgleich für Umsatzausfall wegen Evakuierungsmaßnahmen aufgrund einer Bombendrohung OLG Koblenz, Urt. v. 23.09.2009 – 1 U 428/09 –, juris Rn. 32.

56 Vgl. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 163.

57 Siehe dazu Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (332, Fn. 29).

58 Erneut statt vieler Cornils, Verfassungsblog v. 13. März 2020.

59 BGH, Urt. v. 10.02.2005 – III ZR 330/04 –, juris Rn. 12.

60 So Struß/Fabi, DÖV 2020, S. 665 (675).

61 BGH, Urt. v. 10.02.2005 – III ZR 330/04 –, juris Rn. 12; ebenso Reschke, DÖV 2020, S. 423 (429).

62 Siehe auch Eibenstein, NVwZ 2020, S. 930 (934).

63 Stöß/Putzer, NJW 2020, S. 1465 (1467).

64 Bethge/Dombert, NordÖR 2020, S. 329 (331).

65 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. München 2013, S. 344.

66 Gesetz vom 18.11.2020, BGBl. I 2020, S. 2397.

67 Vgl. BT-Drs. 19/23944.

68 Vgl. insoweit Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 68 Rn. 5.

69 Vgl. BT-Drs. 19/24344, S.

70 Vgl. Änderungsantrag 3, Ausschussdrucksache 19(14)245.1, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/805672/719d64271ae5f9a9add55cde1ee4c077/19_14_0245-1_AeA-1-9-Koa_3-BevSchG-data.pdf.

Tatsächlich verwirft der Bundesgesetzgeber mit der Neuzuweisung eine bereits unter Geltung des Seuchenrechts getroffene Zweckmäßigkeitentscheidung. § 68 IfSG geht zurück auf § 61 BSeuchG, wonach für (sämtliche) Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche nach dem Gesetz der ordentliche Rechtsweg gegeben ist.⁷¹ Seine damalige Entscheidung, die Zivilgerichte für allgemein zuständig zu erklären, beruhte auf der Annahme, dass für Streitigkeiten über Ansprüche wegen eines Impfschadens nach den §§ 51 ff. BSeuchG – als Anwendungsfall des Aufopferungsanspruchs⁷² – ohnehin der ordentliche Rechtsweg eröffnet sei. Er erachtete es deshalb als sachgemäß, für sämtliche nach dem BSeuchG zu gewährenden Entschädigungen eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit zu begründen.⁷³ Dieser Zweck ist mit der entsprechenden Anwendung des Rechts der Kriegsopferversorgung auf Impfgeschädigte entfallen, da der Gesetzgeber Streitigkeiten über deren Ansprüche zugleich den für die Angelegenheiten nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG)⁷⁴ zuständigen Sozial- bzw. Verwaltungsgerichten übertragen wollte.⁷⁵

So wenig die ursprüngliche Zuweisung von Streitigkeiten über Entschädigungs- und Erstattungsansprüche an die ordentlichen Gerichte verfassungsrechtlich geboten war, so wenig ist dies auch die nunmehr vorgenommene Neuzuweisung. Jedenfalls aber schafft der Bundesgesetzgeber mit der ausdrücklichen Regelung in § 68 Abs. 1 IfSG Klarheit, denn seine Auffassung, bei den Ansprüchen nach den §§ 56 bis 58 IfSG handele es sich nicht um Aufopferungsansprüche nach § 40 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 Alt. 1 VwGO, sondern – und hier greift er auf die Formulierung des bundesseuchenrechtlichen Gesetzgebers zurück⁷⁶ – um eine hierunter nicht fallende reine Billigkeitsentschädigung, ist zumindest nicht unbestritten.⁷⁷

Ob seine Entscheidung, gerade inmitten einer Pandemie die gerichtlichen Zuständigkeiten neu zu ordnen, tatsächlich sachgemäß war, ist ebenso zweifelhaft. Denn der Bundesgesetzgeber hat damit zumindest die Möglichkeit divergierender höchstrichterlicher Rechtsprechung geschaffen. So lagen erstinstanzliche Urteile ordentlicher Gerichte schon vor Inkrafttreten der Neufassung des § 68 Abs. 1 IfSG vor. Weitere Verfahren dürften zu diesem Zeitpunkt bereits rechtshängig gewesen sein. Für all diese (noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen) Verfahren verbleibt es nach § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG bei der bisherigen Rechtswegzuweisung. Denn die Übergangsvorschrift des § 77 Abs. 3 IfSG enthält allein Regelungen für das verwaltungsgerichtliche (Vor-)Verfahren, wonach die Fristen nach den § 58 Abs. 2 Satz 1, § 70 Abs. 1 Satz 1 und § 75 Satz 2 VwGO frühestens ab Inkrafttreten des Gesetzes, also ab dem 19.11.2020 zu laufen beginnen. Sofern sich Klagen danach nicht allein auf Entschädigungen aus enteignendem Eingriff (mithin ohne sich zusätzlich auf die §§ 56 ff. IfSG direkt oder analog zu) berufen, werden zukünftig die Verwaltungsgerichte mit diesen Verfahren befasst werden.

War vor der Gesetzesreform im Rahmen des behördlichen Antragsverfahrens ein Widerspruchsverfahren nicht durchzuführen, könnte sich insoweit die Praxis der nach Landesrecht für Ansprüche auf Entschädigung nach § 56 IfSG zuständigen Behörden ändern, sofern nicht – wie etwa in Berlin⁷⁸ – ein Fall des § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO

vorliegt, der ein Vorverfahren entbehrlich macht. Dies entspräche dem Willen des Gesetzgebers, wonach den Entscheidungen der jeweiligen Entschädigungsbehörde wohl Verwaltungsaktqualität zukommen soll.⁷⁹ Zwar sind sowohl tatbestandliche Voraussetzungen als auch Umfang einer Verdienstausfallentschädigung gesetzlich geregelt und handelt es sich bei § 56 IfSG um einen gebundenen Anspruch. Das Gesetz sieht darüber hinaus zumindest ausdrücklich keinen Anspruch auf Bescheidung vor, und Betroffene dürften zuvörderst eine Zahlung in Höhe ihres geltend gemachten gesetzlichen Anspruchs, mithin eine Leistung begehren. Andererseits spricht für einen Regelungscharakter, dass nach § 56 Abs. 4, Abs. 5 Satz 2 und 3 sowie Abs. 12 IfSG Antragsverfahren⁸⁰ zu durchlaufen sind und Abs. 11 der Vorschrift eine (Ordnungs-)Frist⁸¹ von nunmehr zwölf Monaten für die Antragstellung festschreibt.⁸² Auch kann die Feststellung der Höhe der jeweils zu zahlenden Entschädigung einen komplexeren Prüfvorgang – teilweise unter Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe – erforderlich machen.

Dass im Übrigen für Streitigkeiten über Ansprüche auf Aufopferungsentschädigung nach § 65 IfSG wegen ihrer Nähe zu dem Rechtsgedanken einer Kompensation des von dem Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit auf sich genommenen Opfers⁸³ weiterhin der ordentliche Rechtsweg gegeben sein soll (vgl. § 68 Abs. 1 Satz 2 IfSG), entspricht der Regelung des § 40 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 VwGO. Ob es nicht sachgemäß gewesen wäre, im Zuge der Neufassung des § 68 Abs. 1 sogleich sämtliche Ansprüche nach den §§ 56 ff., 65 IfSG der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuweisen, mag dahinstehen. Für die gerichtliche Praxis dürfte diese Ent-

71 Vgl. BGBl. I 1961, S. 1012.

72 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Drittes Gesetz zur Änderung des BSeuchG, BT-Drs. 6/1568, S. 6.

73 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (BSeuchG), BT-Drs. 3/1888, S. 30.

74 Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges i. d. F. der Bekanntmachung vom 22.01.1982, BGBl. I S. 21.

75 Vgl. BT-Drs. 6/1568, S. 10.

76 Vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 27.

77 Vgl. Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 68 Rn. 2f.

78 Vgl. Eckart/Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 56 Rn. 82.1.

79 Vgl. Änderungsantrag 3, Ausschussdrucksache 19(14)245.1, wonach das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren für entsprechende Ansprüche „künftig durchzuführen“ sei; vorsichtiger insoweit BT-Drs. 19/24334, S. 83: Demnach seien künftig auch die Vorschriften über das Vorverfahren „zu beachten“.

80 Wobei das Antragsverfahren in erster Linie den Behörden dazu dienen dürfte, alle für sie zur Prüfung des geltend gemachten Anspruchs erforderlichen Nachweise zu erlangen, vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 28.

81 Vgl. Erdle, Infektionsschutzgesetz, 7. Aufl. Landsberg am Lech 2020, § 56 S. 163.

82 So Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, München 2020, § 56 Rn. 44.

83 Vgl. – für das BSeuchG – BT-Drs. 3/1888, S. 29; sowie für das IfSG BT-Drs. 14/2530, S. 87; vgl. auch Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, München 2020, § 56 Rn. 3, 44; ebenso wohl Kruse; in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 68 Rn. 10b.

scheidung des Gesetzgebers aber – wegen des grundlegend geringen Anwendungsbereichs der Vorschrift⁸⁴ sowie seiner praktischen Bedeutungslosigkeit in der aktuellen Pandemie – derzeit keine besondere Rolle spielen.

VI. Zur bisherigen Rechtsprechung

Mittlerweile liegen die ersten Gerichtsentscheidungen zur Entschädigungsfrage vor, die eine klare Tendenz erkennen lassen. Wenn auch mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung und voneinander abweichendem Prüfungsaufbau haben sämtliche Gerichte die geltend gemachten Entschädigungsansprüche vollumfänglich abgelehnt. Damit wird die in diesem Beitrag vertretene Auffassung, dass sich Entschädigungsansprüche weder aus dem IfSG noch aus allgemeinem Gefahrenabwehrrecht oder aus dem allgemeinen Staatshaftungsrecht ergeben, bestätigt.

Ein näherer Blick zeigt, dass die den Urteilen der Landgerichte Heilbronn, Hannover, Berlin und Stuttgart zugrunde liegenden Sachverhalte eine große Bandbreite unterschiedlicher Branchen betrafen. Streitgegenständlich waren Öffnungsverbote für einen Friseursalon,⁸⁵ für Betreiber und Betreiberinnen von Theatern,⁸⁶ Restaurants⁸⁷, Kinos und Hotels, für den Inhaber eines Escape-Rooms, einen Zahnarzt⁸⁸ sowie ein Yoga-Studio⁸⁹.

Das soweit ersichtlich erste Urteil sprach das Landgericht Heilbronn bereits im April 2020. Dort begehrte die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Entschädigung von reklamierten Einbußen durch die Schließung ihres Friseursalons. Da das Gericht um einstweiligen Rechtsschutz angerufen wurde, unterscheidet sich die Entscheidung aus prozessualer Sicht von den weiteren hier diskutierten Urteilen.⁹⁰ Das Landgericht Heilbronn sah mangels Dringlichkeit bereits keinen Grund, eine Entschädigung im Eilverfahren zuzusprechen. Weil die notwendige Existenzgefährdung – insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Klägerin bereits 9.000 € Soforthilfe erhalten hatte – nicht hinreichend dargelegt worden sei, lehnte das Gericht eine schnelle Entscheidung mangels Verfügungsgrundes ab.⁹¹ Schließlich vermochte das Gericht – wenn auch unter Zugrundelegung des im Eilverfahren nur reduzierten Prüfungsmaßstabs und dementsprechend knapper Begründung – auch keinen Verfügungsanspruch zu erkennen.⁹²

In sämtlichen Urteilen besteht Einigkeit, dass § 56 IfSG weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung eine rechtliche Grundlage für Entschädigungszahlen bietet, wobei hierzu die fehlende Anspruchsberechtigung sowie die mangelnde (planwidrige) Regelungslücke angeführt wird. Zu kurz greift insoweit aber die Argumentation der 2. Zivilkammer des Landgerichts Berlins, die über den Entschädigungsanspruch eines Gaststättenbetreibers zu entscheiden hatte. Um eine analoge Anwendung von § 56 IfSG zu verneinen, genügt nicht allein der Verweis darauf, dass der Kläger nicht Erkrankter oder Erkrankungsverdächtiger ist.⁹³ Ebenso einig ist sich die bisherige Rechtsprechung darüber, dass auch § 65 IfSG weder unmittelbar noch analog Anwendung findet und dass Ansprüche nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht mit Verweis auf die Sperrwirkung des IfSG abzulehnen sind.⁹⁴ Auch Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB

i. V. m. Art. 34 GG werden von allen Gerichten überzeugend verneint, sei es mit Verweis auf die Rechtmäßigkeit der Eindämmungsmaßnahmen⁹⁵ oder aber mit Verweis auf die fehlende individuelle Betroffenheit i. S. v. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁹⁶

Während das abschließende Entschädigungsregime des IfSG von einigen Gerichten auch in Bezug auf Aufopferungsansprüche ausdrücklich angenommen wird⁹⁷ mit der Folge, dass ein enteignender Eingriff von vornherein ausscheidet, wird die Frage der Sperrwirkung in anderen Entscheidungen nicht angesprochen und eine Entschädigung aus anderen Gründen verneint⁹⁸.

Unterschiedlich bewertet wird dabei, ob durch die (vorübergehenden) Betriebsschließungen eine Beeinträchtigung des Eigentums anzunehmen ist. Während das Landgericht Heilbronn dies mangels verfestigter Eigentumsposition pauschal ablehnt⁹⁹ und das Landgericht Berlin jedenfalls angesichts des vorübergehenden Charakters der Maßnahmen skeptisch ist,¹⁰⁰ tendiert das Landgericht Hannover dazu, einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG zu bejahen, wobei dies letztlich offengelassen wurde.¹⁰¹ Bereits im Sommer 2020 wies das Landgericht Hannover die Klage eines Restaurantbetreibers ab.¹⁰² Ende des Jahres folgte ein weitgehend identisches Urteil, in dem über die Ansprüche von rund einem Dutzend Klägerinnen und Klägern entschieden wurde.¹⁰³ Dass diese unterschiedlichen Branchen (Kinos, Hotels, Escape-Room-Be-

-
- 84 Kruse, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, 2. Ed. 01.12.2020, § 65 Rn. 6.
 - 85 LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris.
 - 86 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20.
 - 87 LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris, sowie LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417.
 - 88 Sämtlich in LG Hannover, Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris.
 - 89 LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris.
 - 90 Vgl. auch Eibenstein NVwZ 2020, S. 930 (931).
 - 91 LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 18 ff.
 - 92 LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 24 ff.
 - 93 LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417 Rn. 24.
 - 94 Das LG Heilbronn musste hierüber im Eilverfahren mangels Geltendmachung nicht entscheiden, vgl. Eibenstein, NVwZ 2020, S. 930 (931).
 - 95 So etwa LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris Rn. 101.
 - 96 So etwa LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 51.
 - 97 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 6; LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 45; vgl. auch LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 27.
 - 98 Vgl. etwa LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417.
 - 99 LG Heilbronn, Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20 –, juris Rn. 27. Die Frage des Sonderopfers war für das Landgericht Heilbronn daher nicht mehr relevant.
 - 100 Vgl. LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20.
 - 101 LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris Rn. 65 sowie Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris Rn. 78. Nicht angesprochen wurde die Frage der Eigentumsbeeinträchtigung bei LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 – und LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20.
 - 102 LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris.
 - 103 LG Hannover, Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris.

treiber, Zahnarzt) angehört, machte für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied.

Schließlich scheiterten die Entschädigungsansprüche spätestens am Vorliegen eines Sonderopfers. Übereinstimmend mit der in diesem Beitrag vertretenen Auffassung bietet der enteignende Eingriff auch nach Ansicht der bisherigen Rechtsprechung keine taugliche Rechtsgrundlage, um massenhafte und flächendeckende Schäden auszugleichen. Überwiegend wird mit Verweis auf den weiten Personenkreis, der von den Maßnahmen betroffen ist, ein individuelles Sonderopfer überzeugend verneint.¹⁰⁴ Ohne Auseinandersetzung mit dem flächendeckenden Charakter der Maßnahmen verweist die 2. Zivilkammer des Landgerichts Berlin allerdings darauf, dass es mit dem Grundgesetz nur schwer vereinbar sei, wenn ein Nichtstörer für eine Maßnahme keinen Entschädigungsanspruch habe, den er hätte, wenn er Störer wäre.¹⁰⁵ Diese Argumentation kann vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des IfSG keinen Bestand haben. Die auf den besonderen Fall ausgerichteten Entschädigungsregelungen des IfSG sollen gerade den Störer motivieren, hervorzutreten, um zu verhindern, dass dieser aus Sorge vor Umsatz- und Gewinneinbußen von der Meldung einer Erkrankung oder (möglichen) Ansteckung absieht.

Zuzustimmen ist der 2. Zivilkammer des Landgerichts Berlins allerdings darin, dass sie das Vorliegen eines Sonderopfers im von ihr zu entscheidenden Fall auch angesichts der nur vorübergehenden Betriebsschließungen und der staatlichen Zuwendungen ablehnt.¹⁰⁶ Die erlittenen Nachteile seien regelmäßig nicht als ein solches unzumutbares Sonderopfer anzusehen, sondern bewegten sich vielmehr noch im Bereich eines tragbaren allgemeinen Lebens- und Unternehmerrisikos.¹⁰⁷ Gleichermaßen wird die Entschädigung auch in den anderen Fällen mangels konkreter Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz verneint.¹⁰⁸ Es ist zwar nachvollziehbar, wenn die Gerichte zur Ablehnung eines Sonderopfers auch auf die Begrenztheit der einzelnen Maßnahmen verweisen. Jedoch ist im Auge zu behalten, dass angesichts der Sperrwirkung des IfSG auch bei Kumulation der Eindämmungsmaßnahmen bzw. längerfristigen Beeinträchtigungen kein Raum für einen enteignenden Eingriff wäre. Als zusätzliches Argument führt die 14. Zivilkammer des Landgerichts Berlin, die über die Klagen von Betreiberinnen von Theatern, politischem Kabarett und Varietés inklusive gastronomischer Leistungen zu befinden hatte, an, dass ein Sonderopfer schon deshalb abzulehnen sei, weil die Umsatz- und Gewinneinbußen der Klägerinnen keineswegs allein durch Eindämmungsmaßnahmen entstanden seien. Vielmehr hätten große Teile der Bevölkerung auf den Besuch von Kultureinrichtungen ohnehin aufgrund der Gefahrenlage verzichtet.¹⁰⁹ Während diese Argumentation allenfalls in Bezug auf die Höhe einer Entschädigung überzeugen könnte, scheint jedoch Vorsicht geboten, Ansprüche Betroffener gegenüber dem Staat aufgrund spekulativer Überlegungen vollständig abzulehnen. Zustimmung verdient allerdings das Argument der 14. Zivilkammer, dass bei dogmatischer Betrachtung des Aufopferungsrechts eine vollständige Bewahrung vor wirtschaftlichen Schäden nicht geboten ist.¹¹⁰

Das Landgericht Hannover hatte schließlich noch über eine Verfahrensaussetzung nach Art. 100 Abs. 1 GG zu ent-

scheiden, weil die Klägerinnen und Kläger des dortigen Verfahrens hilfsweise beantragt hatten, dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorzulegen, ob das IfSG insoweit mit Art. 12 und 14 GG vereinbar sei, als es keine angemessenen Entschädigungsregelungen vorsehe.¹¹¹ Das Gericht lehnte eine Vorlage ab und begründete dies überzeugend mit einer restriktiven Auslegung des verfassungsrechtlichen Instituts der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung aufgrund dessen Ausnahmecharakter.¹¹² Neben den Urteilen des Landgerichts Hannover, die sich durch ihre ausführliche Diskussion möglicher Anspruchsgrundlagen unter erschöpfender Berücksichtigung der bislang erschienenen Literatur ausweisen, sticht das Urteil des Landgerichts Stuttgart heraus, das über die Klage einer Yoga-Studio-Betreiberin zu befinden hatte. Die Entscheidung setzt die richtigen Schwerpunkte und überzeugt sowohl durch seine klare Struktur als auch durch eine präzise und schnörkellose Argumentation und Sprache.

VII. Fazit

Die Frage nach einem Anspruch auf Entschädigung wegen flächendeckender Verbote und Einschränkungen des kulturellen und wirtschaftlichen Lebens in der Corona-Pandemie wurde bislang – und wird weiterhin – kontrovers diskutiert. Ein Grund hierfür mag sein, dass der Gesetzgeber den Entschädigungsregelungen im Bundeseseuchen- und Infektionsschutzrecht bis heute nicht die notwendige Beachtung geschenkt hat. Sie blieben über die Jahrzehnte hinweg nahezu unverändert, während sich das Rechtsgebiet stetig, wenn auch in kleinen Schritten weiterentwickelte, um vor den Gefahren bislang unbekannter oder zurückkehrender Krankheitserreger besser gewappnet zu sein. Die Corona-Pandemie traf Behörden und Gerichte wegen ihres Ausmaßes und ihrer weitreichenden Folgen gleichwohl unvorbereitet. Die bisherigen Erfahrungen mit der Anwendung und Auslegung der Regelungen der §§ 56 ff. IfSG legen die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform nahe, sobald das Virus eingedämmt und der Alltag wieder eingekehrt ist. Dies ändert gleichwohl

-
- 104 So LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris Rn. 68 sowie Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris Rn. 81; LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 46, ebenso jüngst LG Köln, Urt. v. 12.01.2021 – 5 O 215/20 –, juris Rn. 43; diese Frage offenlassend LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 7.
- 105 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 10.
- 106 LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417 Rn. 35; ebenso mit Verweis auf staatliche Unterstützungsleistungen LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 7.
- 107 LG Berlin, Urt. v. 13.10.2020 – 2 O 247/20 –, BeckRS 2020, 26417 Rn. 34.
- 108 LG Stuttgart, Urt. v. 05.11.2020 – 7 O 109/20 –, juris Rn. 46; LG Hannover, Urt. v. 09.07.2020 – 8 O 2/20 –, juris Rn. 69 sowie Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris Rn. 82.
- 109 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 6.
- 110 LG Berlin, Urt. v. 02.11.2020 – 14 O 151/20 –, EA S. 7.
- 111 Vgl. LG Hannover, Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris Rn. 20.
- 112 LG Hannover, Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 –, juris Rn. 125 ff., 143.

nichts daran, dass nach aktueller Rechtslage keine Grundlage für einen umfassenden Ausgleich von Umsatz- und Gewinneinbußen derjenigen Betriebsinhaber besteht, deren Geschäfte, Einrichtungen und Veranstaltungen während beider Lockdowns schließen oder abgesagt werden mussten.

Dieser Auffassung hat sich die bisherige zivilgerichtliche Rechtsprechung einhellig angeschlossen. Es bleibt abzuwarten, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die in Zukunft dazu

berufen ist, über Entschädigungsklagen zu befinden, diese Linie fortführen wird.

Dr. Silvia Ernst, Rechtsanwältin in Berlin, Sozietät Geulen & Klinger und **Dr. Max Putzer**, Richter am Verwaltungsgericht, Berlin
