

Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung

Von Dr. Johannes Bethge/Dr. Maximilian Dombert, Potsdam*

Spätestens seit März dieses Jahres bestimmt die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 das Leben in Deutschland. Nachdem zunächst auf lokaler Ebene Maßnahmen zur Eindämmung getroffen wurden, erfolgten die Bekämpfungsmaßnahmen mit zunehmendem Infektionsgeschehen durch bundesweit koordinierte Rechtsverordnungen der Länder. Die Verordnungen sahen unter anderem vor, dass bestimmte Ladenlokale und Gaststätten für den Publikumsverkehr zu schließen waren. Diese Öffnungsverbote betrafen nicht nur Geschäfte des Einzelhandels, Restaurants, Bars und Kneipen, sondern auch Frisöre, Fitnessstudios und viele weitere Gewerbebetriebe. Mit anderen Worten: Weite Bereiche des Wirtschaftslebens standen zu Gunsten des Infektionsschutzes still. Als Teil des „massivsten kollektiven Grundrechtseingriffs in der Geschichte der Bundesrepublik“¹ führten die Öffnungsverbote bei den betroffenen Gewerbetreibenden zu erheblichen finanziellen Einbußen bis hin zur Existenzgefährdung.

I. Ausgangslage und Diskussion

Während in den zurückliegenden Monaten vor allem die Rechtmäßigkeit der Eindämmungsmaßnahmen in der juristischen Literatur diskutiert worden ist und manches Verwaltungsgericht jedenfalls in Verfahren des Eilrechtsschutzes Gelegenheit hatte, sich mit einzelnen Maßnahmen zu befassen,² rückt damit nach und nach die Frage nach möglichen Entschädigungsansprüchen in den Mittelpunkt der Diskussion. Dieser Frage wird auch die vorliegende Untersuchung nachgehen. Wir unterstellen dabei – mit dem Grundtenor der bisher vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen durchaus in Einklang – die Rechtmäßigkeit der Eindämmungsmaßnahmen und gehen der Frage nach, ob insbesondere die in den Eindämmungsverordnungen enthaltenen Öffnungsverbote für Ladengeschäfte und Gaststätten Entschädigungsansprüche für rechtmäßiges Staatshandeln auslösen. Während vor allem Stimmen aus der Rechtsanwaltschaft Ausgleichspflichten des Staates für die verordneten Öffnungsverbote bejahen,³ ist bei näherer Betrachtung Skepsis angebracht. Weder aus den besonderen Anspruchsgrundlagen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) noch aus anderen Rechtsgrundlagen folgen Entschädigungsansprüche. Sicher ist dennoch, dass über die haftungsrechtlichen Folgen der Pandemiebekämpfung in den nächsten Jahren vor den Gerichten gestritten werden wird. Wenn auch die gegenwärtige Pandemie eine Ausnahmesituation ist, deren Ausgang, deren soziale und wirtschaftliche Folgen und deren künftige rechtliche Bewertung nur begrenzt absehbar sind, dürfte die öffentliche Hand nach derzeitiger Rechtslage bei der Verteidigung gegen solche Klagen regelmäßig die besseren Argumente auf ihrer Seite haben.

II. Anspruchsgrundlagen im Infektionsschutzgesetz

Entschädigungsansprüche können sich zunächst aus dem Infektionsschutzgesetz selbst ergeben, das im 12. Abschnitt entsprechende Regelungen bereithält. Bereits auf den ersten Blick kommen für die Entschädigungsansprüche von Geschäftsinhabern und Gastwirten lediglich die Vorschriften des § 56 Abs. 1 IfSG und des § 65 Abs. 1 Satz 1 IfSG in Betracht. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass auch aus diesen kein Anspruch folgt.

1. Rechtsgrundlage für Öffnungsverbote

Die Beantwortung der Frage, ob und – wenn ja – welche Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz für die zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie verordneten Öffnungsverbote bestehen, hängt entscheidend davon ab, auf welche Rechtsgrundlage die Öffnungsverbote gestützt werden. Denn seuchenpolizeiliche Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz lassen sich in Verhütungsmaßnahmen im Vorfeld und Bekämpfungsmaßnahmen nach dem Ausbruch übertragbarer Krankheiten unterscheiden.⁴ Als Rechtsgrundlage für die Öffnungsverbote kommen die §§ 16 ff. IfSG nicht in Betracht, denn sie ermächtigen die zuständigen Behörden, vor dem Ausbruch einer übertragbaren Krankheit Verhütungsmaßnahmen zu ergreifen.⁵ Die Generalklausel des § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG beispielweise ermächtigt dazu, die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren zu treffen, wenn Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder anzunehmen ist, dass solche Tatsachen vorliegen. Als die ersten Gesundheitsbehörden Mitte März Eindämmungsmaßnahmen ergriffen, hatten das Virus SARS-CoV-2 und die durch dieses Virus ausgelöste Krankheit COVID-19 Deutschland – wenn

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung(NordOer 2020, 329)

330

auch noch nicht alle Gebietskörperschaften – bereits erreicht und breiteten sich rasant aus.

Soweit ersichtlich haben sich die auch handelnden Hoheitsträger stets auf die §§ 28 ff. IfSG berufen, also auf die Befugnisse zur Bekämpfung der Ausbreitung einer bereits aufgetretenen Krankheit. Die Rechtsverordnungen der Länder sind auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG gestützt, die in Verbindung mit § 32 Satz 1 IfSG auch zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt.⁶ Die Generalklausel wurde erst im März geändert, um die seinerzeit vielerorts bereits erlassenen Ausgangsbeschränkungen rechtlich abzusichern.⁷ Sie ermächtigt die zuständige Behörde, die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Voraussetzung ist, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Nach der geltenden Fassung kann die Behörde insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Satz 2 ermächtigt die Behörde, Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen zu beschränken oder zu verbieten und Badeanstalten oder bestimmte Gemeinschaftseinrichtungen zu schließen.

2. Entschädigung für Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen

Auch die Entschädigungsregelungen des Infektionsschutzgesetzes lassen sich danach unterscheiden, ob sie Entschädigungen für Verhütungsmaßnahmen, die vor Auftreten einer übertragbaren Krankheit getroffen werden, vorsehen oder Entschädigungen für Bekämpfungsmaßnahmen gewähren, die nach Ausbruch des Infektionsgeschehens ergriffen werden.⁸

a) Entschädigung für Verhütungsmaßnahmen

§ 65 Abs. 1 Satz 1 IfSG gewährt eine Entschädigung in Geld, soweit auf Grund einer Maßnahme nach den §§ 16 und 17 IfSG Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert werden oder ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird. Im Kontext der Öffnungsverbote kommt allenfalls die letzte Alternative der Vorschrift als

Anspruchsgrundlage in Betracht. Auf den ersten Blick mag man die erlittenen Verdienstaufälle begrifflich als „anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil“ in diesem Sinn fassen.⁹ Bei genauerer Betrachtung sind allerdings Zweifel anzumelden: Namentlich hatte die Vorschrift ursprünglich nur Fälle der Vernichtung kontaminierten Sacheigentums im Blick.¹⁰ Sie steht nach wie vor in engem Zusammenhang mit der Standardmaßnahme des § 17 Abs. 1 IfSG, die unter anderem die Vernichtung von Gegenständen erlaubt. Auch die spätere Erweiterung des Entschädigungsanspruchs auf Maßnahmen nach der Generalklausel und auf die Entschädigung anderer Vermögensnachteile sollte – nach damaliger Dogmatik – lediglich eine umfassende Enteignungsentschädigung garantieren.¹¹ Zudem sind die **Öffnungsverbote** – wie gesehen – gar nicht auf die Generalklausel des § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt. Sie dienen nicht der Verhütung eines Krankheitsausbruchs, sondern der Bekämpfung einer bereits ausgebrochenen Krankheit. Sie können einen auf § 65 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützten Anspruch schon deshalb nicht begründen.¹² Die Begrenzung der Entschädigung auf Verhütungsmaßnahmen ist damit zu rechtfertigen, dass deren Eingriffsvoraussetzungen geringer sind und dem Betroffenen mit Überschreiten der Schwelle von der Gefahrenverhütung zur Gefahrenbekämpfung schwerere Grundrechtseingriffe auch entschädigungslos zugemutet werden können.¹³

b) Entschädigung für Bekämpfungsmaßnahmen

Scheidet ein Entschädigungsanspruch nach § 65 Abs. 1 Satz 1 IfSG aus, rückt § 56 Abs. 1 IfSG als Anspruchsgrundlage in den Mittelpunkt der Betrachtungen. Dieser gewährt eine Entschädigung für behördliche Seuchenbekämpfungsmaßnahmen. Allerdings können nur Betroffene von Berufsverboten nach § 31 IfSG und von Absonderungen – die sog. Quarantäne – nach § 30 Abs. 1 IfSG für erlittenen Verdienstaufall Entschädigung verlangen.¹⁴ Wer auf Grund des IfSG als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaufall erleidet, erhält nach § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine Entschädigung in Geld. Damit ist eine Billigkeitsregelung getroffen, die den von einem Berufsverbot Betroffenen parallel zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eine „gewisse Sicherung“ verschaffen soll.¹⁵ Das Gleiche gilt nach Satz 2 inzwischen für Personen, die als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige abgesondert wurden oder werden, bei Ausscheidern jedoch nur, wenn sie andere Schutzmaßnahmen nicht befolgen können.

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung (NordOer 2020, 329)

331

aa) Keine Entschädigung für Öffnungsverbote nach § 56 Abs. 1 IfSG

Als Grundlage für die Entschädigung der von den Öffnungsverboten Betroffenen kommt § 56 Abs. 1 IfSG damit nicht in Betracht. Die Öffnungsverbote sind eben weder Berufsverbote noch Absonderungen im Sinne des Gesetzes und werden daher auch nicht auf § 30 Abs. 1 und § 31 IfSG gestützt. Sie knüpfen als solche nicht daran an, dass die Adressaten der Maßnahmen im Rahmen ihrer Berufstätigkeit oder durch Verlassen des Hauses eine Ansteckungsgefahr begründen, sondern richten sich gegen die mit öffentlich zugänglichen Ladenlokalen und Gaststätten verbundenen Menschenansammlungen und sollen so die Verbreitung des Virus verhindern. Es handelt sich um situationsbezogene, nicht personenbezogene Bekämpfungsmaßnahmen. Mit der Schließung von Gewerbebetrieben sollte auch der damit verbundene innerstädtische An- und Abreiseverkehr, insbesondere in den Fußgängerzonen und im öffentlichen Personennahverkehr unterbrochen

werden.¹⁶ Dass § 56 Abs. 1 IfSG als entschädigungsberechtigt nur bestimmte infektionsschutzrechtlich Verantwortliche nennt,¹⁷ folgt als bloßer Reflex aus dieser Natur der Maßnahmen.

bb) Keine analoge Anwendung

Auch Sinn und Zweck des § 56 Abs. 1 IfSG gebieten es nicht, ihn ihm etwa im Wege einer Analogie auf Öffnungsverbote anzuwenden.¹⁸ Die Vorschrift entschädigt nur für bestimmte Standardmaßnahmen und überschaubare Schadenslagen. Nicht beabsichtigt, ist eine Entschädigung für jede Maßnahme, die sich im Ergebnis wie ein berufliches Tätigkeitsverbot auswirkt.¹⁹ Andernfalls bedürfte es des Nebeneinanders von § 56 Abs. 1 Sätze 1 und 2 IfSG nicht.²⁰ Dass § 56 Abs. 1 IfSG einer analogen Anwendung entzogen ist, entspricht auch der bisher vorliegenden Rechtsprechung des LG Heilbronn.²¹

3. Der neue § 56 Abs. 1 a IfSG

Über diese punktuellen Entschädigungsansprüche hinaus hat der Gesetzgeber in der Corona-Krise mit § 56 Abs. 1 a IfSG eine Grundlage für weiterreichende Ansprüche mit breiter Wirkung geschaffen. Diese stehen Eltern zu, die wegen geschlossener Schulen und Kitas ihrer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen können, weil sie die Kinder zu Hause betreuen müssen. Erleiden sie infolge dessen einen Verdienstaustausfall, können sie eine Entschädigung in Geld verlangen.²² Die wirtschaftlichen Folgen der Öffnungsverbote hat der Gesetzgeber aber bisher nicht zum Anlass für eine entsprechende Regelung genommen.²³

III. Anspruchsgrundlagen außerhalb des Infektionsschutzgesetzes

Kommt nach dem Infektionsschutzgesetz kein Entschädigungsanspruch für Öffnungsverbote in Betracht, sind die Anspruchsgrundlagen außerhalb in den Blick zu nehmen. Auch insoweit dürften die Schließungen aber nicht entschädigungspflichtig sein.

1. Aufopferungsansprüche

Als Grundlage für eine Haftung für rechtmäßiges staatliches Handeln stehen außerhalb des Infektionsschutzgesetzes die Rechtsinstitute des enteignenden Eingriffs und des allgemeinen Aufopferungsanspruchs bereit. Beide Ansprüche sind Ausdruck des allgemeinen Aufopferungsgedankens,²⁴ der bereits in §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten zum Ausdruck kam. Sie unterscheiden sich vornehmlich nach den betroffenen Rechtsgütern. Enteignende Eingriffe sind rechtmäßige, aber ausgleichspflichtige Beeinträchtigungen des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums. In einer Formulierung des BGH kann Ersatz für „meist atypische und unvorhersehbare Nachteile“ verlangt werden, die der Betroffene „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss, die aber die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen“. ²⁵ Hoheitliche Eingriffe in bestimmte andere Rechtsgüter können nach dem allgemeinen Aufopferungsanspruch Ersatzansprüche auslösen, wenn sie dem Einzelnen zum Wohle der Allgemeinheit ein Sonderopfer auferlegen.²⁶

a) Sonderopfer

Dass die zur Eindämmung der des Corona-Virus verordneten Öffnungsverbote den Betroffenen hier ein solches auferlegen, wird man hingegen weitgehend ausschließen können. Ein Sonderopfer setzt beim enteignenden Eingriff nämlich voraus, dass der Eingriff – obwohl rechtmäßig – die

Sozialbindungsschwelle des Eigentums überschreitet und die damit verbunden Belastungen „entweder im Verhältnis zu anderen ebenfalls betroffenen Personen eine besondere Schwere aufweisen oder im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen einen Gleichheitsverstoß bewirken“.27 Für den allgemeinen Aufopferungsanspruch gilt in der Sache nichts anderes; wenn sich Rechtsprechung und Wissenschaft mit der Formulierung allgemeiner Kriterien auch schwerer tun.28

Dass im Kontext der Öffnungsverbote von einem Sonderopfer gesprochen werden kann, muss angesichts der beispiellosen Streubreite der Eindämmungsmaßnahmen bezweifelt werden: Es werden nicht Einzelne für die Gesundheit aller in besonderer Weise in Anspruch genommen, sondern es sind unzählige

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung(NordOer 2020, 329)

332

Inhaber von Betrieben in ähnlicher Weise betroffen. Das gilt nicht nur innerhalb einzelner Branchen, sondern übergreifend für alle Branchen, deren wirtschaftliche Betätigung von denselben oder anderen Maßnahmen ebenfalls in drastischer Weise eingeschränkt wurde. Durch die COVID-19-Pandemie sind auch jenseits der Eindämmungsmaßnahmen große Teile der Wirtschaft betroffen.29 Die Rede von Sonderopfern ist deshalb schon begrifflich schwierig.30 Den flächendeckenden Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile können die richterrechtlichen Institute aber auch funktionell nicht leisten. In den Worten des Bundesgerichtshofs ist das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs „keine geeignete Grundlage, um massenhaft auftretende Schäden [...] auszugleichen.“31

b) Enteignender Eingriff

Auf der Suche nach Entschädigungsansprüchen der Betroffenen gilt insbesondere der enteignende Eingriff als aussichtsreicher Kandidat.32 Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch ist hier zunächst, dass überhaupt ein Recht betroffen ist, dass dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt. Im Zusammenhang mit den Öffnungsverboten kommt nur der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in Betracht, den jedenfalls die für Entschädigungsansprüche zuständigen Zivilgerichte dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unterstellen.33 Etwaige öffentlich-rechtliche Genehmigungen von Gewerbebetreibenden eröffnen hingegen noch nicht den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.34

In den Eilentscheidungen, die sich mit der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der verschiedenen Eindämmungsverordnungen und der ihnen teilweise vorausgegangenen Allgemeinverfügungen auseinandersetzen, spielt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keine nennenswerte Rolle.35 Die Verwaltungsgerichte messen die Öffnungsverbote am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.36 Art. 14 Abs. 1 GG wird zumeist gar nicht angesprochen. Während das OVG Münster die Betroffenheit des Eigentumsgrundrechts offengelassen hat,37 verneinen andere Gerichte diese explizit. Das OVG Bautzen etwa sieht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht beeinträchtigt. Dieses stelle nur den konkreten Bestand an Rechten und Gütern unter Schutz; Umsatz- und Gewinnchancen oder tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, würden hingegen nicht geschützt.38 Die, soweit ersichtlich, erste zivilgerichtliche Entscheidung zu Entschädigungsansprüchen vermag ebenfalls nicht zu erkennen, dass eine verfestigte Eigentumsposition betroffen sei.39 Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nur einschlägig, wenn der Betrieb in seiner Substanz und nicht nur in Bezug auf einzelne Erwerbsmöglichkeiten und Gewinnaussichten betroffen ist.40 Das dürfte lediglich in Ausnahmesituationen denkbar sein.41

c) Allgemeiner Aufopferungsanspruch

Auch ein allgemeiner Aufopferungsanspruch der Betroffenen kommt nicht in Betracht: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH begründen nur Eingriffe in nichtvermögenswerte Rechtsgüter einen allgemeinen Aufopferungsanspruch. Damit geht es vor allem um die Rechte des Art. 2 Abs. 2 GG.⁴² Die Forderung, auch bestimmte Eingriffe in die Berufsfreiheit über den allgemeinen Aufopferungsanspruch zu entschädigen, ist in der Literatur zwar immer wieder erhoben, vom BGH aber nicht erhört worden.⁴³

d) Subsidiarität

Schließlich sind sowohl der allgemeine Aufopferungsanspruch als auch der enteignende Eingriff neben dem Infektionsschutzgesetz nicht anwendbar: Dessen besonderes Entschädigungsregime schließt den Rückgriff auf die beide Anspruchsgrundlagen aus.⁴⁴ In der Begründung des Entwurfs für das Seuchenrechtsneuordnungsgesetz aus dem Jahr 2000, auf den das Infektionsschutzgesetz zurückgeht, heißt es ausdrücklich, dass dem allgemeinen Aufopferungsanspruch keine lückenfüllende Funktion mehr zukommen soll.⁴⁵ Entschädigungsansprüche auf Grundlage des Aufopferungsgedankens sind im Infektionsschutzgesetz

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung(NordOer 2020, 329)

333

abschließend geregelt. Nur für rechtswidrige Maßnahmen haftet der Staat weitergehend auch nach dem Amtshaftungsanspruch.⁴⁶ Damit stellt sich die Rechtslage unter dem Infektionsschutzgesetz anders dar als noch unter dem Bundesseuchengesetz, auch wenn der 12. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes – wie schon der 7. Abschnitt des Bundesseuchengesetzes – nur die Regelung der „Entschädigung in besonderen Fällen“ ankündigt.⁴⁷ Auch der Rückgriff auf den enteignenden Eingriff ist verwehrt. Nicht nur, dass auch dieser auf dem Aufopferungsgedanken beruht; gerade für Eingriffe in das Eigentum hält § 65 IfSG besondere Regelungen bereit.⁴⁸ Selbst wenn das Entschädigungsregime des Infektionsschutzgesetzes verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG nicht genügen sollte, dürfte dieser Missstand gerichtlich nicht unter Rückgriff auf den enteignenden Eingriff korrigiert werden.⁴⁹ Die Betroffenen wären auf Primärrechtsschutz gegen die Maßnahmen zu verweisen.

2. Nichtstörerhaftung des Polizei- und Ordnungsrechts

Auch ein Entschädigungsanspruch wegen der Inanspruchnahme als Nichtstörer, wie ihn die Polizei- und Ordnungsgesetze von Bund und Ländern vorsehen, wird im vorliegenden Kontext für denkbar gehalten.⁵⁰ Der Ausgangspunkt ist folgender: Jedenfalls auf Primärebene greift die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im Infektionsschutzrecht ergänzend auf die landesrechtlichen Vorschriften zum polizeilichen Notstand zurück.⁵¹ Es erscheint insofern möglich, dass die damit auf Sekundärebene einhergehenden Ansprüche ebenfalls Anwendung finden.

Bereits auf Primärebene stellt sich hier allerdings die Frage, ob mit den Eindämmungsverordnungen der Länder wirklich Nichtstörer in Anspruch genommen werden. Dabei ist zunächst anzumerken, dass das Infektionsschutzrecht eigene Regelungen der seuchenpolizeilichen Verantwortlichkeit kennt. In Anspruch genommen werden etwa Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider und Ansteckungsverdächtige. Die Begriffsbestimmungen dazu enthält § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG. Jenseits dieses Adressatenkreises soll die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nach dem Willen des Gesetzgebers aber explizit auch zu Maßnahmen gegen die Allgemeinheit ermächtigen; die in § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 2 IfSG gesondert genannten Maßnahmen sind lediglich

Beispiele.⁵² Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet deshalb ausdrücklich zwischen Maßnahmen gegen die Allgemeinheit und der Inanspruchnahme von Nichtstörern.⁵³ Maßnahmen gegen die Allgemeinheit werden also nicht den Voraussetzungen des polizeilichen Notstands unterworfen. Bei Erlass einer Rechtsverordnung, die begriffsnotwendig an die Allgemeinheit gerichtet ist, wäre die Frage der Störerauswahl ohnehin ein Fremdkörper. Eine Rechtsverordnung lässt sich nicht als Inanspruchnahme von Nichtstörern beschreiben, die einen polizeirechtlichen Entschädigungsanspruch auslösen könnte.⁵⁴ So sieht es im Ergebnis auch das LG Heilbronn, das hierfür an den Begriff der „Maßnahme“ in § 55 PolG BW anknüpft.⁵⁵ Als Maßnahmen gegen die Allgemeinheit sind jedenfalls die Öffnungsverbote der Eindämmungsverordnungen nicht an die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands gebunden.⁵⁶ Ob deshalb alle Maßnahmen der §§ 28–31 IfSG, die in Verbindung mit § 32 Satz 1 IfSG auch in Form einer Rechtsverordnung ergriffen werden können, gegen Nichtstörer gerichtet werden dürfen, ist eine andere Frage. Das OVG Lüneburg hat insoweit entschieden, dass jedenfalls eine allgemeine Quarantäne für Reiserückkehrer, die selbst nicht Störer im infektionsschutzrechtlichen Sinn sind, nach § 30 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 32 Satz 1 IfSG unzulässig ist.⁵⁷

Zudem stellt sich auch hier erneut die Frage der Subsidiarität. Das LG Heilbronn geht davon aus, dass die polizeirechtliche Nichtstörerentschädigung neben den Regelungen des Infektionsschutzgesetzes nicht mehr zur Anwendung kommt. Es begründet das mit dem insoweit abschließenden Charakter des Infektionsschutzrechts.⁵⁸ Das Polizeirecht vieler Länder enthält zudem explizite Subsidiaritätsklauseln.⁵⁹

IV. Zwischenergebnis

Die Diskussion um Entschädigungsansprüche **für die verordneten Öffnungsverbote ist in vollem Gang.** Nach derzeitiger Rechtslage sprechen jedoch die besseren Argumente dagegen, dass der Staat für rechtmäßige **Öffnungsverbote** zur Bekämpfung der Corona-Pandemie Entschädigung leisten muss. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass wir angesichts der zu erwartenden Klagen am Beginn einer Rechtsentwicklung stehen. Insbesondere wie die Gerichte die richterrechtlich geprägten Anspruchsgrundlagen und ihr Verhältnis zum Infektionsschutzgesetz austarieren werden, wird einerseits von der nachträglichen Bewertung der jetzigen Situation, andererseits aber natürlich auch von den Besonderheiten der zu entscheidenden Einzelfälle abhängen.

V. Umgang mit Entschädigungsklagen

Vor diesem Hintergrund und weil Entschädigungsfragen absehbar durch die Gerichte entschieden werden wird, rücken auch prozessuale Fragestellungen in den Blick.

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung(NordOer 2020, 329)

334

1. Antrag bei der Behörde/Fristen

Sofern sich Kläger eines Anspruchs aus § 56 Abs. 1 IfSG berühen, sieht das Infektionsschutzgesetz besondere Verfahrensregeln vor. Für die durch die Öffnungsverbote verursachten Verdienstauffälle der Geschäftsinhaber und Gastwirte würde gemäß § 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG die Entschädigung auf Antrag von der zuständigen Behörde gewährt.⁶⁰ Für den Antrag bei der Behörde sieht § 56 Abs. 11 Satz 1 eine Frist von zwölf Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit vor. Wenn ein solcher Antrag nicht (rechtzeitig) gestellt ist, kann auch eine spätere Zahlungsklage keinen Erfolg haben.

2. Gerichtszuständigkeit

Die Entschädigungsprozesse sind vor den Zivilgerichten zu führen. Das gilt gemäß § 68 Abs. 1 IfSG zunächst für Streitigkeiten über Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz. Das gilt aber auch für Entschädigungsansprüche, die auf einen enteignenden Eingriff gestützt werden,⁶¹ sowie gemäß § 40 Abs. 2 VwGO für Ansprüche aus Aufopferung. Auch über Entschädigungsansprüche, die auf das Polizei- und Ordnungsrechts der Länder gestützt werden, entscheiden traditionell die ordentlichen Gerichte.⁶² Gemäß § 71 Abs. 3 GVG sind innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Landgerichte ausschließlich für Ansprüche gegen den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts wegen „Verfügungen der Verwaltungsbehörden“ zuständig, wenn dies durch den Landesgesetzgeber angeordnet wird. Dies ist in den meisten Ländern der Fall.⁶³

3. Passivlegitimation

Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 IfSG ist für Entschädigungen nach § 56 Abs. 1 IfSG das Land zahlungsverpflichtet, in dem das Verbot erlassen worden ist; für Ansprüche, die auf § 65 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden, ist es das Land, in dem der Schaden verursacht wurde (§ 66 Abs. 1 Satz 2 IfSG). Eine Zahlungsklage ist dementsprechend gegen das Land zu richten.⁶⁴ Damit ist Land unabhängig davon passivlegitimiert, ob es selbst die Öffnungsverbote durch Rechtsverordnung erlassen hat oder die Landkreise durch Allgemeinverfügung tätig geworden sind.

Will man Entschädigungsansprüche auf die Nichtstörerhaftung des Polizei- und Ordnungsrechts stützen, haften für die Öffnungsverbote der Rechtsverordnungen ebenfalls die Länder, die sie erlassen haben. Denn Anspruchsgegner ist hier der Träger der öffentlichen Verwaltung, in dessen Dienst diejenige steht, die die Maßnahme getroffen hat.⁶⁵ Gegner des Anspruchs aus enteignendem Eingriff ist ebenfalls das Land als Begünstigter, weil zu seinen Gunsten der Eingriff in das Eigentum erfolgt ist.⁶⁶ Da bereits die Regelung der Passivlegitimation in § 66 Abs. 1 Satz 1 IfSG auf dem Gedanken beruht, dass es zum Vorteil des Landes ist, wenn seuchenpolizeiliche Maßnahmen im Interesse der Allgemeinheit ergriffen werden,⁶⁷ wäre es widersprüchlich, im Rahmen eines etwaigen Anspruchs aus enteignendem Eingriff einen anderen Begünstigten anzunehmen.

VI. Fazit

Auch wenn sich nach den hergebrachten Maßstäben eine Haftung des Staates für rechtmäßige Öffnungsverbote nicht begründen lassen dürfte, ist gerade das Staatshaftungsrecht von flexiblen richterrechtlichen Instituten geprägt. Angesichts der historischen Einmaligkeit der Corona-Pandemie und der üblichen Verfahrensdauern über drei Instanzen hinweg lässt sich nicht mit Sicherheit prognostizieren, wie die Gerichte die gegenwärtige Lage in der Rückschau und mit einigem Abstand bewerten werden. Die Diskussion um Entschädigungsansprüche dürfte also auch dann noch weitergehen, wenn die Eindämmungsmaßnahmen hoffentlich bereits erfolgreich waren.

Bethge/Dombert: Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung (NordOer 2020, 329)

335

* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Potsdamer Kanzlei Dombert Rechtsanwälte und beraten unter anderem öffentliche Aufgabenträger im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie. Sie danken dem Rechtsreferendar Dr. Nils Jensen für inhaltliche Anregungen und Hilfe bei der Recherche.

¹ Möllers, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, VerfBlog 2020/3/26, <https://verfassungsblog.de/parlamentarischeselbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (abgerufen am 06.06.2020).

² Siehe bloß die Rechtsprechungsübersicht der Bundesrechtsanwaltskammer, <https://brak.de/die-brak/coronavirus/corona-und-die-justiz/rechtsprechungsuebersicht/> (abgerufen am 08.06.2020).

³ *Härting*, im Interview mit Legal Tribune Online v. 06.04.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-betriebsschliessung-entschaedigung-infektionsschutzgesetz-sonderopfer-enteignung/> (abgerufen am 08.06.2020); *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (588 ff.).

⁴ Vgl. *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (418 f.); *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1097); *Cornils*, Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog 2020/3/13, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/> (abgerufen am 05.06.2020).

⁵ Vgl. *Reschke*, DÖV 2020, 423 (424); *Rixen*, NJW 2020, 1097 (1097); VG Saarlouis, Beschl. v. 18.05.2017 – 2 L 854/17, juris, Rn. 12.

⁶ Siehe etwa Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO) vom 26. Mai 2020, HambGVBl. Nr. 28, S. 285.

⁷ Siehe dazu *Bethge*, Ausgangssperre, VerfBlog 2020/3/24, <https://verfassungsblog.de/ausgangssperre/> (abgerufen am 08.06.2020); *Kießling*, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei Ausgangssperren & Co? Zur geplanten minimalinvasiven Änderung des § 28 I IfSG, <https://www.juwiss.de/33-2020/> (abgerufen am 08.06.2020).

⁸ So auch *Reschke*, DÖV 2020, 423 (425).

⁹ Vgl. *Reschke*, DÖV 2020, 423 (425).

¹⁰ Vgl. *Cornils*, Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog 2020/3/13, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlichbetrachtet/> (abgerufen am 05.06.2020); siehe auch *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (420).

¹¹ BT-Drs. 6/1568, S. 9 f.

¹² *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (583); *Cornils*, Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog 2020/3/13, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/> (abgerufen am 05.06.2020).

¹³ Siehe *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1467).

¹⁴ *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1466); *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (420); *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (583); a.A. *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (589).

¹⁵ BT-Drs. 3/1888, S. 27.

¹⁶ Siehe dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 30.04.2020 – 5 Bs 64/20, juris, Rn 26.

¹⁷ VGH Mannheim, Urt. v. 07.05.2020 – 1 S 1244/20, juris, Rn. 31; LG Heilbronn Urt. v. 29.4.2020 – I 4 O 82/20, COVuR 2020, 142 Rn. 20.

¹⁸ *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1466); a.A. *Härting*, im Interview mit Legal Tribune Online v. 06.04.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-betriebsschliessung-entschaedigung-infektionsschutzgesetz-sonderopfer-enteignung/> (abgerufen am 08.06.2020).

¹⁹ A. A. *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (589).

²⁰ Der ursprüngliche § 48 Abs. 1 BSeuchG enthielt noch keine Regelung über Entschädigungsleistungen für Abgesonderte; vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 10.

²¹ LG Heilbronn Urt. v. 29.4.2020 – I 4 O 82/20, COVuR 2020, 142 Rn. 20.

²² Siehe dazu *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1468 ff.); *Reschke*, DÖV 2020, 423 (425).

²³ Zu den Erwägungen des Gesetzgebers zu § 56 Abs. 1 a IfSG siehe BT-Drs. 19/18111, S. 24.

²⁴ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Lfg. 54 (1/2009), Art. 34 Rn. 56.

²⁵ BGH, NJW 2005, 1363 (1363).

- ²⁶ Siehe dazu *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 137.
- ²⁷ BGH, NJW 2018, 1396 (1396).
- ²⁸ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 141 ff.
- ²⁹ Man siehe bloß die Rekorde bei den Kurzarbeiterzahlen: Deutschlandweit waren im Mai 7,3 Mio. Beschäftigte in Kurzarbeit; im Bezirk der Arbeitsagentur Bremen-Bremerhaven beispielsweise war Ende Mai jeder dritte Arbeitnehmer in Kurzarbeit. Siehe die Meldung des Deutschlandfunks vom 02.06.2020, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/covid-19-zahl-der-kurzarbeiter-steigt-aufrekordwert-von-7.1939.de.html?drn:news_id=1136768 (abgerufen am 04.06.2020), bzw. *Schwiegershausen*, Weser-Kurier vom 03.06.2020, abrufbar unter: https://www.weser-kurier.de/bremen/bremenwirtschaft_artikel,-jeder-dritte-arbeitnehmer-in-bremen-inkurzarbeit-_arid,1916473.html (abgerufen am 04.06.2020).
- ³⁰ *Kment*, NVwZ 2020, 687 (688); *Reschke*, DÖV 2020, 423 (429); *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1467).
- ³¹ BGH, NJW 1988, 478 (479); NJW 2005, 1363 (1363); siehe auch *Reschke*, DÖV 2020, 423 (429); vgl. zudem BGH, NJW 1998, 1398 (1399): keine Grundlage, „um die generellen und typischen Folgen einer in einem formellen Gesetz enthalten Inhalts- und Schrankenbestimmung finanziell abzugelten“.
- ³² Siehe etwa *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (589); *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (421).
- ³³ BGH, NJW 1980, 2457 (2459); NJW 1997, 391 (392). Das Bundesverfassungsgericht hat dem Institut bisher den verfassungsrechtlichen Schutz verweigert und die Frage offengelassen: siehe BVerfGE 143, 246 (330 f.) <2016>; der Schutz des Gewerbebetriebes gehe jedenfalls nicht weiter als der Schutz seiner wirtschaftlichen Grundlagen (ebd.); siehe auch BVerfG, LMRR 1991, 31; offengelassen auch in BVerwG, NVwZ 2004, 233 (237).
- ³⁴ BVerfGE 143, 246 (328 f.) <2016>; so aber *Antweiler* NVwZ 2020, 584 (586).
- ³⁵ So auch *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (585), der in diesem Umstand freilich Bestätigung findet, weil er die „Aussagekraft“ der entgegenstehenden Entscheidungen in Zweifel ziehe.
- ³⁶ Siehe etwa VGH München, Beschl. v. 14.04.2020 – 20 NE 20.735, juris, Rn. 17; VGH Mannheim, Beschl. v. 09.04.2020 – 1 S 925/20, juris, Rn. 43; OVG Weimar, Beschl. v. 08.04.2020 – 3 EN 245/20, juris, Rn. 51; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.05.2020 – OVG 11 S 49/20, juris, Rn. 11.
- ³⁷ OVG Münster, Beschl. v. 15.04.2020 – 13 B 440/20, BeckRS 2020, 5957 Rn. 65.
- ³⁸ OVG Bautzen Beschl. v. 29.04.2020 – 3 B 138/20, BeckRS 2020, 7239 Rn. 8; siehe auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.04.2020 – 13 MN 82/20, juris, Rn. 24.
- ³⁹ Siehe LG Heilbronn Urt. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20, COVuR 2020, 142 Rn. 21.
- ⁴⁰ BGH, NJW 1990, 3260 (3262); NJW 2005, 1363 (1363).
- ⁴¹ Bei einer Existenzgefährdung soll Art. 14 Abs. 1 GG nach *Stöß/Putzer*, NVwZ 2020, 1465 (1467), betroffen sein; unter Berufung auf BVerfGE 57, 107 (117) <1981>. Die Autoren folgern daraus aber im Ergebnis keinen Entschädigungsanspruch.
- ⁴² Siehe bloß *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 137 m. w. N.
- ⁴³ BGH, NJW 1994, 1468; dazu krit. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 132.
- ⁴⁴ So auch *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (583); *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465 (1468); a.A. *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2002, 417 (420 f.).
- ⁴⁵ BT-Drs. 14/2530, S. 87.
- ⁴⁶ Siehe erneut BT-Drs. 14/2530, S. 87.

⁴⁷ Siehe zur Lesart dieser Überschrift unter dem Bundesseuchengesetz: BT-Drs. 3/1888, S. 27; BGH, Urt. v. 01.03.1971 – III ZR 29/68, juris, Rn. 11. Den veränderten Gesetzgeberwillen übersehen *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (420).

⁴⁸ Siehe *Cornils*, Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog 2020/3/13, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/> (abgerufen am 05.06.2020).

⁴⁹ BGH, NJW 2005, 1363 (1364).

⁵⁰ *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (421).

⁵¹ OVG Lüneburg, 03.02.2011 – 13 LC 198/08, BeckRS 2011, 46763; bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16/11, NJW 2012, 2823, 2826; siehe *Beckermann*, DÖV 2020, 144 (149).

⁵² BT-Drs. 8/2468, S. 27.

⁵³ BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16/11, juris, Rn. 26.

⁵⁴ So vorsichtig auch *Reschke* DÖV 2020, 423 (426); Zweifel an der Sachgerechtigkeit der Unterscheidung im vorliegenden Kontext: VGH Mannheim, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 S 1244/20 –, juris, Rn. 16.

⁵⁵ LG Heilbronn Urt. v. 29.4.2020 – I 4 O 82/20, COVuR 2020, 142 Rn. 21 –, das an den Begriff der „Maßnahme“ in § 55 PolG BW anknüpft.

⁵⁶ So im Ergebnis auch die Verwaltungsgerichte, siehe bspw. VGH Mannheim, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 S 1244/20 –, juris, Rn. 16; Beschl. v. 09.04.2020 – 1 S 925/20, juris, Rn. 33.

⁵⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.05.2020 – 13 MB 143/20, juris, Rn. 24 ff.

⁵⁸ LG Heilbronn Urt. v. 29.4.2020 – I 4 O 82/20, COVuR 2020, 142 Rn. 21.

⁵⁹ Siehe etwa § 221 Abs. 3 LVwG SH; zur Reichweite *Reschke*, DÖV 2020, 423 (426).

⁶⁰ Die Regelungen für Arbeitsverhältnisse in § 56 Abs. 5 Sätze 1 und 2 IfSG sind nicht einschlägig.

⁶¹ *Haack*, in Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 135.

⁶² *Reimer*, in: Posser/Wolff, BeckOK 53. Edition 2020, § 40 Rn. 204 f. mit Nachweisen; siehe bspw. § 226 LVwG SH.

⁶³ Siehe etwa § 9 MVAGGerStrG; § 9 HmbAGGVG; § 7 BremAGGVG.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 17.09.2008 – III ZR 326/07, juris, Rn. 9.

⁶⁵ Siehe etwa § 224 Abs. 1 LVwG SH; § 75 Abs. 1 SOG M-V.

⁶⁶ BGH, NJW 1965, 1907 (1909).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 17.09.2008 – III ZR 326/07, juris, Rn. 7.