

Maximilian Wormit\*

## Entschädigungsansprüche für coronabedingte Betriebsuntersagungen

Springt der Staat ein?

*Deutschland stemmt sich zurzeit gegen die zweite Infektionswelle. Die zur Bewältigung der pandemischen Ausbreitung des Corona-Virus hierzulande im Frühjahr 2020 flächendeckend herbeigeführte „Shutdown“-Phase erlebt dieser Tage eine Wiederkehr, wenngleich auch in abgeschwächter Form („Lockdown light“). Im Zuge der Folgenbewältigung dieses Zustandes ist es auch und gerade Aufgabe des Rechts, die Geschehnisse aufzuarbeiten und Antworten auf die sich stellenden Fragen zu liefern. Zu den drängendsten Fragen aus Sicht unzähliger Geschäftsleute, Ladenbesitzer/innen und Gastronomen/innen, die vom „Shutdown“ durch Untersagungen ihrer Betriebstätigkeit betroffen waren und (wieder) sind, zählt die Frage nach etwaigen Entschädigungspflichten des Staates. Vor diesem Hintergrund unternimmt es dieser Beitrag, die insoweit in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der Diskussion zu beleuchten.*

### I. Einleitung

In Reaktion auf die pandemische Ausbreitung des Corona-Virus (Sars-CoV-2) haben Bund, Länder und Kommunen im Frühjahr 2020 weitreichende Maßnahmen ergriffen, mit denen das öffentliche Leben in Deutschland in großen Teilen zum Erliegen kam (sog. „Shutdown“ oder „Lockdown“).<sup>1</sup> Neben der Beschränkung von Zusammenkünften und Ansammlungen im öffentlichen Raum zählte zum Repertoire der staatlichen Schutzmaßnahmen auch die Untersagung der Betriebstätigkeit von Gewerbebetrieben mit Publikumsverkehr einschließlich Einzelhandelsbetrieben, Fitness-Studios, Hotels, Cafés oder Restaurants.<sup>2</sup> Damit korrespondierte bei zahlreichen Gewerbetreibenden ein nahezu vollständiger Wegfall der Umsätze bei fortlaufenden Fixkosten (Miete, Lohnfortzahlung etc.). Mittlerweile häufen sich die Anzeichen, dass der deutschen Volkswirtschaft eine „Insolvenzwellen“ bevorsteht, die maßgeblich auf Untersagungen der Betriebstätigkeit im Zeitraum des „Shutdowns“ zurückzuführen ist.<sup>3</sup> Unbeschadet diverser von der öffentlichen Hand aufgelegten Soforthilfeprogrammen – hingewiesen sei nur auf das sog. „50-Milliarden-Paket“ – stellt sich im juristischen Nachspiel der „Shutdown“-Phase für die betroffenen Geschäftsleute, Ladenbesitzer/innen und Gastro-

nomen/innen vordringlich die Frage, ob und inwieweit der Staat für die Folgen seiner Handlungen einzustehen hat. Denn wer zum (Infektions-)Schutz der Allgemeinheit mit seiner individuellen wirtschaftlichen Existenz bezahlt, darf zu Recht fragen, ob er von der Allgemeinheit – verkörpert durch den Staat – eine Entschädigung für das von ihm abverlangte Opfer beanspruchen kann.<sup>4</sup>

### II. Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz

Ganz überwiegend wurden in der Phase des „Shutdowns“ die Betriebsuntersagungen von Gewerbebetrieben auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) angeordnet. Die Landesregierungen und Kommunen bedienten sich hierbei im Wesentlichen zweier Handlungsinstrumente: Gestützt auf § 28 I IfSG erließen viele Kommunen – gerade in der Anfangsphase der Pandemie – Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen (vgl. § 35 S. 2 VwVfG);<sup>5</sup> zum anderen erließen viele Landesregierungen unter Inanspruchnahme der Ermächtigungsnorm des § 32 I IfSG Rechtsverordnungen (sog. Corona-Verordnungen).<sup>6</sup> Ausgehend vom Grundsatz, dass Entschädigungen vorrangig aus dem speziellen Gesetz vor dem Rückgriff auf andere Rechtsgrundlagen herzuleiten und zu prüfen sind („lex specialis derogat legi generali“)<sup>7</sup> drängt sich die Frage auf, ob das IfSG selbst etwaige Entschädigungsansprüche bereithält; und tatsächlich widmet sich das Gesetzeswerk den Entschädigungspflichten des Staates in einem gesonderten Abschnitt (§§ 54 – 68 IfSG).

Doch gelangt man bei näherer Betrachtung des Abschnitts schnell zu dem Befund, dass Wirtschaftsteilnehmern/innen dort nur in sehr spezifischen Fallkonstellationen Entschädigungsansprüche zugebilligt werden. Der insoweit einschlägige § 65 I IfSG begründet eine Einstandspflicht des Staates – genauer: desjenigen Bundeslandes, in dem der Schaden entstanden ist, vgl. § 66 I 2 IfSG – nur für solche Fälle, in denen auf der Grundlage von Maßnahmen nach §§ 16 und 17 IfSG „Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert“ wurden oder „ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil“ verursacht wurde. Im Kontext des „Corona-Shutdowns“ dürfte es für die betroffenen Gewerbetreibenden unterdessen weniger um die Frage einer staatlichen Einstandspflicht für nach § 17 IfSG mit meldepflichtigen Krankheitserregern behafteten und deshalb vernichteten, beschädigten oder in ihrem Wert geminderten Ge-

\* Der Autor ist Dr. iur. und Vertreter der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Technik- und Umweltrecht, an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg.

1 Näher dazu Giesberts/Gayger/Weyand, COVID-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417 (418 ff.).

2 Vgl. insoweit den Überblick über die Maßnahmen bei Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigung, NVwZ 2020, 584 (584).

3 Siehe etwa Leipziger Volkszeitung vom 07.05.2020, Noch kein Anstieg bei Insolvenzen – Experten sicher: „Pleitewelle kommt verzögert“, <https://www.lvz.de/Nachrichten/Wirtschaft/Noch-kein-Anstieg-bei-Insolvenzen-Experten-sicher-Pleitewelle-kommt-verzoegert> (05.07.2020).

4 So explizit Kment, Düstere Aussichten: Keine Entschädigung für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise, NVwZ 2020, 687 (687).

5 Hierzu instruktiv Schoch, Die Allgemeinverfügung, JURA 2012, 26 ff.

6 Vgl. Antweiler, NVwZ 2020, 584 (584).

7 Vgl. Rommelfanger, Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-schließungen infolge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, COVnR 2020, 178 (179).

genständen, als vielmehr um die Zentralfrage einer staatlichen Einstandspflicht für schließungsbedingt erlittene Ertragseinbußen gehen. Vor diesem Hintergrund erscheint es prima facie zumindest nicht ausgeschlossen, dass nach § 65 I IfSG solche Schadensposten unter dem Gesichtspunkt der Entschädigung des „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteils“ staatlicherseits auszugleichen sind.

Dieser Annahme steht allerdings entgegen, dass § 65 I IfSG ausweislich seines klaren Wortlauts eine Entschädigungspflicht ausschließlich für solche Vermögensnachteile vorsieht, die infolge von auf die §§ 16 und 17 IfSG gestützten Maßnahmen verursacht wurden. Bei diesen Maßnahmen nach §§ 16 und 17 IfSG handelt es sich um Anordnungen, die zur Verhütung übertragbarer Krankheiten, nicht dagegen zu deren Bekämpfung staatlicherseits ausgesprochen wurden. Insoweit unterscheidet das IfSG systematisch zwischen Maßnahmen zur Verhütung und solchen zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten. Die im Zuge der Corona-Pandemie getroffenen Maßnahmen fielen unterdessen in einen Zeitraum, in dem bereits zahlreiche Erkrankungen und erste Todesfälle in Deutschland aufgetreten waren.<sup>8</sup> Auch die Anordnungen von Betriebsuntersagungen zielten daher nicht im Sinne von „Vorfeldmaßnahmen“ auf die Verhütung einer drohenden Pandemie, sondern waren vielmehr auf die Bekämpfung des bereits eingetretenen Pandemie-Falls angelegt.<sup>9</sup> Folglich rekurrieren die einschlägigen Rechtsverordnungen und Allgemeinverfügungen nicht auf die §§ 16 und 17 IfSG, sondern benennen die §§ 24 ff. IfSG als Ermächtigungsnormen.<sup>10</sup> Für eine unmittelbare Anwendbarkeit der Entschädigungsregelung des § 65 I IfSG auf die hier interessierenden Entschädigungsansprüche dürfte daher bereits aus diesem Grunde kein Raum bestehen.<sup>11</sup>

Dieser Befund verfestigt sich, wenn man davon ausgeht, dass die in § 65 I IfSG angesprochene Schadensvariante der „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteile“ lediglich als Aufgangtatbestand für die zuvor genannten Schadensvarianten (Beschädigung, Vernichtung oder Wertminderung von Gegenständen) fungiert; in Konsequenz dessen sollen die „nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteile“ nur solche Einbußen erfassen, die gegenstandsfixiert sind und über die in § 65 I IfSG erstgenannten Schadenstatbestände hinausgehen.<sup>12</sup>

Zur Überwindung der sich im Hinblick auf die infektionsschutzrechtliche Entschädigungsklausel ergebenden „Anwendbarkeitshürden“ werden im juristischen Schrifttum indes verschiedene Ansatzpunkte diskutiert. Diese reichen von einer extensiven Auslegung des Tatbestandes des § 65 I IfSG<sup>13</sup> über eine analoge Anwendung des § 65 I IfSG<sup>14</sup> bis hin zu einer ana-

logischen Anwendung der (primär auf quarantänebedingte Tätigkeitsverbote zugeschnittenen) Vorschrift des § 56 I IfSG auch auf Betriebsuntersagungen.<sup>15</sup>

### III. Entschädigungen nach anderen Rechtsgrundlagen

Wie soeben aufgezeigt, billigt das IfSG Wirtschaftsteilnehmern/innen nur in sehr speziellen Fallkonstellationen Entschädigungsansprüche zu. Ohne die Anwendung eines juristischen „Kunstgriffs“ – sei es in Gestalt einer Analogie oder in Form einer weitherzigen Auslegung des § 56 I IfSG – werden die infolge von behördlichen Betriebsuntersagungen erlittenen Ertragseinbußen jedenfalls nicht vom (derzeit geltenden) Entschädigungsregime des IfSG erfasst. In Anbetracht dessen werden in der aktuellen Diskussion Überlegungen zur Indienstnahme anderer, außerhalb des IfSG verorteter Entschädigungsregelungen angestellt. Hierbei handelt es sich namentlich um die im Folgenden erörterten Entschädigungsregelungen des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts sowie um überkommene staatshaftungsrechtliche Institute.

#### 1. Keine Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes

Der Rückgriff auf nicht genuin infektionsschutzrechtliche Entschädigungsregelungen ist zunächst an die Voraussetzung geknüpft, dass das IfSG die Entschädigungspflichten des Staates im Kontext von zur Infektionsverhütung und -bekämpfung getroffenen Maßnahmen nicht abschließend – d.h. insbesondere nicht mit Sperrwirkung für andere Entschädigungsregelungen – normiert.<sup>16</sup> Gegen die Annahme einer solchen Sperrwirkung spricht allerdings schon die Gesetzeshistorie des IfSG; bereits dessen Vorgängergesetz (BSeuchG)<sup>17</sup> – enthielt ebenso wie das IfSG einen eigenen Abschnitt zur „Entschädigung in besonderen Fällen“. In der Gesetzesbegründung zu diesem Abschnitt heißt es unzweideutig: „Die Entschädigungsvorschriften des Siebenten Abschnitts stellen keine ausschließliche Regelung dar. Wie sich schon aus der Überschrift dieses Abschnitts ergibt, sind in ihm nur die wichtigsten der nach dem Gesetz in Betracht kommenden Entschädigungsfälle geregelt, ohne daß damit die Entschädigungspflicht in anderen Fällen, soweit eine solche auf Grund anderweitiger Rechtsvorschriften oder auf Grund Gewohnheitsrechts besteht, ausgeschlossen sein soll.“<sup>18</sup> Da die Entschädigungsregelungen des IfSG – wie vorerwähnt – konzeptionell den einschlägigen Bestimmungen des BSeuchG nachempfunden sind, beanspruchen diese Ausführungen des (historischen) Gesetzgebers auch weiterhin Geltung. Dementsprechend entfalten die Entschädigungsregelungen des IfSG (einschließlich seines § 56 I) keine Sperrwirkung für nicht genuin infektionsschutzrechtliche Entschädigungsregelungen.<sup>19</sup>

<sup>8</sup> Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 29.

<sup>9</sup> So auch Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (583). Dazu kritisch Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (179).

<sup>10</sup> Vgl. Antweiler, NVwZ 2020, 584 (584).

<sup>11</sup> So auch Schmitz/Neubert: Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666 (670).

<sup>12</sup> Vgl. m.w.N. Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417 (420).

<sup>13</sup> So Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (179 f.).

<sup>14</sup> So Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 17 Rn. 30 ff.

<sup>15</sup> So Dörrenbächer, Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses, JuWissBlog Nr. 55/2020 vom 09.04.2020, <https://www.juwiss.de/55-2020/> (20.06.2020).

<sup>16</sup> Vgl. Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 1007; Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 59.

<sup>17</sup> Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen vom 18.07.1961, BGBl. 1961 I, 1012.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 3/1888, 27.

<sup>19</sup> So auch Engels, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht,

## 2. Entschädigungen nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht

Regelt nach dem Vorstehenden das IfSG etwaige Entschädigungsansprüche nicht abschließend, kommt diesbezüglich zunächst ein Rückgriff auf den Normbestand des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder in Betracht. Insoweit vermitteln die jeweiligen Landesgesetze zugunsten des/der sog. Nichtstörers/in einen Entschädigungsanspruch, soweit diesem/r infolge seiner/ihrer (rechtmäßigen<sup>20</sup>) Inanspruchnahme auf der Basis des Polizei- und Ordnungsrechts ein Schaden entstanden ist.<sup>21</sup> Der Geltungsgrund ebendieser Entschädigungsklauseln wurzelt im Gedanken, dass der/die Nichtstörer/in – als ein für die Gefahrensituation nicht verantwortliche/r Unbeteiligte/r – ein Sonderopfer für die Allgemeinheit erbracht hat, für das er/sie zu entschädigen ist.<sup>22</sup> Demnach kann beispielsweise nach Maßgabe des § 52 I 1 SächsPolG ein/e Nichtstörer/in, gegenüber dem/der die sächsische Polizei eine Gefahrenabwehrmaßnahme getroffen hat, eine angemessene Entschädigung für den ihm/ihr durch die Maßnahme entstandenen Schaden verlangen.

Stellt man in Rechnung, dass auch die angeordneten Betriebsuntersagungen dem Grunde nach in die Kategorie „Gefahrenabwehrmaßnahmen“ fallen – immerhin ging es um die Bekämpfung der vom neuartigen Corona-Virus ausgehenden Gefahren – und die Gewerbetreibenden nicht Träger/innen des Virus waren, sich mithin als Nichtstörer/innen charakterisieren lassen, spricht zunächst einiges dafür, dass die entsprechenden Entschädigungstatbestände der Länder als Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung von erlittenen Ertragsseinbußen ins Feld geführt werden können.

Jedoch herrscht bereits Uneinigkeit darüber, ob solche, dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht entstammenden Entschädigungsregelungen überhaupt „aktivierbar“ sind, wenn Maßnahmen des besonderen Gefahrenabwehrrechts in Rede stehen;<sup>23</sup> die Einschätzung, sämtliche Maßnahmen der Ordnungsbehörden seien vom Geltungsbereich des polizeilichen Entschädigungsrechts erfasst – so wird insbesondere eingewandt – fände im Gesetz keine normative Stütze.<sup>24</sup> In der Konsequenz dieser Rechtsauffassung liegt es, dass für die Anwendbarkeit der Entschädigungsregelungen der jeweiligen Länder im Kontext von Maßnahmen der Infektionsbekämpfung einschließlich der Betriebsuntersagungen von vornherein kein

Raum bestünde, da die Betriebsuntersagungen üblicherweise nicht auf der Grundlage der jeweiligen Landespolizeigesetze, sondern auf Grundlage der §§ 24 ff. IfSG ergingen.<sup>25</sup>

Bejaht man demgegenüber die Anwendbarkeit der Entschädigungsklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts auch bei Maßnahmen, die ihre Ermächtigungsgrundlagen in den Bestimmungen des IfSG finden, so muss weiterhin danach differenziert werden, ob die in Rede stehende Betriebsuntersagung auf der Grundlage einer nach § 32 I IfSG von der jeweiligen Landesregierung erlassenen Rechtsverordnung oder im Wege eines auf § 28 I IfSG gestützten Verwaltungsaktes (typischerweise in Gestalt einer Allgemeinverfügung) ergangen ist. Im erstgenannten Fall greifen Entschädigungsansprüche nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts bereits deshalb nicht durch, weil die einschlägigen Entschädigungstatbestände in aller Regel ein Handeln der Polizei- und Ordnungsbehörden (und nicht das der jeweiligen Landesregierung) voraussetzen.<sup>26</sup> Soweit hingegen Betriebsuntersagungen in Form von Verwaltungsakten ausgesprochen wurden, erscheint der Rückgriff auf die jeweiligen Entschädigungsregelungen für Gewerbetreibende denkbar, da nach Maßgabe der jeweiligen Zuständigkeitsbestimmungen der Länder jedenfalls teilweise die Ordnungsbehörden zum Vollzug des IfSG berufen sind.<sup>27</sup>

## 3. Entschädigungen aus enteignendem Eingriff oder enteignungsähnlichem Eingriff

Gelangt man zum Ergebnis, dass im Zusammenhang mit pandemiebedingten Betriebsuntersagungen weder die Entschädigungsregelung des § 65 I IfSG (ggf. in Analogie) anwendbar ist, noch die Entschädigungsklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts der Länder greifen, schließt sich hieran die Frage an, ob eine Einstandspflicht des Staates unter dem Gesichtspunkt eines enteignenden Eingriffs oder enteignungsähnlichen Eingriffs in Betracht kommt. Beide Rechtsinstitute sind das Ergebnis eines richterrechtlichen Schöpfungsprozesses und finden ihre Rechtsgrundlagen im allgemeinen Aufopferungsgedanken, wie er in den §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 seinen positivrechtlichen Niederschlag gefunden hat.<sup>28</sup>

### a) Enteignender Eingriff

Der Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff bezieht sich nach herkömmlichem Rechtsverständnis auf ein an sich rechtmäßiges Staatshandeln, das zwar nicht gezielt, aber als unbeabsichtigte Nebenfolge unmittelbar auf eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition einwirkt und im konkreten Fall zu – meist atypischen und unvorhergesehenen –

DÖV 2014, 464 (465); Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417 (420); Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (181 f.); Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 63.

<sup>20</sup> Vgl. Schoch, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 1 Rn. 1006.

<sup>21</sup> Siehe insoweit: § 59 I Nr. 1 ASOGBlN; § 38 Ia BbgOBG i.V.m. § 70 BbgPolG; § 56 I 1 BremPolG; § 64 I 1 HSOG; § 80 I 1 NdsSOG; § 39 Ia OBG NRW u. § 67 NRWPolG; § 68 I 1 PolG Rh-Pfalz; § 68 I 1 PolG Saarl; § 69 I 1 LSA SOG; § 68 I 2 PAG TH, § 52 OBG TH; § 52 I 1 SächsPolG; § 55 I 1 BwPolG; § 10 I 3 HambSOG; § 221 I ShLVwG; Art. 70 I BayPAG; § 72 I MVSOG.

<sup>22</sup> Siehe nur Sydow, Entschädigungsansprüche im Polizei- und Ordnungsrecht, JURA 2007, 7 (8 f.)

<sup>23</sup> Ablehnend jüngst LG Heilbronn COVuR 2020, 142 (Rn. 21).

<sup>24</sup> Siehe insoweit m.w.N. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 65.

<sup>25</sup> Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 65.

<sup>26</sup> Vgl. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 67.

<sup>27</sup> Vgl. m.w.N. Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 68.

<sup>28</sup> Grundlegend BGH NJW 1984, 1876 (1877): „Aufopferungsgedanken in seiner richterrechtlich geprägten Ausformung“; siehe allg. dazu auch Kemmler, Ersatzansprüche wegen Beeinträchtigungen des Eigentums, JA 2005, 156 (158).

Nebenfolgen und Nachteilen führt, die der/die Betroffene aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss, obwohl sie die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten.<sup>29</sup>

Vor dem Hintergrund, dass mit den angeordneten Betriebsuntersagungen insbesondere in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – und damit in eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition<sup>30</sup> – der betroffenen Gewerbetreibenden staatlicherseits (unmittelbar) eingegriffen wurde sowie bei unterstellter Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Betriebsuntersagungen, konzentriert sich der aktuelle juristische Diskurs um das Bestehen von staatlichen Ausgleichspflichten aus enteignendem Eingriff auf die folgende (Streit-)Frage: Erbrachten die betroffenen Gewerbetreibenden mit der Untersagung ihrer publikumsverkehrsbezogenen Betriebstätigkeit ein die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreitendes Sonderopfer? Denn der/die Einzelne kann von der Allgemeinheit – repräsentiert durch den Staat – nur Ersatz für solche Nachteile verlangen, die unzumutbar sind, für ihn/sie also eine besondere Belastung (also ein Sonderopfer) darstellen; für den/die Einzelne/n müssen die Folgen des Staatshandelns nach Dauer, Art und Intensität und Auswirkung so erheblich sein, dass sie ihm/ihr ohne Entschädigung nicht zuzumuten sind.<sup>31</sup> Für die Beantwortung dieser Frage ist letztlich maßgeblich, wo die Grenze dessen liegt, was eine Gemeinschaft, die ihre verfassungsmäßige Ordnung in einem sozialen Rechtsstaat gefunden hat, dem/der Einzelnen entschädigungslos zumuten kann und will.<sup>32</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ließe sich gegen die Qualifizierung einer pandemiebedingten Betriebsuntersagung als ein von dem/der einzelnen Gewerbetreibenden erbrachtes „Sonderopfer“ einerseits einwenden, dass von den Untersagungen eine sehr große Anzahl von Unternehmen jeder Größenordnung und aus den unterschiedlichsten Branchen betroffen war.<sup>33</sup> Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die betroffenen Betriebe über Wochen keine Umsätze generieren konnten und nach Verbrauch ihres Eigenkapitals stattdessen Angestellte in die Kurzarbeit oder gänzlich entlassen bzw. Insolvenz anmelden mussten;<sup>34</sup> ob sich die betroffenen Gewerbebetriebe damit allerdings in einer „Sonderopfersituation“ befanden, ist zweifelhaft. Überzeugend erscheint deshalb eine vermittelnde Ansicht, wonach zumindest diejenige Gruppe von Gewerbetreibenden, deren Geschäftstätigkeit wegen ihrer unbedingten Angewiesenheit auf den Publikumsverkehr aufgrund der Betriebsuntersagungen vollständig zum Erliegen kam (die Betriebsuntersagung also quasi einem Tätigkeitsverbot gleichkam), ein Sonderopfer erbracht haben soll.<sup>35</sup>

## b) Enteignungsgleicher Eingriff

Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt – ebenso wie der Entschädigungsanspruch aus enteignendem Eingriff – voraus, dass durch staatliches Handeln in eine durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition unmittelbar eingegriffen und dem/der Betroffenen dadurch ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt wird.<sup>36</sup> Im Gegensatz zum enteignenden Eingriff wird bei einem enteignungsgleichen Eingriff allerdings die Beeinträchtigung einer durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition nicht in rechtmäßiger, sondern in rechtswidriger Weise herbeigeführt. Aus diesem Umstand folgt zugleich, dass dem/der Einzelnen durch den Eingriff ein „Sonderopfer“ auferlegt wird; mit anderen Worten indiziert also die Rechtswidrigkeit der staatlichen Maßnahme das vom Einzelnen erbrachte „Sonderopfer“.<sup>37</sup>

Unterstellt man vor diesem Hintergrund im Einzelfall die Rechtswidrigkeit von einzelnen Betriebsuntersagungen – weil diese etwa hinter den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurückgeblieben sind<sup>38</sup> – liegt es aus Sicht der betroffenen Gewerbetreibenden nahe, Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff gegenüber dem Staat geltend zu machen. Anders als beim enteignenden Eingriff greift bei Entschädigungsansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff allerdings regelmäßig der Grundsatz vom Vorrang des Primärrechtsschutzes. Danach kann ein solcher Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn es dem/der Betroffenen nicht zuzumuten war, Primärrechtsschutz mithilfe verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe zu erreichen und insofern kein Verstoß gegen die Obliegenheit anzunehmen ist, sich selbst vor Schäden zu bewahren.<sup>39</sup>

## 4. Schadensersatz aus Amtshaftung

Schließlich sind solche Ansprüche in den Blick zu nehmen, die den betroffenen Gewerbetreibenden möglicherweise aus den Grundsätzen der Amtshaftung gem. § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG erwachsen. Voraussetzung des Anspruchs ist die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht durch eine/n Beamte/n im haftungsrechtlichen Sinne.<sup>40</sup> Keine durchgreifenden Zweifel ergeben sich zunächst im Hinblick auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne“, sind die auf das IfSG gestützten Betriebsuntersagungen doch von Amtswaltern/innen der jeweiligen Behörden in Ausübung ihres öffentlichen Amtes angeordnet worden.<sup>41</sup> Was die weitere Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung einer Amtspflicht anbelangt, so ist vom Vorliegen einer solchen im hiesigen Kontext jedenfalls in Fallgestaltungen auszugehen, in denen sich eine in Form einer Allgemeinverfü-

<sup>29</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736, Rn. 7).

<sup>30</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 2000 (2002).

<sup>31</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 23.

<sup>32</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736, Rn. 8).

<sup>33</sup> So etwa *Kluth*, Legal Tribune Online (LTO) vom 16.04.2020, Können Betriebe jetzt Entschädigung verlangen?, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/41322/](https://www.lto.de/persistent/a_id/41322/) (20.06.2020).

<sup>34</sup> So *Rommelfanger*, COVuR 2020, 178 (181).

<sup>35</sup> *Winter/Thürk*, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 76.

<sup>36</sup> BGH NJW 2019, 227 (229, Rn. 23).

<sup>37</sup> Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 7 ff.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Siegel*, NVwZ 2020, 577 (580 f.).

<sup>39</sup> BGH NJW 1984, 1169 (1172).

<sup>40</sup> Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 3 ff.

<sup>41</sup> So auch *Winter/Thürk*, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 92.

gung<sup>42</sup> erlassene Betriebsuntersagung beispielsweise aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit als rechtswidrig erweist. Denn Anknüpfungspunkt einer Amtspflichtverletzung ist insbesondere die aus Art. 20 III GG folgende Pflicht zum rechtmäßigem Handeln einschließlich der Pflicht, keine rechtswidrigen Verwaltungsakte zu erlassen.<sup>43</sup>

Zur Bejahung der Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht müsste diese fernerhin gerade oder zumindest auch dem Schutz der Interessen des geschädigten Dritten bezwecken; dabei ist entscheidend, ob in qualifizierter und zugleich individualisierbaren Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.<sup>44</sup> Unter diesem Blickwinkel spricht einiges dafür, dass die Pflicht zum Erlass rechtmäßiger Betriebsuntersagungen auch den Schutz der Interessen der betroffenen Gewerbetreibenden zugutekommen soll, da es sich insbesondere um einen einigermaßen gut abgegrenzten und individualisierbaren Kreis von Adressaten/innen (Gewerbebetriebe mit Publikumsverkehr) handelt.<sup>45</sup>

Bejaht man die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht, setzt ein Anspruch nach § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG tatbestandlich schließlich voraus, dass den handelnden Beamten/innen der Schuldvorwurf im Sinne einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Herbeiführung einer Amtspflichtverletzung trifft. Gegen die Annahme eines – im hiesigen Zusammenhang allein in Betracht kommenden – Fahrlässigkeitsvorwurfs spricht allerdings schon folgendes: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann dem/der handelnden Beamten/in kein Verschuldensvorwurf in Bezug auf eine Amtspflichtverletzung gemacht werden, wenn diese/r in einer objektiv zweifelhaften Rechtsfrage nach sorgfältiger Prüfung zu einer vertretbaren Rechtsauffassung gelangt, selbst wenn diese später von den Gerichten missbilligt wird.<sup>46</sup> Insoweit ist im hiesigen Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Beamten/innen während der „Shutdown“-Phase unter hohem Zeitdruck und auf unsicherer Tatsachenbasis handelten;<sup>47</sup> administrative oder judikative „Blaupausen“ zur Handhabung vergleichbarer Gefahren existierten schlichtweg nicht. Hinzu kommt, dass zumindest im Rahmen einstweiliger Rechtsschutzverfahren die während der „Shutdown“-Phase angeordneten Betriebsuntersagungen einer gerichtlichen Nachprüfung standhielten.<sup>48</sup> In diesem Lichte erscheint die Annahme, die angeordneten Betriebsuntersagungen hätten auf einer nicht vertretbaren Rechtsauffassung der handelnden Beamten/innen beruht, als eher fernliegend.

<sup>42</sup> Soweit die Betriebsschließungsmaßnahme hingegen in Form einer Rechtsverordnung i.S.d. § 32 I IfSG erlassen wurde, dürften Amtshaftungsansprüche im Hinblick auf den Grundsatz „keine Haftung für legislatives Unrecht“ von vornherein ausscheiden, vgl. insoweit Siegel, NVwZ 2020, 577 (583).

<sup>43</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 86 Rn. 10.

<sup>44</sup> BGH NVwZ 2010, 467 (468, Rn. 14.)

<sup>45</sup> So im Ergebnis auch Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 100.

<sup>46</sup> Siehe nur BGH NJW 1996, 2422 (2423).

<sup>47</sup> Winter/Thürk, in: Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Rn. 104.

<sup>48</sup> Siehe etwa jüngst OVG Lüneburg BeckRS 2020, 10749; vgl. auch BVerfG COVuR 2020, 202 (202 f., Rn. 12 f.)

#### IV. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Frage zur staatlichen Einstandspflicht im Kontext pandemiebedingter Betriebsuntersagungen alles andere als klar beantworten lässt. In der Gesamtschau bietet zwar eine ganze Reihe kodifizierter sowie richterrechtlich ausgeformter Anspruchsgrundlagen mögliche Ansatzpunkte für die Begründung einer staatlichen Entschädigungspflicht. Um zur gewünschten Rechtsfolge „Entschädigung“ zu gelangen, verlangen die in Betracht kommenden Regelungen und Haftungsinstitute allerdings einen enormen juristischen Begründungsaufwand; häufig ist bereits ihre Anwendbarkeit auf die hier interessierende Sachverhaltskonstellation zweifelhaft.

Eingedenk des Befundes, dass sich in der Rechtsprechung die Tendenz abzeichnet, die während der „Shutdown-Phase“ angeordneten Betriebsuntersagungen als rechtmäßig einzustufen, dürfte in der weiteren Diskussion um eine staatliche Einstandspflicht jedenfalls insbesondere die Frage eine große Rolle spielen, ob die betroffenen Gewerbetreibenden mit der staatlich angeordneten Einstellung ihrer publikumsverkehrsbezogenen Betriebstätigkeit ein individuelles „Sonderopfer“ erbracht haben, da bejahendenfalls zumindest der Weg für eine Entschädigung aus enteignendem Eingriff geebnet wäre.

Ungeachtet dessen erscheint die Unternehmung legislativer Schritte zur Herstellung von Rechtsklarheit de lege ferenda wünschenswert. Ein gangbarer Weg läge etwa – den Gedanken des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Hans-Jürgen Papier, aufgreifend – in der Verankerung von Ausgleichsregelungen im Infektionsschutzgesetz, um Gewerbetreibende für die mit einer pandemiebedingten Betriebsuntersagung verbundenen „ausgleichspflichtigen Sozialbindungen“ zu entschädigen.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Papier, in: Janisch/Richter, „Selbst in Kriegszeiten werden die Grundrechte nicht angetastet“, SZ.de vom 01.04.2020, <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-grundrechte-freiheit-verfassungsgericht-hans-juergen-papier-1.4864792?reduced=true> (05.07.2020); so auch die Einschätzung von Rommelfanger, COVuR 2020, 178 (180).