

Corona-Shutdown und Staatshaftung

*Notar Dr. Valentin Spornath**

Da im Rahmen des Corona-Shutdowns über einen langen Zeitraum mit Zwangsschließungen privater Betriebe zu rechnen ist, die diese oft nicht überstehen werden, ist es höchste Zeit, die staatshaftungsrechtlichen Folgen des Shutdowns zu beleuchten. Der Verfasser kommt zu dem Schluss, dass den betroffenen Betrieben eine Entschädigung und somit Ersatz aller entgangenen Einnahmen zumindest für begrenzte Zeit sowie die Übernahme der Betriebskosten während der gesamten Dauer des Shutdowns zusteht.

I. Eingriff in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG

Alle nachstehend behandelten Ansprüche setzen einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG voraus. Deshalb ist vorab festzustellen, ob der Anwendungsbereich des Art. 14 GG eröffnet ist.

1. Bedeutung der Abgrenzung

Nur bei Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG kommen Ansprüche bei schuldlosem oder sogar rechtmäßigem Handeln in Frage. Denn die Gewährung einer Entschädigung aus „enteignendem Eingriff“ oder wegen einer „ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung“ bei rechtmäßigen Eingriffen oder einer Entschädigung aus „enteignungsgleichem Eingriff“ bei rechtswidrigen, aber nicht notwendig schuldhaften Eingriffen setzt einen Eingriff in Art. 14 GG voraus. Eine Ausdehnung auf Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 GG wird von der Rechtsprechung bisher konsequent abgelehnt.¹

2. Abgrenzung von Art. 14 GG und Art. 12 GG

Bei der Abgrenzung zwischen dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG und dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG wird grundsätzlich dahingehend unterschieden, dass Art. 14 GG das Erworbene, Art. 12 GG den Erwerb schützt.² Dies könnte unter einer formalen Betrachtungsweise zu der Annahme führen, dass hier Art. 12 GG einschlägig sei. Denn es werden ja beispielsweise den Restaurantbetreibern nicht ihre Zapfanlagen, Stühle und Tische weggenommen,

* Der Autor, M.A. (Fernuniv. Hagen), ist Notar in Rosenheim.

¹ MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2020, Vor § 903 Rn. 90 mwN (zum enteignungsgleichen Anspruch).

² H.M.; s. z.B. BVerfG NJW 2002, 2621 (2625); BGH NJW 1996, 2422 (2423).

sondern nur die Verwendung dieser Betriebsmittel zur Gewinnerzielung, zum „Erwerb“ verunmöglicht. Allerdings kann das Grundrecht auf Eigentum betroffen sein, wenn zwar nicht das formale Eigentum, wohl aber dessen Verwendbarkeit zum vorgesehenen Zweck aufgehoben werden. Es handelt sich dann bei dem Eingriff nicht um eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

a) Grundsätze des BGH

Weitergehend als das BVerfG, das diese Frage bisher stets offengelassen hat³, nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung⁴ an, dass Art. 14 GG auch den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vermittelt. Darunter wird eine Organisation persönlicher und sachlicher Mittel, die sich als eine bestimmte Sach- und Rechtsgesamtheit darstellt, verstanden.⁵ Geschützt ist aber nur die Substanz des Betriebes, nicht künftige Chancen oder Erwerbsmöglichkeiten.⁶ Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ist dann in entschädigungsrechtlich relevanter Weise betroffen, wenn in den Betrieb als wirtschaftlichen Organismus eingegriffen und damit das ungestörte Funktionieren dieses Organismus unterbunden oder beeinträchtigt wird, der Betriebsinhaber also daran gehindert wird, von dem Gewerbebetrieb den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen.⁷ Auch außerhalb der Grundsätze des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat der BGH anerkannt, dass die Eigentumsgarantie betroffen ist, wenn das formale Eigentum zwar gewahrt bleibt, dessen zweckmäßige Verwendung aber aufgehoben ist. So ist die Beschränkung der Bebaubarkeit eines Baugrundstücks als Eingriff in das Eigentum am Grundstück eingestuft worden.⁸

b) Grundsätze des BVerfG

Auch das BVerfG, das ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bisher nicht ausdrücklich bejaht hat, sah bei dem beschleunigten Atomausstieg im Jahr 2011 nicht die Berufsfreiheit, sondern das Eigentumsgrundrecht der Kraftwerksbetreiber betroffen. Obwohl der Atomausstieg die Nutzbarkeit von Atomkraftwerken zur Gewinnerzielung betrifft, stellt das BVerfG, ohne eine

³ BVerfG NJW 1980, 383; NJW 1985, 1385; NJW 2002, 2621 (2625).

⁴ Vgl. zuletzt BGH NJW 2019, 1682 (1683) mwN zu weiteren Entscheidungen.

⁵ BGH NJW 2019, 1682 (1683); MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2020, Vor § 903 Rn. 88 mwN.

⁶ MüKoBGB/*Ernst*, Vor § 903 Rn. 88; weitergehend *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 47: „Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen Funktionalität“ einschließlich Erweiterungen.

⁷ BGH NJW 2019, 1682 (1683) mwN.

⁸ BGH NJW 2007, 830 (833) mwN.

Abgrenzung zu Art. 12 GG vorzunehmen, unmittelbar auf Art. 14 GG ab.⁹ Sodann nimmt es bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs „den Bestand von Betrieben und die im Vertrauen auf die Gesetzeslage getätigten Investitionen“ zum Maßstab.¹⁰ Demzufolge schütze das Eigentumsgrundrecht auch „berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seiner [sic] Nutzbarkeit“.¹¹ Ausdrücklich ist das Eigentumsgrundrecht betroffen, „wenn der Gesetzgeber die weitere **Verwertbarkeit** des Eigentums direkt unterbindet oder erheblich einschränkt“¹².

c) Entscheidung

Bejaht man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, stellt dessen totale Stilllegung unzweifelhaft einen Eingriff in dieses Recht dar. Ein stärkerer Eingriff in einen ausgeübten Gewerbebetrieb als dessen Schließung erscheint nicht denkbar. Aber auch unter Anwendung der scheinbar restriktiveren Grundsätze des BVerfG ist ein Eingriff in Art. 14 GG zu bejahen. Die plötzliche zwangsweise Schließung des Betriebes über einen längeren Zeitraum entwertet die Betriebsmittel weitgehend. Da eine Kompensation des Ausfalls etwa durch Lieferung von Essen oder Onlinehandel nicht annähernd möglich ist und zudem der größte Teil der Betriebsmittel hierfür gar nicht gebraucht würde, ist der Betreiber nicht nur in seinem Erwerb, sondern in seinem Eigentum an diesen Betriebsmitteln betroffen. Ihm wird praktisch jedwede zweckmäßige Verwendung seiner Betriebsmittel verwehrt. Zugleich steht er sogar deutlich schlechter da als ein formal enteigneter Betriebsinhaber: Wird etwa ein Restaurant in Form einer GmbH betrieben und würden die GmbH-Anteile formal enteignet, entfielen für den Betriebsinhaber immerhin auch die Verpflichtung zur Zahlung von Löhnen, Mieten und sonstigen Nebenkosten. Durch die bloße Stilllegung des Betriebes hingegen bleiben die Verpflichtungen grundsätzlich erhalten, ohne dass dem eine zweckmäßige Verwendbarkeit der Betriebsmittel zur Gewinnverwendung gegenüberstünde. Für sonstige Nebenkosten und Verpflichtungen wie Bierbezugsverpflichtungen, Softwarewartungsverträge, Leasingkosten für Geräte und Fahrzeuge etc. stehen den Betriebsinhabern auch weder Kurzarbeit noch Stundung der Mieten zur Verfügung. Unabhängig von einer an sich überfälligen Anerkennung des eingerichteten und ausgeübten

⁹ BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217 (Rn. 214).

¹⁰ BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217 (Rn. 270).

¹¹ BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217 (Rn. 372).

¹² BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217 (Rn. 372).

Gewerbebetriebs durch das BVerfG ist die monatelange Zwangsschließung eines Betriebs als Eingriff in das Eigentum an den Betriebsmitteln einzustufen.

II. Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Je nachdem, ob die Zwangsschließung von Betrieben in rechtmäßiger oder rechtswidriger Weise erfolgt, kommen einerseits Ansprüche aus enteignendem Eingriff oder nach gesetzlichen Ausgleichsbestimmungen, andererseits Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht. Daher wird die Rechtslage im Folgenden einerseits unter der Annahme, dass die Zwangsschließungen rechtmäßig seien, geprüft (Ziffer III.), andererseits unter der Annahme der Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen (Ziffer IV.).

III. Anspruch bei grundsätzlicher Rechtmäßigkeit des Shutdowns

1. Abgrenzung zwischen enteignendem Eingriff und (ausgleichspflichtiger) Inhaltsbestimmung

a) Bedeutung der Abgrenzung

Bei rechtmäßigen Maßnahmen kommen die Entschädigung aus enteignendem Eingriff und ein gesetzlich zu regelnder Ausgleich für eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung in Betracht.

b) Abgrenzungskriterien

Grundsätzlich ist von einem Vorrang der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung auszugehen.¹³ Denn Art. 14 GG unterscheidet grundsätzlich nur zwischen zwei Arten des Eingriffs in das Eigentum, nämlich der Formalenteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG und der Inhaltsbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁴ Ein Eingriff in das Eigentum, der nicht eine formale Enteignung darstellt, ist also regelmäßig als Inhaltsbestimmung anzusehen. Ein enteignender Eingriff kommt nur dann in Betracht, wenn der Eingriff in das Eigentum eine ungewollte, regelmäßig unvorhergesehene Nebenfolge eines an sich rechtmäßigen hoheitlichen Handelns, das keine Inhaltsbestimmung des Eigentums zum Ziel hat, darstellt.¹⁵

¹³ MüKoBGB/Ernst, Vor § 903 Rn. 159.

¹⁴ Vgl. den Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG, abgedruckt in NJW 1982, 745.

¹⁵ Sachs, Art. 14 Rn. 179f.

c) Entscheidung

Eine Regelung wie „untersagt werden Gastronomiebetriebe jeder Art“¹⁶ führt aber nicht zufällig oder unvorhergesehen zu einem Eingriff in den Gewerbebetrieb eines Gastronomen, sondern ist direkt auf einen solchen Eingriff ausgerichtet. Dass Beeinträchtigungen des Betriebs Folge von Maßnahmen nach dem IfSG sein können, hat der historische Gesetzgeber auch längst gesehen, da er für die auf § 31 IfSG gestützten Maßnahmen in § 56 IfSG eine Entschädigungsregelung getroffen hat. Insbesondere hat der historische Gesetzgeber in § 56 Abs. 4 S. 2 IfSG sogar die Frage der weiterlaufenden Betriebskosten geregelt. Der potentielle Eingriff in den Gewerbebetrieb war dem Gesetzgeber also bewusst, sodass der Shutdown gegenüber den unmittelbar von einer Zwangsschließung betroffenen Unternehmern nicht als enteignender Eingriff gewertet werden kann, sondern eine Inhaltsbestimmung ihres Eigentums darstellt. Dies gilt auch dann, wenn nicht Betriebe wie im Beispielsfall ausdrücklich untersagt werden, sondern „nur“ das Verlassen der Wohnung zur Inanspruchnahme von deren Dienstleistungen verboten wird. Denn bei allen Dienstleistungen, die nicht im Wege der Fernkommunikation erbracht werden können, folgt daraus ebenso notwendigerweise die Schließung des Betriebes.

2. Ausgleichspflicht

Grundsätzlich ist die Inhaltsbestimmung des Eigentums als Ausdruck der Sozialbindung ohne Ausgleich möglich. Ein Ausgleich ist nur vor dem Hintergrund des Übermaßverbots geschuldet, wenn ausnahmsweise ein Eingriff in einer solchen Intensität erforderlich ist, dass die Rechtswidrigkeit nur durch Gewährung eines Ausgleichs vermieden werden kann.¹⁷ Dies ist zugleich Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes: Wer einem stärkeren Eingriff ausgesetzt ist, von dem kann nicht verlangt werden, dass er ihn ebenso entschädigungslos dulde wie ein weniger stark Betroffener. Denn der Gleichheitsgrundsatz verbietet nicht nur, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln, sondern auch, wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln.

Angesichts der besonderen Situation in der Corona-Krise könnte man argumentieren, dass hier im überragenden Interesse der öffentlichen Gesundheit selbst der totale

¹⁶ § 1 Abs. 2 Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020.

¹⁷ MüKoBGB/*Ernst*, vor § 903 Rn. 117.

entschädigungslose Shutdown durch betroffene Betriebsinhaber zu dulden sei. Diese Argumentation griffe aber einerseits deshalb zu kurz, weil diejenigen, die von einem Shutdown unmittelbar in der Weise betroffen sind, dass sie ihren Betrieb schließen müssen, nicht – und das ist übrigens der Haupt-Kritikpunkt an den „Rettungspaketen“ – gleich behandelt werden können wie solche Betriebe, die aus Gründen außerhalb unmittelbarer staatlicher Eingriffe, etwa wegen allgemeiner wirtschaftlicher Rezession oder unterbrochener Lieferketten, notleidend geworden sind. Andererseits stellt die vollständige Schließung eines Betriebes über einen längeren Zeitraum einen so starken Eingriff dar, dass sich zwar dessen Erforderlichkeit aus der besonderen Situation ergeben kann, nicht aber eine Pflicht zur entschädigungslosen Duldung.

Freilich ist angesichts der besonderen Situation die Grenze für eine nicht mehr entschädigungslos zu duldende Inhaltsbestimmung höher zu setzen als in gewöhnlichen Zeiten. So wird man die ursprünglich angekündigte Schließung für etwa einen Monat aufgrund der besonderen Umstände möglicherweise gerade noch als nicht ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ansehen können. Die Verlängerung darüber hinaus kann aber nicht mehr in diese Kategorie fallen, da ein Shutdown über mehrere Monate zur Zerstörung der betrieblichen Substanz führt: Mitarbeiter gehen verloren, Lieferverträge werden gekündigt, die Liquidität ist bedroht. Der BGH hat bloße *Gewinnminderungen* von 30 % jährlich, die ja an sich nicht existenzbedrohend wären, für die Annahme einer Entschädigungspflicht genügen lassen.¹⁸ Dann muss erst recht eine mehrmonatige vollständige Schließung ohne absehbares Ende, die die Existenz des Betriebes gefährdet, zu einer Entschädigungspflicht führen.

Die Schließung, die die Nutzung des Eigentums unmöglich macht, stellt vergleichbar dem Atomausstieg einen – wenn auch vorübergehenden – Entzug von Eigentumspositionen dar, der regelmäßig eine Ausgleichspflicht auslöst.¹⁹

Hinzu kommt der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, der hier schwerer wiegt als beim bereits zitierten Atomausstieg. Die Gewinnung von Atomenergie war stets von politischen Umschwüngen und Unwägbarkeiten begleitet. Das Risiko einer politisch motivierten Abschaltung der Anlagen konnte und musste durchaus in die Kalkulation einbezogen werden. Wer aber ein Restaurant oder Ladengeschäft eröffnet hat, was für den einzelnen auch mit erheblichen Investitionen und oft jahrzehntelangem

¹⁸ BGH NJW 1980, 2703 (2704).

¹⁹ BVerfGE 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 258ff.; MükobGB/Ernst, Vor § 903 Rn. 123.

Schuldendienst verbunden ist, musste in der gesamten Geschichte der Bundesrepublik keineswegs mit einer mehrmonatigen unverschuldeten Zwangsschließung rechnen.

Damit ist – unter der Prämisse einer grundsätzlichen Rechtmäßigkeit des Shutdowns – eine Ausgleichspflicht gegeben.

3. Rechtsfolgen

a) Vorbemerkung

Die Feststellung einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung führt nicht zu einem eigenen richterrechtlichen Entschädigungsanspruch.²⁰ Vielmehr stellt sich anknüpfend an diese Feststellung die Folgefrage, ob sich eine hinreichend bestimmte²¹ gesetzliche Grundlage für einen Entschädigungsanspruch in dem Rechtsakt, der der Maßnahme zugrunde liegt, finden lässt. Ist dies der Fall, steht dem Betroffenen ein Entschädigungsanspruch nach Maßgabe dieser gesetzlichen Bestimmung zu, wenn der darin enthaltene Entschädigungsanspruch auch seiner Höhe nach im Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht steht und so die Verhältnismäßigkeit der Regelung wiederherstellt. Fehlt es an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für einen Entschädigungsanspruch oder ist dieser inhaltlich nicht angemessen, da er der Schwere des Eingriffs nicht gerecht wird, oder erfolgt eine erforderliche Konkretisierung des Anspruchs nicht zugleich mit dem die Ausgleichspflicht auslösenden Rechtsakt²², ist hingegen die Maßnahme infolgedessen insgesamt unverhältnismäßig und rechtswidrig.²³ Dann kommt anstelle eines Anspruchs aus dieser gesetzlichen Grundlage wegen der Rechtswidrigkeit der Maßnahme aber ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht.

b) Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG

Im Gegensatz zum heutigen Gesetzgeber, der trotz mehrfacher Änderungen des IfSG in kürzester Zeit noch nicht einmal eine eindeutige Rechtsgrundlage für den Shutdown geschaffen und entsprechend auch einen Ausgleich nicht bedacht hat, hat der historische Gesetzgeber die Frage der Entschädigung für Zwangsschließungen hinsichtlich Voraussetzungen und Bemessung in § 56 IfSG geradezu vorbildlich

²⁰ MüKoBGB/*Ernst*, Vor § 903 Rn. 118.

²¹ BVerfG NJW 1999, 2877.

²² BVerfG NJW 1999, 2877.

²³ BVerfG NJW 1999, 2877 (2879).

geregelt. Nach § 56 Abs. 2 S. 1 IfSG steht dem Betroffenen eine Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls, nach § 56 Abs. 4 S. 2 IfSG die Begleichung der laufenden Betriebskosten durch den Staat (!) zu. Während heute in der Politik davon ausgegangen wird, dass im Wege der Kurzarbeit teils die Sozialversicherungen, teils die Arbeitnehmer dafür aufkommen sollen, dass ein geschlossener Betrieb die Löhne nicht mehr bezahlen kann, und zudem gesetzlich angeordnet wird, dass nicht der Staat, sondern der Vermieter das Risiko trägt, dass die Miete nicht mehr beglichen werden kann, hat der historische Gesetzgeber selbstverständlich geregelt, dass bei einer Zwangsschließung der Staat die Betriebskosten „in angemessenem Umfang“ für die Dauer der Zwangsschließung trägt.

Allerdings sind die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 56 IfSG nicht direkt gegeben. Denn nach § 56 Abs. 1 IfSG setzt der Anspruch eine Maßnahme nach § 31 IfSG, also gegenüber „Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern“ voraus. Eine Zwangsschließung ohne Krankheitsverdacht gegen den Betriebsinhaber fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 31 IfSG²⁴. Demzufolge liegen auch die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 56 IfSG nicht vor.

c) Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG analog?

aa) Tatbestandanalogie

Allerdings kommt eine analoge Anwendung des § 56 IfSG in Frage. Es liegt eine unbewusste Regelungslücke vor, da der historische Gesetzgeber den Fall einer generellen Schließung privater Geschäfte und Restaurants ohne Ursache in der Person des Inhabers nicht bedacht hat. Andererseits kann ein Betriebsinhaber, dessen Betrieb aus Gründen außerhalb seiner eigenen Sphäre geschlossen wird, nicht schlechter gestellt sein als ein solcher, dessen Betrieb wegen eines Krankheitsverdachts in seiner eigenen Person geschlossen wird. Ein Erst-recht-Schluss gebietet damit an sich die analoge Anwendung des § 56 IfSG auf alle Betriebe, die zur Seuchenbekämpfung zwangsweise geschlossen werden.

bb) Rechtsfolgen

Fraglich bleibt aber, ob die in § 56 IfSG angeordneten Rechtsfolgen auf den Fall einer zwangsweisen Schließung ohne Krankheitsverdacht passen. So ordnet § 56

²⁴ Näher hierzu Ziff. IV.1.a).

Abs. 2 S. 2, 3 IfSG an, dass der Verdienstaussfall nur für die Dauer von sechs Wochen in voller Höhe gezahlt werde, danach aber nur noch Krankentagegeld. Diese Beschränkung der Rechtsfolge beruht darauf, dass ja von einer Maßnahme nach § 31 IfSG ausgegangen wird, die aus Gründen in der Gesundheit des Betriebsinhabers erfolgt. Werden aber Betriebe ohne Ursache in der Person des Inhabers geschlossen, könnte man annehmen, dass die Beschränkung auf sechs Wochen keine Anwendung finde. Jedoch ist eine solche Beschränkung hier aus anderen Gründen angezeigt. Die Zwangsschließung ohne volle Entschädigung des Verdienstaussfalls über den gesamten Zeitraum ist nämlich Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums.²⁵ Diese gestattet Eingriffe in das Eigentum ohne vollen Schadensersatz, solange ein den Umständen nach angemessener Ausgleich unter Berücksichtigung der Sozialbindung des Eigentums gewährt wird. Die Corona-Krise ist ein ausreichender Anlass, um von einem Eigentümer Einschränkungen seines Eigentumsrechts ohne volle Entschädigung im Interesse des Gemeinwohls verlangen zu können. Politisch formuliert: Alle müssen Opfer bringen. Insofern ist es angemessen, dass der Verdienstaussfall wegen der Zwangsschließung nicht dauerhaft, sondern nur für einen begrenzten Zeitraum gewährt wird. Entscheidend ist ohnehin nicht die Zahlung des Verdienstaussfalls, sondern die Begleichung der Betriebskosten nach § 56 Abs. 4 S. 2 IfSG, die zeitlich nicht gedeckelt ist: Nicht der Arbeitnehmer eines betroffenen Betriebes, nicht der Vermieter müssen für die Entscheidung, einen Betrieb zwangsweise zu schließen, mit ihrer eigenen wirtschaftlichen Existenz geradestehen, sondern der Staat, der die Zwangsschließung angeordnet hat, hat Löhne und Miete weiterhin zu bezahlen. Die Sozialbindung des Eigentums rechtfertigt es hingegen nicht, eine geringere als die in § 56 IfSG vorgesehene Entschädigung zu gewähren. Denn es wäre eine eklatante Ungleichbehandlung, wenn einerseits Inhaber von Betrieben, in deren Person Gründe für eine Schließung nach § 31 IfSG vorliegen, die Entschädigung nach § 56 IfSG erhielten, die Inhaber von Betrieben, die ohne Gründe in ihrer eigenen Sphäre geschlossen werden, aber nur eine geringere Entschädigung. Den aus Gründen außerhalb ihrer Sphäre geschlossenen Betrieben steht die im Gesetz geregelte Entschädigung vielmehr erst recht zu.

cc) Zwischenergebnis

²⁵ Gegen den „Sozialbindungsabschlag“ s. etwa MüKoBGB/*Ernst*, Vor § 903 Rn. 120. Dafür (selbst bei rechtswidrigem Eingriff) Maunz/*Dürig/Papier/Shirvani*, GG, 89. EL 2019, Art. 14 Rn. 809.

Geht man von der Rechtmäßigkeit der im Rahmen des Shutdowns getroffenen Maßnahmen aus, indem man etwa in § 28 IfSG oder anderen Gesetzen, z.B. Landesgesetzen, eine Rechtsgrundlage findet und zudem die Verhältnismäßigkeit im Übrigen bejaht, steht den Inhabern zwangsweise geschlossener Betriebe ein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG analog zu.

dd) Problem der mangelnden Bestimmtheit der Entschädigungsregelung

Nach den Vorgaben des BVerfG muss eine für eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung getroffene Ausgleichsregelung in Voraussetzungen und Rechtsfolgen hinreichend bestimmt sein. Zudem hat der Rechtsakt, der eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung konkretisiert, seinerseits den Ausgleich näher zu regeln.²⁶ Hintergrund dieser Erfordernisse ist, dass ein Betroffener, um eine Entscheidung über ein rechtliches Vorgehen gegen eine Maßnahme treffen zu können, wissen muss, ob und welcher Ausgleich ihm hierfür zusteht.²⁷ Im Fall des Shutdowns sind beide Aspekte problematisch. Einerseits enthält das IfSG selbst keine Ausgleichsregelung genau für den Fall der Zwangsschließung eines Betriebs *ohne* Infektionsverdacht gegenüber dem Betriebsinhaber; nur eine analoge Anwendung von § 56 IfSG führt zu einer Entschädigungsregelung. Darüber hinaus enthalten die verschiedenen Landesregelungen durchweg keinerlei Konkretisierung von Ausgleichsansprüchen wegen der Zwangsschließungen. Für die betroffenen Betriebsinhaber ist gerade nicht erkennbar, ob und welcher Ausgleich ihnen zugebilligt wird. Im Gegenteil wird durch gesonderte „Rettungspakete“, die sowohl für zwangsweise geschlossene als auch für ohne staatliche Einwirkung notleidende Betriebe in gleicher Weise gelten sollen, der Eindruck erweckt, ein besonderer Ausgleich für die zwangsweise Schließung stehe den Betriebsinhabern nicht zu. Selbst wenn die Rettungspakete inhaltlich eine angemessene Ausgleichsregelung enthielten, was wegen der Pauschalierung der Zuwendungen auf einen Niveau weit unter den üblichen Betriebskosten kaum denkbar erscheint, können sie keinen Ausgleich im Sinne der Anforderungen des BVerfG darstellen, da sie zum einen nachträglich nach den Shutdown-Maßnahmen beschlossen wurden und zum anderen überwiegend Hilfen des Bundes darstellen, die per se eine Inhaltsbestimmung durch Landesregelungen nicht kompensieren können. Somit wären die Shutdown-Maßnahmen wegen der fehlenden Ausgleichsregelung als

²⁶ BVerfG NJW 1999, 2877 (2879).

²⁷ BVerfG NJW 1999, 2877 (2879).

unverhältnismäßig und damit rechtswidrig einzustufen. Nimmt man dies an, ist ebenso wie bei der Annahme, dass für die Shutdown-Maßnahmen überhaupt jede Rechtsgrundlage fehlt, zu prüfen, welche Entschädigungsansprüche den Inhabern geschlossener Betriebe wegen der dann rechtswidrig erfolgten Zwangsschließung zustehen.

IV. Anspruch bei angenommener Rechtswidrigkeit des Shutdowns

1. Gründe für die Rechtswidrigkeit

Aus Sicht des Verfassers scheint die Unrechtmäßigkeit der Zwangsschließungen festzustehen. Hierbei ist klarzustellen, dass es zum Schutz des Lebens möglich ist, im Einklang mit dem Grundgesetz auch härteste Maßnahmen bis zur völligen Ausgangssperre zur Bekämpfung einer Pandemie zu treffen. Für die derzeit geltenden Maßnahmen müsste aber einerseits eine Rechtsgrundlage erst geschaffen werden, andererseits müssten sie in ihrer konkreten Ausgestaltung das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahren.

a) Fehlende Rechtsgrundlage

Nach § 28 Abs. 1 IfSG können Veranstaltungen und Ansammlungen von Menschen beschränkt oder verboten sowie Badeanstalten und öffentliche Gemeinschaftseinrichtungen wie z.B. Kindergärten geschlossen werden. Für eine pauschale Schließung von Restaurants oder Ladengeschäften stellt diese Vorschrift keine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage dar. § 31 IfSG ermöglicht es, die Ausübung beruflicher Tätigkeiten zu untersagen und somit auch Betriebe letztlich zu schließen, findet allerdings nur gegenüber „Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern“ Anwendung. Auch diese Norm enthält keine ausreichende Rechtsgrundlage für die generelle Schließung von Geschäften und Restaurants, solange nicht jeder Bürger als „ansteckungsverdächtig“ eingestuft wird. Eine analoge Anwendung zu Lasten des Bürgers erscheint sehr problematisch. Zudem fehlt es an der Regelungslücke: § 31 IfSG sieht ja ausdrücklich die Untersagung der „Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten“ vor, aber eben nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber den dort genannten Personengruppen. Eine analoge Anwendung der Vorschrift selbst auf nachweisbar nicht Infizierte, z.B. auf Genesene, unter Übergehung des einzigen

Tatbestandsmerkmals „Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern“ ist undenkbar. Zugleich stellt § 31 IfSG für die Schließung privater Betriebe offenbar eine *lex specialis* zu § 28 IfSG dar, der auf § 31 IfSG verweist. Es wäre also ebenso unrichtig, die nach § 31 IfSG nicht mögliche pauschale Schließung privater Betriebe auf die Auffangklausel in § 28 IfSG, wonach die zuständige Behörde die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ trifft, zu stützen. § 31 IfSG liefe leer, wenn bei Vorliegen der darin genannten Tatbestandsvoraussetzungen Betriebsschließungen auf § 31 IfSG, bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen aber auf die Auffangklausel des § 28 IfSG gestützt würden. Somit ist eine Rechtsgrundlage für eine Schließung von Betrieben ohne Infektionsverdacht im Einzelfall *derzeit* trotz der ständigen Nachbesserungen des IfSG nicht gegeben.

b) Fehlende Verhältnismäßigkeit?

Zudem erscheinen auch die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen fraglich: Zum einen erfolgt der Shutdown sehr undifferenziert: Wenig besuchte spezialisierte kleine Geschäfte ohne Angestellte werden großen Kaufhäusern mit tausenden Besuchern und hunderten Angestellten gleichgestellt. Auf der anderen Seite gelten für Supermärkte überhaupt keine Beschränkungen. In Form konsequenter Tests, *Quarantäneanordnungen* in Verdachtsfällen, Abstandsregeln oder Zugangsbeschränkungen, z.B. der Beschränkung auf eine bestimmte Besucherzahl entsprechend der Ladenfläche, stünden möglicherweise mildere und effektivere Mittel zur Verfügung.

Zudem fehlt wohl eine hinreichend bestimmte Regelung über einen Ausgleich, was allein schon zur Unverhältnismäßigkeit des Shutdowns in seiner heutigen Form führt.²⁸

2. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Bei rechtswidrigen Maßnahmen, die in das Eigentumsgrundrecht eingreifen, kommt ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Frage.

a) Voraussetzungen eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff

Ein unmittelbarer hoheitlicher Eingriff in das Schutzgut Eigentum liegt in den Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen über Zwangsschließungen vor. Deren Rechtswidrigkeit indiziert das nach der Rechtsprechung erforderliche

²⁸ Vgl. oben III.3.c)dd).

Sonderopfer.²⁹ Zudem ist der Eingriff derart schwerwiegend, dass er, selbst wenn er rechtmäßig geschähe, eine Ausgleichspflicht auslösen würde. Auch deshalb ist ein Sonderopfer zu bejahen.

b) Vorrang des Primärrechtsschutzes?

aa) Grundproblem

Problematisch ist allerdings, dass bei rechtswidrigen Verletzungen des Eigentumsgrundrechts grundsätzlich der Subsidiaritätsgrundsatz gilt. Der Betroffene wird also darauf verwiesen, zunächst primären verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Maßnahme selbst zu ergreifen. Tut er dies innerhalb der jeweiligen Anfechtungsfristen nicht, bleibt ihm die sekundäre Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen verwehrt.³⁰ Wer aufgrund einer rechtswidrigen Maßnahme in seinem Eigentum betroffen ist, steht also nach absolut herrschender Meinung haftungsrechtlich schlechter als derjenige, der in rechtmäßiger Weise darin beschnitten wird. Zudem wird dem Betroffenen das Prozessrisiko aufgebürdet: Stellt sich die Maßnahme, gegen die er verwaltungsgerichtlich vorgeht, als rechtmäßig heraus, hat er die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Prozesses zu tragen. Stellt sich die Maßnahme, die er für rechtmäßig hielt, als rechtswidrig heraus, wird ihm eine Entschädigung verwehrt. Angewandt auf die vom Shutdown besonders betroffenen Kleinbetriebe würden diese Grundsätze bedeuten, dass jeder einzelne dieser Betriebe gegen jede der zumindest in Bayern fast täglich neu verkündeten Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen sowie deren Verlängerungen einzeln fristgerecht verwaltungsgerichtlich vorgehen müsste. Damit liefen etwa 99,9 % der Entschädigungsansprüche faktisch leer.

bb) Ausnahme 1: Unzumutbarkeit

Eine Ausnahme soll einerseits gelten, wenn die Ergreifung von Primärrechtsschutz nicht zumutbar wäre.³¹ Allerdings soll die Notwendigkeit der Erhebung zahlreicher Klagen nicht zur Unzumutbarkeit des Primärrechtsschutzes führen.³² Als Grund für die Unzumutbarkeit des Primärrechtsschutzes wäre aber das Risiko der sozialen

²⁹ Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Art. 14 Rn. 805: „Bei rechtswidrigen Eigentumseingriffen verzichtet die Rechtsprechung auf eine eigenständige Sonderopferlage.“

³⁰ Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Art. 14 Rn. 810f.

³¹ MüKoBGB/Ernst, Vor § 903 Rn. 107.

³² MüKoBGB/Ernst, Vor § 903 Rn. 107.

Stigmatisierung denkbar. Denn ein Restaurantbetreiber, der sich gegen die „lebensrettenden“ Shutdown-Maßnahmen zur Wehr setzt, muss mit Anfeindungen, Image-Schäden und entsprechenden weiteren Umsatzeinbußen auch nach dem Ende des Shutdowns rechnen.

cc) Ausnahme 2: Unabwendbarkeit des Schadens

Jedenfalls aber ist eine weitere Ausnahme vom Vorrang des Primärrechtsschutzes gegeben, wenn der Schaden auch bei gerichtlicher Anfechtung der Maßnahme nicht beseitigt werden könnte.³³ Diese Ausnahme liegt hier vor: Die einzelnen Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen sind sehr kurzfristig in Kraft getreten. Anfechtungsklagen und Normenkontrollklagen dürften, insbesondere da sie von vielen tausend Betroffenen gleichzeitig zu erheben wären, bis zum Ende der Corona-Shutdowns noch nicht entschieden sein. Einstweiliger Rechtsschutz wurde bisher, soweit ersichtlich, stets mit dem Argument verweigert, dass die Gefahren für die Gesundheit aller bei Aussetzung der Maßnahmen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Gefahren für die betroffenen Rechte des Einzelnen bei fehlerhafter Aufrechterhaltung einer Shutdown-Maßnahme weitaus überwiegen. Damit besteht für die Betroffenen keine Möglichkeit, den Schaden durch die *jetzt* wirkenden Maßnahmen im Wege des Primärrechtsschutzes zu beseitigen. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes gilt also ausnahmsweise nicht.

c) Rechtsfolgen und Bemessung eines Entschädigungsanspruchs

Anders als die Feststellung einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung stellt der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff eine eigene richterrechtliche Anspruchsgrundlage dar. Rechtsfolge ist nicht voller Schadensersatz, sondern die Gewährung einer Entschädigung.³⁴ Bei vorübergehenden Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist derjenige Betrag als angemessene Entschädigung anzusehen, den der Gewerbebetrieb infolge des Eingriffs weniger als ohne den Eingriff abgeworfen hat.³⁵ Im Gegensatz zu dem für den Fall der Rechtmäßigkeit der Shutdown-Maßnahmen angenommenen Anspruch aus § 56 IfSG analog gewährt der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff bei

³³ MüKoBGB/Ernst, Vor § 903 Rn. 106; BGH NJW 1984, 1876f.

³⁴ Krit. MüKoBGB/Ernst, Vor § 103 Rn. 112: „rechtswidriges Handeln (...) durch Schadensersatz und nicht Entschädigung zu kompensieren“.

³⁵ Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Art. 14 Rn. 809 mwN.

Rechtswidrigkeit der Maßnahmen somit einen zeitlich unbegrenzten Anspruch auf Ersatz der während des Shutdowns entgangenen Einnahmen.

V. Rechtsweg

Neben der Höhe der Ansprüche unterscheiden sich die Ansprüche aus § 56 IfSG analog bei rechtmäßigem Handeln und aus enteignungsgleichem Eingriff bei rechtswidrigem Handeln hinsichtlich des Rechtswegs. Der Anspruch aus § 56 IfSG analog ist auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen, der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff auf dem ordentlichen Rechtsweg. Nachdem aber bei Wahl des falschen Rechtswegs die Verweisung von Amts wegen nach § 17a Abs. 2 GVG greift, besteht bei Wahl des falschen Rechtswegs kein Risiko, deshalb den Prozess zu verlieren. Wird vom angerufenen Gericht eine Entscheidung dahingehend getroffen, dass seine Zuständigkeit gegeben sei, hat es alle geltend gemachten Ansprüche zu prüfen, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG, sodass hier geradezu ein Wahlrecht gegeben ist: Stützt sich ein Kläger hauptsächlich auf die geltend gemachte Rechtswidrigkeit der Maßnahme und somit auf einen Anspruch auf enteignungsgleiche Entschädigung, kann er sämtliche in Frage kommenden Ansprüche auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend machen, was wegen der Haltung der ordentlichen Gerichte zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorzugswürdig sein könnte.

VI. Fazit

Entgegen der Meinung der Politik ist die Gewährung begrenzter Zuschüsse und Darlehen und die Abwälzung wirtschaftlicher Risiken auf Arbeitnehmer und Vermieter nicht geeignet, um die von Shutdown-Maßnahmen unmittelbar betroffenen Betriebe zu „entschädigen“. Vielmehr steht diesen ein Anspruch auf (begrenzten) Ausgleich der entgangenen Einnahmen, mindestens aber auf Übernahme der Betriebskosten zu, der sich im Fall rechtmäßiger Maßnahmen aus § 56 IfSG analog, im Fall rechtswidriger Zwangsschließungen aus enteignungsgleichem Eingriff ergibt. Die praktische Durchsetzung dieser Ansprüche ist freilich einerseits an das Durchhaltevermögen der Inhaber oder Insolvenzverwalter der betroffenen Betriebe, andererseits an das Fortbestehen rechtsstaatlicher Strukturen nach der Corona-Krise geknüpft.