Betriebs- und Geschäftsschließungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie

Anspruch auf staatliche Entschädigung auf Basis des Infektionsschutzgesetzes fristgerecht geltend machen

Die staatlich zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie erzwungenen Betriebs- und Geschäftsschließungen haben für deren Inhaber erhebliche Verluste zur Folge, die auch auf Gewerbevermieter durchschlagen. Dafür sieht das Infektionsschutzgesetz (IfSG) Entschädigungen vor. Allein in Berlin sind auf dieser Rechtsgrundlage schon über 1.800 Anträge eingegangen. Ob solche Ansprüche später auch von den Gerichten anerkannt werden, ist offen. Es gibt dazu weder aktuelle Urteile noch frühere Präzedenzfälle. Sicherheitshalber sollten Entschädigungsansprüche innerhalb der dreimonatigen Frist des § 56 Abs. 11 IfSG beantragt werden und Vermieter ihre Gewerbemieter darauf hinweisen.

I. Einführung

Seit Mitte März haben die Bundesländer zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie für bestimmte Branchen befristete Betriebsschließungen veranlasst. Dies betrifft nahezu den gesamten Einzelhandel, aber auch Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sowie Veranstaltungen. Als Rechtsgrundlage dafür dienen i.d.R. § 32 Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) und die darauf gestützten Rechtsverordnungen der Länder. So gilt etwa in Berlin die SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung oder in Hessen die Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus.

Aufgrund dieser Maßnahme müssen die betroffenen Betriebs- und Geschäftsinhaber natürlich mit drastischen Verlusten rechnen. Aber bleiben sie auch darauf sitzen? Die finanziellen Soforthilfen des Bundes und der Bundesländer decken nur einen Teil der Verluste. Helfen könnte eine Betriebsschließungsversicherung, sofern eine solche vereinbart wurde. Allerdings ist fraglich, ob Versicherungsschutz auch im Falle einer Pandemie besteht[1].

Können die betroffenen Betriebs- und Geschäftsinhaber aufgrund der Schließungen wenigstens die Mieten einbehalten? Das Covid-19-Abmilderungsgesetz regelt dazu, dass rückständige Mieten für die Monate April bis einschließlich Juni 2020 nicht zur fristlosen Kündigung berechtigen. Ob darüber hinaus die staatlich erzwungenen Schließungen eine Minderung der Miete rechtfertigen oder zu einer Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage führen, ist umstritten[2].

Möglicherweise haben die betroffenen Inhaber aber einen Entschädigungsanspruch gegen das jeweilige Bundesland. Ob das IfSG sowie das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs Entschädigungsansprüche für erzwungene Betriebs- und Geschäftsschließungen parat halten, ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

II. Entschädigung nach dem IfSG

1. Entschädigung wegen Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (§§ 56, 66 IfSG)

§§ 56 Abs. 1, 66 Abs. 1 IfSG lauten auszugsweise:

„Wer auf Grund dieses Gesetzes 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 Verdienstausfall erleidet, erhält eine Entschädigung in Geld."

„Verpflichtet zur Zahlung der Entschädigung nach § 56 ist das Land, in dem das Verbot erlassen oder die Schließung beziehungsweise das Betretungsverbot veranlasst worden ist, in den Fällen des § 34 Abs. 1 bis 3 und des § 42 das Land, in dem die verbotene Tätigkeit ausgeübt worden ist."

a) Entschädigungspflichtige Maßnahmen: Berufliches Tätigkeitsverbot, Betretungsverbot und Betriebsschließung

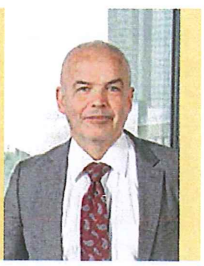
Die betreffenden Rechtsverordnungen sind auf § 32 Satz 1 IfSG gestützt. Danach sind die Landesregierungen ermächtigt, Maßnahmen gemäß §§ 28 bis 31 IfSG auch durch Rechtsverordnung zu erlassen. Hier kommt eine Maßnahme nach § 28 Abs. 1 IfSG in Betracht. Nach § 28 Abs. 1 IfSG können notwendige Schutzmaßnahmen getroffen werden, und zwar auch über die in §§ 29 bis 31 IfSG genannten Maßnahmen hinaus[3]. Die zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie für bestimmte Branchen erlassenen allgemeinen Betriebsschließungen wurden von den Gerichten, die im Rahmen des Eilrechtsschutzes damit befasst waren, für rechtmäßig erachtet[4]. In diesen Entscheidungen ging es allerdings nicht um Entschädigungen für die betroffenen Betriebsinhaber.

Der Wortlaut der Entschädigungsregelung des § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG betrifft jedenfalls die vollständige oder teilweise Untersagung beruflicher Tätigkeiten nach § 31 IfSG[5]. Dies allein wäre aber für den Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG zu kurz gegriffen. Der in § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG verwendete Begriff „Verbote in der Ausübung der bisherigen Erwerbstätigkeit" ist ersichtlich weiter gefasst als die Formulierung des § 31 IfSG, der sich nur auf die Untersagung der Ausübung „bestimmter" beruflicher Tätigkeiten bezieht. Überdies belegt der die Passivlegitimation der Länder regelnde § 66 Satz 1 IfSG, dass entschädigungspflichtig auch ein „Betretungsverbot" und die „Schließung" von Einrichtungen sein kann, in denen berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden. Das ist auch folgerichtig, handelt es sich doch um die deutlich einschneidenderen Maßnahmen für den betroffenen Inhaber. Bei einem Verbot der „beruflichen Tätigkeit" könnte er immer noch einen Vertreter bestellen, der die Tätigkeit in seinen Betriebsräumen ausübt. Bei einer Schließung ist nicht einmal mehr das möglich.

Demnach geht der den Homepages einiger Behörden zu entnehmende Hinweis fehl, dass „Schließungen" nach der betreffenden Landesverordnung keine „Tätigkeitsverbote" darstellten und deshalb kein Antrag

Der Autor ***Joachim Hund-von Hagen*** *ist FA für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie FA für Steuerrecht bei aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten und u. a. Dozent an der Hagen Law School*

Der Autor ***Dr. Joachim Wichert*** *ist FA für Arbeitsrecht bei aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten und u. a. Dozent an der Hagen Law School*



1) Gesamtverband der Versicherungswirtschaft, Stellungnahme v. 2.4.2020, abzurufen unter juris.
2) Dazu etwa Walburg, GE 2020, 423; BeckOGK-BGB/Hörndler, Stand: 1.4.2020, § 578 Rn. 184; Lützenkirchen, MietRB 2020, 111; Sittner, NJW 2020, 1169.
3) BVerwG, 22.3.2012 - 3 C 16/11; Rixen, NJW 2020, 1097, 1099; Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 419.
4) Bay. VGH, 30.3.2020 - 20 CS 20.611; OVG Nordrhein-Westfalen, 6.4.2020 - 13 B 398/20.NE; Die aktuelle Differenzierung nach Größe der Verkaufsfläche (800 m²) erscheint dagegen zweifelhaft: BayVGH, 27.4.2020 - 20 NE 20.793; OVG Nordrhein Westfalen, 29.4.2020 - 13 B 512/20.NE; OVG Saarlouis, 27.4.2020 - 2 B 143/20.
5) Erdle, IfSG, 7. Aufl. 2020, § 56 Rn. 1, § 31 Rn. 1

nach § 56 IfSG möglich sei[6]. Das gilt auch für Hinweise, wonach es maßgeblich sei, ob die Schließung durch einen Einzelbescheid oder durch Rechtsverordnung veranlasst worden ist. Das spielt schon nach dem Wortlaut der Entschädigungsregelung keine Rolle.[7] Deshalb findet etwa auch die Aufforderung, einen Bescheid des Gesundheitsamtes vorzulegen[8], keine Stütze im Gesetz, wenn sie so gemeint sein sollte, dass Entschädigungsregelungen bei Betriebsschließungen aufgrund Rechtsverordnung prinzipiell ausgeschlossen seien.

b) Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern

Bei den durch Rechtsverordnung angeordneten Schließungen geht es nicht um individuell-konkret festgestellte Ausscheider, Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder sonstige Träger von Krankheitserregern. Das könnte zu dem Schluss verleiten, dass die Inhaber der geschlossenen Geschäfte und Betriebe nur als sog. Nichtstörer in Anspruch genommen werden – zumal nach überwiegender Auffassung auf Grundlage des § 28 Abs. 1 IfSG ausnahmsweise auch Nichtstörer in Anspruch genommen werden können[9]. Dann wären sie nach einer hierzu vertretenen Auffassung nicht nach § 56 IfSG entschädigungsberechtigt[10].

Das ist schon im Ausgangspunkt verfehlt. Die Legaldefinitionen für die Begriffe Ansteckungsverdächtiger und Krankheitsverdächtiger (§ 2 Nr. 5 und 7 IfSG) setzen nur voraus, dass das Vorhandensein übertragbarer Krankheiten „vermutet" wird, oder dass „anzunehmen" ist, dass die Krankheitserreger von der betreffenden Person bei Verhängung des Gebots oder Verbots bereits aufgenommen worden sind. Nur bei Ausscheidern (§ 2 Nr. 6. IfSG) und sonstigen Trägern von Krankheitserregern (§ 31 Satz 2 IfSG) dürfte die positive Feststellung erforderlich sein, dass die betreffenden Personen den Krankheitserreger bereits aufgenommen haben, in oder an sich tragen. Die Rechtsprechung hat im vorliegenden Zusammenhang bereits anerkannt, dass bei der Frage, ob es sich um einen Ansteckungsverdächtigen handelt, also *„ein Ansteckungsverdacht i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG i.V.m. § 2 Nr. 7 IfSG besteht, der im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht geltende Grundsatz heranzuziehen ist, dass an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist. Es ist daher sachgerecht, einen am Gefährdungsgrad der jeweiligen Erkrankung orientierten, ‚flexiblen' Maßstab für die hinreichende (einfache) Wahrscheinlichkeit zugrunde zu legen."*[11]

Das bedeutet nicht zwingend, dass wegen Betriebs- und Geschäftinhabern oder deren Mitarbeitern ein konkreter Ansteckungsverdacht besteht. Aber dadurch, dass sich dort typischerweise eine Vielzahl von Menschen ansammelt, wird ein abstrakter Ansteckungsverdacht begründet. Daher war bei Erlass der Rechtsverordnungen von einer abstrakten Ansteckungsgefahr bei den betroffenen Betrieben und Geschäften auszugehen[12]. Anders gewendet: Die Inhaber der Betriebe und Geschäfte erhöhen selbst das Ansteckungsrisiko und können damit durchaus als Verhaltensstörer betrachtet werden[13], so dass sie sich damit als entschädigungsberechtigte „Ansteckungsverdächtige" i.S.d. Entschädigungsregelung des § 56 IfSG qualifizieren. Unabhängig hiervon käme es zu nicht auflösbaren Wertungswidersprüchen, wenn man den von den verordneten Betriebsschließungen unmittelbar Betroffenen eine Entschädigung nun mit der Begründung verweigerte, sie seien doch eigentlich „Nichtstörer", und nur „Störer" qualifizierten sich für eine Entschädigung (s. u. unter II. 3).

c) Anspruchsinhaber: „Selbständige"

Wenn man hier zu einer Anwendung der §§ 56, 66 IfSG kommt, ist ein weiteres Thema zu klären. Denn nach § 56 Abs. 3 IfSG sind neben „Arbeitnehmern" noch „Selbständige" Anspruchsinhaber. Sind Selbständige nur Einzelkaufleute oder auch Geschäftsinhaber, die sich als BGB-Gesellschaft oder Personenhandelsgesellschaft organisiert haben? Wie steht es mit Kapitalgesellschaften, Stichwort: Adidas? Ist die Entschädigungsregelung nach § 56 IfSG auch für solche Träger gedacht? Gegen eine erweiterte Auslegung des Begriffs „Selbständige", die sich auch auf Inhaber von Betrieben und Geschäften erstreckt, die in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft organisiert sind, mag es sicherlich Einwände geben. Für eine rein personenbezogene Betrachtungsweise könnte insbesondere sprechen, dass schon § 49 BSeuchG als Vorgängerregelung des § 56 IfSG eher als Billigkeitsmaßnahme für „Störer" gedacht war, „die vom Schicksal in ähnlicher Weise wie Kranke" betroffen sind, um ihnen Leistungen zu gewähren, wie sie sie als Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung im Krankheitsfall erhalten würden[14].

Gleichwohl ist hier für eine zeitgemäße Auslegung des dem Bundesseuchengesetz nachfolgenden IfSG zu plädieren. So organisieren sich etwa selbständige Freiberufler heute häufiger in GmbH, als dies noch vor 60 Jahren der Fall, geschweige denn rechtlich möglich war. Ihre Tätigkeit unterscheidet sich nicht wesentlich von der Tätigkeit der Berufskollegen, die ihren Beruf nicht mittels GmbH ausüben. In beiden Fällen ist regelmäßig der Betrieb die wirtschaftliche Existenzgrundlage. Gesellschaftergeschäftsführern mit „Arbeitsentgelt" gem. 14 SGB IV stünde jedenfalls eine Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls zu. Unter Gleichbehandlungsgrundsätzen spricht auch einiges dafür, dass entsprechend § 56 Abs. 4 IfSG neben dieser Entschädigung in angemessenem Umfang Ersatz für die bei der GmbH weiterlaufenden Betriebsausgaben geleistet wird, um die wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schützen.[15] Maßgeblich sollte vor allem sein, dass die von den angeordneten Schließungen Betroffenen unmittelbar Sonderopfer für das Gemeinwesen erbringen, die so anderen nicht abgefordert werden. In der Rechtsprechung, die überwiegend die angeordneten Betriebsschließungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in den bereits entschiedenen Eilverfahren vorerst aufrechterhalten hat, ist anerkannt: Es

6) Etwa HP LVR Soziales, Entschädigung bei Quarantäne oder Tätigkeitsverbot, www.lvr.de/de/mav_main/soziales_1/soziale_entschädigung, eingesehen am 9.4.2020; gemeinsame HP IFSG des BMI mit einigen Länderministerien https://ifsg-online.de/index.html, eingesehen am 26.4.2020.

7) So auch Erdle, IFSG, 7. Aufl. 2020, § 56 Rn. 1, für Tätigkeitsverbote, die sich unmittelbar aus einem Gesetz, etwa § 42 IfSG, also aus abstrakt-generellen Regeln ergeben, wie es auch Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG sind.

8) Etwa HP Service Portal Berlin, Entschädigungsregelung nach dem IfSG – Selbständige, https://service.berlin.de/dienstleistung/329424, eingesehen am 9.4.2020.

9) BVerwG, 22.3.2012 - 3 C 16/11; Gerhardt, IfSG, 3. Aufl. 2020, vor § 16 Rn. 19, § 28 Rn. 18; Rixen, NJW 2020, 1097, 1099.

10) So etwa Cornils, Corona entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog, 2020/3/13, https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/, abgerufen am 13.4.2020.

11) VG Freiburg (Breisgau), 25.3.2020 - 4 K 1246/20 - juris, Rn. 17-19.

12) Vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, 6.4.2020 - 13 B 398/20.NE, Rn. 34.

13) So Cornils, Corona entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog, 2020/3/13, https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/, abgerufen am 13.4.2020, im Hinblick auf § 65 IfSG, ohne aber die gebotenen Konsequenzen für § 56 IfSG zu ziehen. Vgl. dazu auch Gerhardt, IfSG, 3. Aufl. 2020, vor § 16 Rn. 16, und in anderem Zusammenhang BVerwG, 29.3.2019 - 9 C 4/18.

14) BT-Drs. 1888 v. 27. Mai 1960, S. 27.

15) So auch Winterhoff, Coronavirus & ÖR, Juris, Aktuelles, https://www.juris.de/portal/nav/juris 2015/aktuelles/magazin/coronavirus-entschaedigungsansprueche.jsp, abgerufen am 1.5.2020, für eine analoge Anwendung des § 56 IfSG auf juristische Personen.

kann im Rahmen unvorhergesehener Entwicklungen aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls geboten sein, nicht hinnehmbare gravierende Regelungslücken für einen Übergangszeitraum insbesondere auf der Grundlage von Generalklauseln zu schließen und auf diese Weise selbst sehr eingriffsintensive Maßnahmen, die an sich einer besonderen Regelung bedürfen, vorübergehend zu ermöglichen[16]. Wenn das für die Maßnahmen gilt, muss es dann aber auch für die Entschädigungen gelten. Alles andere wäre nicht folgerichtig.

d) Ergebnis

Für eine Anwendung des § 56 IfSG auf die von den Betriebsschließungen betroffenen Betriebs- und Geschäftsinhaber sprechen gute Gründe. Das gilt unabhängig davon, ob der Inhaber eine Einzelperson ist, eine Personen- oder Kapitalgesellschaft[17].

2. Entschädigung wegen Maßnahmen zur „Verhütung" übertragbarer Krankheiten (§ 65 IfSG)

§ 65 Abs. 1 IfSG lautet:

„Soweit auf Grund einer Maßnahme nach den §§ 16 und 17 Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert werden oder ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird, ist eine Entschädigung in Geld zu leisten; eine Entschädigung erhält jedoch nicht derjenige, dessen Gegenstände mit Krankheitserregern oder mit Gesundheitsschädlingen als vermutlichen Überträgern solcher Krankheitserreger behaftet oder dessen verdächtig sind. § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist entsprechend anzuwenden."

Diese Regelung ist aus Sicht der Geschädigten insofern interessanter, als dort, anders als in § 56 IfSG, keine Kappung der Entschädigung für Verdienstausfall nach sechs Wochen vorgesehen ist.

Gegen eine Anwendung des § 65 Abs. 1 IfSG bei den hiesigen Betriebsschließungen werden im Wesentlichen zwei Einwände angeführt:

a) Keine „Verhütung", sondern „Bekämpfung" der Covid-19-Pandemie

Es handele sich von vornherein um die falsche Anspruchsgrundlage, denn die Betriebsschließungen erfolgten nicht zur „Verhütung" übertragbarer Krankheiten, sondern – weil Corona schon ausgebrochen war – zu deren „Bekämpfung".[18] Maßgeblich seien deshalb die Entschädigungsregelungen in §§ 56, 66 IfSG, nicht aber § 65 IfSG[19]. Für dieses Argument spricht auch, dass die Rechtsverordnungen vor allem auf § 32 Satz 1 IfSG gestützt sind, der wiederum nur auf die §§ 28 bis 31 IfSG verweist (s. o. II. 1 a).

Dieser Einwand ist indes nicht zwingend, denn Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten gemäß §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG beziehen sich in erster Linie auf Kranke, Krankheitsverdächtige, Ausscheider und Ansteckungsverdächtige, nur ausnahmsweise aber gegen Dritte als Nichtstörer[20]. Dagegen betrifft § 16 Abs. 1 IfSG auch Maßnahmen gegenüber Dritten, die weder krank noch krankheits- oder ansteckungsverdächtig sind. Folgt man dem, hätten die allgemeinen Betriebsschließungen nur auf §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 4 IfSG gestützt werden können, und der Weg zur Entschädigung gem. § 65 IfSG wäre vorgezeichnet[21].

Unabhängig hiervon sind die Grenzen zwischen Maßnahmen der „Verhütung" und Maßnahmen der „Bekämpfung" übertragbarer Krankheiten bei allgemeinen Betriebsschließungen fließend. Denn bei diesen ist gerade nicht entscheidend, ob in dem einzelnen Betrieb die Infektion tatsächlich schon ausgebrochen ist oder ob ein entsprechend konkreter Verdacht besteht. Die angeordneten Betriebsschließungen können daher auch so verstanden werden, dass sie eine weitere Ausbreitung der Covid-19-Pandemie verhüten sollten. Auch deshalb sind sie gerade nicht per Einzelbescheid individuell, sondern per Rechtsverordnung generell angeordnet worden.

Sind die Grenzen zwischen „Verhütung" und „Bekämpfung" hier aber fließend, hätten die Bundesländer es in der Hand, diejenige Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen, die eine Entschädigung (eher) ausschließt. Nach dem Motto „Ein Schelm, wer Böses dabei denkt!" könnte man bei rein fiskalischer Betrachtungsweise unterstellen, dass die Betriebsschließungen deshalb auf §§ 32 Satz 1, 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden sollten, um die weitgehenden Entschädigungsansprüche des § 65 IfSG auszuschließen. Angesichts der enormen Schäden, die dadurch unmittelbar zu Lasten der Inhaber solcher geschlossenen Betriebe verursacht wurden, wäre eine solche Handhabung allerdings kaum zu rechtfertigen.

b) Ausgleich nur für „punktuelle" Schadenslagen

Der zweite Einwand setzt an der Funktion der Entschädigungsregelung des § 65 IfSG an. Diese ziele auf den Ausgleich überschaubarer, eher „punktueller" Schadenslagen und sei kein Instrument gesamtgesellschaftlicher Schadensversicherung oder Sozialleistung. Anderenfalls könnte ein hemmender Effekt auf die Bereitschaft der Behörden zu Schutzeingriffen eintreten, für deren Folgen ihr Träger ja zahlen müsste[22]. Diese Argumentation für eine beschränkende Auslegung findet keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes. Vor allem passt sie aber auch nicht zum Willen des Gesetzgebers, als er im Jahre 1971 die Entschädigungsregelung in § 57 Bundesseuchengesetz erweiterte, der Vorgängerregelung des § 65 IfSG. Denn durch die Erweiterung auf wesentliche Vermögensnachteile sollten gerade lückenlos alle wesentlichen Schäden des Nichtstörers erfasst werden[23]. Zudem sind hemmende Effekte bei der Anwendung von Schutzmaßnahmen nicht von vornherein abzulehnen. Im Gegenteil, die Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebietet natürlich gerade beim Nichtstörer die Berücksichtigung nicht nur „punktueller" Schadenslagen, sondern erst recht auch die Berücksichtigung wesentlicher Vermögensschäden.

c) Ergebnis

Auch eine Anwendung des § 65 IfSG auf die von den Betriebsschließungen betroffenen Betriebs- und Geschäftsinhaber kommt in Betracht. Auch das gilt unabhängig davon, ob der Inhaber eine Einzelperson ist, eine Personen- oder Kapitalgesellschaft.

16) OVG Münster, 6.4.2020 - 13 B 398/20.NE, Rn. 40.
17) So auch Härting, LTO, 6.4.2020; vgl. Budras, FAZ, 8.4.2020, S. 18.
18) Zur Abgrenzung zwischen Verhütung und Bekämpfung: BVerwG, 16.12.1971 - I C 60/67; OVG Lüneburg, 3.2.2011 - 13 LC 198/08.
19) Cornils, Verfassungsblog: Corona entschädigungsrechtlich betrachtet, abgerufen am 13.4.2020.
20) S. o. Fn. 9.
21) So Falter, DWF-Presseportal, 30.3.2020; anders Kluth, LTO, 16.4.2020, mit der etwas überraschenden Begründung, Umsatzeinbußen seien nicht entschädigungsfähig.
22) So dezidiert Cornils, Corona entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog, 2020/3/13, https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/, abgerufen am 13.4.2020; dem folgend Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 420.
23) BT-Drs. VI/1568, S. 10.

INGO WAGNER GmbH
45 Jahre Bauausführungen
Malerarbeiten
Gerüstbau (mit Subunternehmer)
Vollwärmeschutz
Dacharbeiten, Dachbodendämmung
Fliesenarbeiten
Maurer- und Putzarbeiten
Verlängerte Koloniestraße 7, 13409 Berlin
Tel. 030 - 30 69 38 - 0
Fax 030 - 30 69 38 88
eMail: info@ingo-wagner.de

3. Verfassungskonforme Auslegung

Lehnt man wegen der generellen Betriebsschließungen eine Entschädigung der Inhaber sowohl nach § 56 IfSG als auch nach § 65 IfSG ab, so ergäbe sich folgende Situation: Werden Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern, also Störer im engeren Sinne, zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Anspruch genommen, steht ihnen ein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG zu (= Gruppe 1). Werden Dritte, also Nichtstörer, zur Verhütung übertragbarer Krankheiten in Anspruch genommen, steht ihnen ein Entschädigungsanspruch nach § 65 IfSG zu (= Gruppe 2). Werden dagegen Nichtstörer nicht zur „Verhütung", sondern zur „Bekämpfung" übertragbarer Krankheiten in Anspruch genommen, stünde niemand für deren Schaden ein (= Gruppe 3).

Dies wäre ein eklatanter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Gruppe 3 wäre im Verhältnis zu den Gruppen 1 und 2 ohne sachlichen Grund erheblich benachteiligt[24]. Diesen Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zum Bundesseuchengesetzt wie folgt formuliert:

„Als Maßstab für die verfassungsgerichtliche Prüfung, ob die Verschiedenbehandlung mit dem Grundgesetz vereinbar ist, kommt in erster Linie Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht. Dieses Grundrecht ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten ungleich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, dass ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, hat regelmäßig der Gesetzgeber zu entscheiden; sein Spielraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist[25]."

Das bedeutet, dass eine Anordnung zur Schließung unter Ausschluss jeglicher Entschädigungsansprüche in der Covid-19-Pandemie gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und verfassungswidrig ist. Das muss indes nicht zur Verfassungswidrigkeit der betreffenden Betriebsschließungen oder gar der §§ 56, 65 IfSG führen. Vielmehr ist vorrangig die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung der §§ 56, 65 in Betracht zu ziehen. Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung gebietet es, bei mehreren Möglichkeiten der Normauslegung diejenige maßgeblich sein zu lassen, bei der die Regelung mit der Verfassung konform geht[26]. Das bedeutet, dass der betroffenen Gruppe ein entsprechender Anspruch nicht nur zuerkannt werden kann, sondern auch zuerkannt werden muss. Ob dies eher auf der Grundlage des § 56 IfSG oder des § 65 IfSG geschieht, wäre gesondert zu entscheiden.

Richtig ist allerdings, dass die verfassungskonforme Auslegung dort auf eine Grenze trifft, wo sie mit dem Wortlaut der Norm und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes in Widerspruch träte. Im Wege der verfassungskonformen Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Vorschrift nicht grundlegend neu bestimmt und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden[27].

Hier stehen aber weder der Wortlaut des § 56 IfSG noch der des § 65 IfSG einer solchen verfassungskonformen Auslegung entgegen. Auch ein etwaig entgegenstehender Wille des historischen Gesetzgebers ist nach den Gesetzesmaterialien nicht zu verzeichnen. Tatsächlich dürfte der historische Gesetzgeber bei dem Bundesseuchengesetz wie bei dem IfSG Maßnahmen, wie sie angesichts von Covid-19 getroffen worden sind, nicht im Blick gehabt haben. Jedenfalls ist den Gesetzesmaterialien keine Erklärung zu entnehmen, wonach Nichtstörer, die zur „Bekämpfung" einer Pandemie in Anspruch genommen werden, leer ausgehen sollen – anders als Nichtstörer, die zur „Verhütung" einer Pandemie in Anspruch genommen werden, und Störer. Im Gegenteil, die Gesetzesbegründung stellt ausdrücklich klar, dass die im IfSG getroffenen Entschädigungsregelungen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch „ersetzen"[28].

„Ersatz" kann im systematischen Zusammenhang und nach dem verfassungsrechtlich anerkannten Folgerichtigkeitsgebot[29] nur bedeuten, dass allen drei der betroffenen Gruppen Entschädigungen zuzubilligen sind.

III. Entschädigung aufgrund enteignenden (enteignungsgleichen) Eingriffs

Verneint man Entschädigungsansprüche nach dem IfSG, und lehnt man auch eine darauf gerichtete verfassungskonforme Auslegung ab, kommt als Anspruchsgrundlage immer noch das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs in Betracht. Dieses Rechtsinstitut wurde von der Rechtsprechung entwickelt und überwiegend auf den allgemeinen Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 Einl. ALR gestützt[30]. Ein enteignender Eingriff liegt vor, wenn eine rechtmäßige hoheitliche Maßnahme auf eine Rechtsposition des Eigentümers einwirkt und im konkreten Fall bei einzelnen Betroffenen zu Nebenfolgen und Nachteilen führt, die die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten[31]. Dies gilt übrigens auch und erst recht, wenn sich die eingreifende hoheitliche Maßnahme (hier: Betriebsschließungen) später als rechtswidrig erweist; dann lässt sich eine Entschädigung auf das verwandte Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs stützen.

Wie bereits oben (II. 3) angemerkt, besagt die Gesetzesbegründung, dass die im IfSG getroffenen Entschädigungsregelungen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch „ersetzen[32]". Das spricht allerdings nur auf den ersten Blick gegen Ansprüche aus enteignendem Eingriff. Die Begründung führt hier nur bedingt zur Gegenstandslosigkeit geltenden Richterrechts. Die in einer Gesetzesbegründung

24) Dies sieht offenkundig auch Cornils, Corona entschädigungsrechtlich betrachtet, VerfBlog, 2020/3/13, https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/, abgerufen am 13.4.2020, wenn er formuliert: Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass die Entschädigungslogik des Gesetzes in sich Brüche aufweist und auch rechtlichen Kohärenzbedenken (Gleichheitssatz?) unterliegen könnte, das müsste man sich noch einmal genauer anschauen.
25) BVerfG, 29.4.1981 - 1 BvL 11/78, Rn. 32 f.
26) BVerfG, 27.3.2012 - 2 BvR 2258/09 - BVerfGE 130, 372; BFH, 10.4.2013 - I R 80/12, Rn. 51.
27) BVerfG, 27.3.2012 - 2 BvR 2258/09 - BVerfGE 130, 372; BFH, 10.4.2013 - I R 80/12, Rn. 51.
28) BT-Drs. 14/2530, S. 87 f.
29) BFH, 15.4.2010 - IV B 105/09.
30) BGH, 10.12.1987 - III ZR 220/86; vgl. auch Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Oktober 2019, Art. 34 Rn. 55; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 326.
31) BGH, 10.12.1987 - III ZR 220/86; Staudinger/Wöstmann, 2013, § 839 Rn. 465.
32) BT-Drs. 14/2530, S. 87 f.

engelhardt & SOHN MALERMEISTER
Wohnungen
Treppenhäuser
Fassaden
Klaus-Peter Engelhardt
Seeburger Straße 15, 13581 Berlin (Spd.)
Telefon 332 55 96

getroffene bewusste Entscheidung des Gesetzgebers entfaltet zwar durchaus Bindungswirkung. Eine bewusste Entscheidung zu den aktuellen Rechtsfragen ist der damaligen Gesetzesbegründung allerdings nicht zu entnehmen.

Zum einen stellt sich schon die Frage, ob der historische Gesetzgeber Maßnahmen, wie sie angesichts Covid-19 getroffen worden sind, im Blick hatte. Davon dürfte eher nicht auszugehen sein. Aber selbst dann, wenn der Gesetzgeber ein solches Szenario schon damals im Blick gehabt hätte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er eine restriktive Auslegung der §§ 56, 65 IfSG unter gleichzeitiger Abschaffung des Richterrechts tatsächlich favorisierte. Grundrechtsadressaten dürfen und müssen mangels gegenteiliger Verlautbarungen des Gesetzgebers auf dessen Verfassungstreue vertrauen. Deshalb sind unklare Formulierungen zum Ersatz von Richterrecht in Gesetzesbegründungen stets restriktiv auszulegen, wenn sie zur Verfassungswidrigkeit der neuen gesetzlichen Regelungen führen würden.[33]

Damit muss im Falle der restriktiveren Auslegung der §§ 56, 65 IfSG der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers jedenfalls so verstanden werden, dass der Aufopferungsanspruch nur in dem durch restriktivere Auslegung reduzierten Bereich der §§ 56, 65 IfSG „ersetzt" worden sein kann, nicht aber für Sonderopfer untergesetzlicher Normen wie den Rechtsverordnungen, mit denen die Schließungen angeordnet wurden, oder bei Nichtstörern, die zur „Bekämpfung" der Pandemie in Anspruch genommen wurden.

Voraussetzung für einen Anspruch aus enteignendem Eingriff ist zunächst, dass unmittelbar in das Eigentum der Betroffenen eingegriffen worden ist[34]. Diese Voraussetzung liegt offenkundig vor. Die Betriebs- und Geschäftsinhaber können sich auf ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berufen, das auf Art. 12 und 14 GG basiert[35]. Durch die erzwungenen Betriebsschließungen sind sie in ihrem Recht auch unmittelbar betroffen.

Der unmittelbare Eingriff muss durch eine hoheitliche Maßnahme herbeigeführt worden sein. Auch diese Voraussetzung ist erkennbar erfüllt. Die Schließungen beruhen ausschließlich auf den betreffenden Rechtsverordnungen der Länder. Die Rechtsprechung tendiert allerdings dazu, hoheitliche Maßnahmen auf Verwaltungsakte oder hoheitliche Realakte zu beschränken[36]. Bislang hat der BGH jedoch, soweit ersichtlich, noch nicht ausdrücklich entschieden, dass der enteignende Eingriff ausschließlich ein Verwaltungsakt oder ein hoheitlicher Realakt sein muss. Vielmehr dürfte eher davon auszugehen sein, dass sich die Zurückhaltung des BGH gegenüber Entschädigungen bei auf „Gesetz" gestütztem enteignenden Eingriff vor allem in dem Respekt vor Parlamentsgesetzen gründet. Bei Betriebsschließungen aufgrund Rechtsverordnung wäre eine derartige Zurückhaltung hingegen sachlich unbegründet. Das belegt auch die BGH-Rechtsprechung zum enteignungsgleichen Eingriff durch Rechtsverordnung.[37]

Schließlich muss der Eingriff zu einem Sonderopfer bei den Betroffenen geführt haben. In der Regel geht es um atypische und unvorhergesehene Nachteile, die ein Sonderopfer bedeuten. Dies ist für den Anspruch aus enteignendem Eingriff aber nicht Voraussetzung, so dass auch Nachteile erfasst werden, die in der hoheitlichen Maßnahme angelegt sind[38]. So liegt es hier. Ein Sonderopfer ist bei einem staatlichen Eingriff gegeben, *„der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft"*[39]. Ungleich ist der Eingriff, weil Betriebs- und Geschäftsinhabern anderer Branchen der Betrieb nicht geschlossen wurde. Besonders hart sind die Adressaten der Schließungsverordnungen getroffen, weil sie konjunkturunabhängig regelmäßig zu massiven Umsatzverlusten bis zu einem Totalumsatzverlust führen.[40]

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass auch eine Entschädigung für Nichtstörer nach Landespolizeirecht in Betracht kommt.[41] Das sind etwa in Berlin §§ 59, 60 ASOG und in Hessen §§ 64, 65 HSOG.

IV. Auswirkungen auf die betroffenen Gewerbemietverhältnisse

An dieser Stelle soll nicht diskutiert werden, ob Mieter aufgrund von Betriebsschließungen Rechte gegen den Vermieter geltend machen können. Ebenso wenig geht es darum, ob das Bundesgesetz zur Abmilderung der Folgen im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht die Auswirkungen der Corona-Pandemie etwaige Mieterrechte ausschließt. Dennoch könnte die Entschädigungspflicht des Staates als zusätzliches Argument zugunsten der Vermieter herangezogen werden.

Denn wenn die betroffenen Mieter wegen der Betriebs- oder Geschäftsschließung Anspruch auf eine Entschädigung nach dem IfSG oder aufgrund enteignenden Eingriffs haben, dürfte das jegliche Ansprüche des Mieters oder eine Anpassung des Mietverhältnisses aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausschließen. Das Risiko solcher Betriebsschließungen ist dann von vornherein nicht mehr Gegenstand des Mietverhältnisses, sondern der Allgemeinheit zugewiesen.

V. Fazit

Die rechtliche Notwendigkeit der Betriebsschließungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie soll hier nicht in Zweifel gezogen werden. Zweifelhaft ist aber, dass die Inhaber der Betriebe und Geschäfte die entstandenen Verluste zu tragen haben. Das IfSG sieht hier Entschädigungen vor, deren Anwendung mehr als angemessen und juristisch auch begründbar ist. Es kommen sowohl die §§ 56, 66 IfSG als auch § 65 IfSG in Betracht. Notfalls kann auch auf das Rechtsinstitut des enteignenden sowie enteignungsgleichen Eingriffs oder Entschädigungsregelungen nach dem Polizeirecht der Bundesländer ausgewichen werden.

Ob solche Ansprüche später auch von den Gerichten anerkannt werden, ist offen. Es gibt dazu noch keine aktuellen Urteile und auch keine früheren Präzedenzfälle. Um alle Optionen zu wahren, sollten Entschädigungsansprüche innerhalb der dreimonatigen Frist des § 56 Abs. 11 IfSG nach Tätigkeitseinstellung beantragt werden.

33) Ähnlich Wit, Anm. zu BFH, 15.4.2010 - IV B 105/09, zur Bindungswirkung von Gesetzesbegründungen, DStR 2010, 1070, 1072.
34) Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 343.
35) Zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als eigentumsrechtlich geschützte Position: Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Oktober 2019, Art. 14 Rn. 796.
36) BGH, 10.2.2005 - III ZR 330/04; vgl. auch BeckOK-GG/Axer, Stand: 1.12.2019, Art. 14 Rn. 139.
37) BGH, 11.3.1993 - III ZR 110/92; BGH, 10.7.1980 - III ZR 160/78.
38) BGH, 14.3.2013 - III ZR 253/12; Sachs/Wendt, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 GG Rn. 180a.
39) So BGH, 10.6.1952 - GSZ 2/52; vgl. auch Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Oktober 2019, Art. 14 Rn. 105; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 344.
40) Anders Kluth, LTO, 16.4.2020.
41) So im Ergebnis auch Winterhoff Coronavirus & ÖR, Juris, Aktuelles, www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/aktuelles/magazin/coronavirus-entschaedigungsansprueche.jsp, abgerufen am 1.5.2020.