

von der Klägerin angeschnittenen Unterscheidung in Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung ... ergibt sich insoweit nichts Anderes. § 56 Abs. 1 IfSG wiederum spricht (nur) von den „Ausscheidern, Ansteckungsverdächtigen, Krankheitsverdächtigen oder sonstigen Trägern von Krankheitserregern“. Das trifft auf die Klägerin (glücklicherweise) nicht zu. Die Klägerin ist gesund. Sie kann entgegen der Antragschrift ... auch nicht als „ansteckungsverdächtig“ eingestuft werden. Als ansteckungsverdächtig qualifiziert § 2 Nr. 7 IfSG die Personen, von denen anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen haben, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. Nach der Rechtsprechung (BVerwG, NJW 2012, 2823) verlangt der Ansteckungsverdacht die Annahme, dass die Aufnahme von Krankheitserregern wahrscheinlicher ist als das Gegenteil. Selbst wenn man nun zu den bekannten Fallzahlen in Deutschland und speziell Baden-Württemberg gedanklich eine hohe Dunkelziffer zusetzt, so sind die aktuellen Verhältnisse (glücklicherweise) weit weg von einer überwiegenden Infektionswahrscheinlichkeit. Aus eben diesem Grund kann entgegen der Antragschrift auch nicht davon ausgegangen werden, die Klägerin könne als „sonstige Trägerin von Krankheitserregern“ ... eingestuft werden. Ob die Coronaverordnung dabei auf § 31 IfSG oder § 28 IfSG ... zurückzuführen ist, spielt für die Kammer keine entscheidende Rolle, wenn es – wie hier – um die Voraussetzungen der Entschädigung nach § 56 IfSG geht. Für eine analoge Anwendung des § 56 IfSG dürfte das zwingende Erfordernis nach Schließung der Lücke durch Rechtsfortbildung fehlen. Dies deshalb, da durch die Soforthilfemaßnahmen für Selbständige auf Bundes- und Landesebene umfangreiche

„Rettungspakete“ auf den Weg gebracht worden sind, die die wirtschaftlichen Lasten der Unternehmen und Unternehmer abfedern.

§ 55 PoiG BW dürfte deshalb nicht einschlägig sein, weil für die Fälle pandemiebedingter Beeinträchtigungen das IfSG abschließend konzipiert ist und als spezielleres Recht den Rückgriff auf die allgemeinen polizeirechtlichen Entschädigungsregeln sperrt. Zudem verlangt § 55 PoiG tatbestandlich eine (individuelle) „Maßnahme“. Die allgemeine Betriebschließung auf der Grundlage der Coronaverordnung ist für die Kammer darunter nicht ohne weiteres zu ziehen.

Der Rückgriff auf die Grundsätze des enteignenden und/oder des enteignungsgleichen Eingriffs und/oder den Aufopferungsgedanken dürfte schließlich daran scheitern, dass Schutzgut dieser Rechtsfigur die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ist (ua. BGH, Urteil vom 15.8.2019 – 111 ZR 18/19 Rd. 64 juris). Um die Beeinträchtigung des Eigentums geht es vorliegend bei Lichte betrachtet aber nicht. Die Klägerin reklamiert im Kern entgangene Erwerbs- und Betriebsaussichten in ihrem Handwerk. Das stellt gerade noch keine verfestigte Eigentumsposition dar. Insbesondere wird über dieses Rechtsinstitut kein Schutz dahingehend gewährt, dass sich – wie im Streitfall – die allgemeinen Verhältnisse, unter denen der Gewerbebetrieb tätig ist, zu dessen Nachteil verändern (Geigel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl., Kap. 21 Rd. 31b). Im Übrigen beinhalten die § 56 Abs. 4, Abs. 12 IfSG spezialgesetzliche Ausprägungen der besagten richterrechtlich entwickelten Grundsätze zum enteignungsgleichen Eingriff. Ein Rückgriff auf die von der Klägerin bemühten verfassungsrechtlichen Entschädigungsgrundsätze dürfte deshalb ohnehin nicht in Betracht kommen (ähnlich MüKo-BGB, 8. Aufl., vor § 903 BGB Rd. 113).

BB-Kommentar

Die Frist von drei bzw. zwölf Monaten ab Tätigkeitseinstellung nach § 56 Abs. 11 IfSG ist als sicherster Weg zur Wahrung aller Optionen auf Entschädigung zu beachten

PROBLEM

Bei der Entscheidung handelt es sich um die – soweit ersichtlich – erste gerichtliche Entscheidung zu der Frage, ob die in allen Bundesländern zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie angeordneten allgemeinen Betriebsschließungen großer Teile des Einzelhandels und einer Vielzahl von anderen Branchen Entschädigungsansprüche begründen – und das auch noch im Eilrechtsschutz.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Kammer hat Eilrechtsschutz vorrangig mangels Verfügungsgrundes abgelehnt und dabei klargestellt, dass auch die Vorschusspflicht des Landes für Entschädigungen, die gem. § 56 Abs. 12 IfSG nicht als Ermessens-, sondern als Mussvorschrift ausgestaltet ist, den erforderlichen Verfügungsgrund nicht zu ersetzen oder fingieren vermag. Eine die Dringlichkeit begründende Notlage bestand aus Sicht der Kammer vor allem wegen der bereits gewährten Soforthilfe von 9000 Euro nicht. Dafür sprach sicherlich, dass die Soforthilfe hier sogar zu einem Überschuss geführt hatte, wenn man die Weiterbezahlung der vier 450 Euro Mitarbeiter aus den Personalkosten von monatlich 7300 Euro herausrechnet. Ganz nach-

vollziehbar ist diese Berechnung allerdings nicht. § 56 Abs. 5 IfSG schreibt immerhin die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber als Arbeitnehmerentschädigung nach § 56 Abs. 1, 3 S. 1 IfSG vor, wenn ein Tätigkeitsverbot besteht und der Arbeitgeber hierfür eine Erstattung vom Land begehren will. Deshalb kann eine eher pointenhafte Argumentation über „noble Motive“, für die man sich beim Land nicht „schadlos halten“ solle, nicht ohne weiteres überzeugen. Gleichwohl erscheint ein Verfügungsgrund in dieser Konstellation in der Tat fraglich. Dafür wären jedenfalls Darlegungen nicht nur zu den Betriebsausgaben erforderlich gewesen, sondern auch zur Höhe des Verdienstaufschlags und des akuten Bedarfs für den Lebensunterhalt der Klägerin im Sinne einer dringend abhilfebedürftigen existenziellen Notlage.

Etwas weniger dezidiert, nämlich nur „prima facie“, hat die Kammer den geltend gemachten Verfügungsanspruch mit einigen Hilferwägungen abgelehnt. Angesichts der überwiegend erst Mitte März angeordneten allgemeinen Betriebsschließungen ist die Fachdiskussion zu möglichen Anspruchsgrundlagen für Entschädigungen gerade erst ins Rollen gekommen – und es werden durchaus unterschiedliche Ansichten vertreten:

So wird entgegen der hier besprochenen Entscheidung in der aktuellen Verwaltungsrechtsprechung bspw. „Ansteckungsverdacht“ zum Zwecke der Rechtsfertigung der allgemeinen Betriebsschließungen bejaht, weil „an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist“ (VG Freiburg i. Breisgau, 25.3.2010 – 4 K 1246/20, Rn. 18, COVuR 2020, 156). Von daher ist es durchaus denkbar, dass

Gerichte am Ende des Tages zu der Auffassung gelangen, dass § 56 IfSG nicht nur analog, sondern doch unmittelbar anwendbar ist. Bei derart einschneidenden Maßnahmen wie Betriebsschließungen können jedenfalls keine unterschiedlichen Maßstäbe für die Auslegung ein und desselben Tatbestandsmerkmals „Ansteckungsgefahr“ gelten, wenn es dann später um die gesetzlich vorgeschriebene Entschädigung geht (vgl. *Hund-von Hagen/Wichert*, Das Grundeigentum, 2020, S. 593f.).

Auch die Gründe für die Ablehnungen einer analogen Anwendung des § 56 IfSG müssen bei näherer Hinsicht nicht überzeugen. Richtig ist zwar, dass die Soforthilfemaßnahmen für Selbständige auf Bundes- und Landesebene in einigen Fällen wirtschaftliche Lücken schließen werden. Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob dadurch eine gesetzliche Regelungslücke geschlossen wurde. Nach den einschlägigen Regelungen sind die in Frage stehenden Soforthilfemaßnahmen jedenfalls nicht als Verdienstausfallentschädigung gedacht; vielmehr sind sie nur bei Liquiditätseingipfen u.a. für Betriebsausgaben zu beanspruchen (BMWi und BMF v. 23.3.2020, Eckpunkte Corona-Soforthilfe für Kleinunternehmen und Soloselbständige, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-corona-soforthilfe.pdf?__blob=publicationFile [Abruf: 3.6.2020]). Die Entscheidung befasst sich in diesem Zusammenhang allerdings nicht mit der gesetzlichen Garantie auf Entschädigung von Verdienstausfall nach § 56 Abs. 2 u. 3 S. 4 IfSG, sondern ausschließlich mit der Entschädigung für Betriebsausgaben nach Abs. 4 S. 2 dieser Vorschrift. Unabhängig hiervon sind die Soforthilfen auf Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz anzurechnen (vgl. bspw. Richtlinie des Landes Hessen zum Soforthilfeprogramm v. 23.3.2020 Ziff. 2.7, https://wirtschaft.hessen.de/sites/default/files/media/hmwvl/richtlinie_soforthilfe_corona_in_hessen_0.pdf, Abruf: 23.3.2020). Von der Schließung einer Regelungslücke durch die in Frage stehenden Soforthilfeprogramme kann also nicht die Rede sein. Im Gegenteil, die Programme setzen Entschädigungszahlungen für die Betriebsschließungen nach dem IfSG weiterhin voraus.

Entgegen der Auffassung des LG Heilbronn erfordert eine Entschädigung für Nichtstörer nach § 55 PolG BW nicht zwingend eine „individuelle“ Maßnahme. § 55 PolG BW erfasst ausdrücklich Maßnahmen nach § 9 PolG BW und diese Vorschrift ermächtigt eben auch zu „generellen“ Maßnahmen (VGH Mannheim, 25.10.2012 – 1 S 1401/11, Rn. 10f., 92, BeckRS 59495). Nach den Gesetzesmaterialien kann im Übrigen nicht davon ausgegangen werden, dass die Regelungen des IfSG in diesem Punkt abschließend sein sollten (vgl. *Hund-von Hagen/Wichert*, Das Grundeigentum, 2020, S. 593, S. 596f. m.w.N.). Damit kommen weiterhin auch die in den unterschiedlichen Polizeigesetzen der Länder geregelten Entschädigungsansprüche für Nichtstörer als Anspruchsgrundlage für die von den Betriebsschließungen geschädigten Geschäftsinhabern in Betracht (vgl. *Hund-von Hagen/Wichert*, Das Grundeigentum, 2020, S. 593, S. 597 m.w.N.).

Mit den Voraussetzungen der richterrechtlich anerkannten Rechtsinstitute des enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs in den „ein-

gerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ befassen sich die Entscheidungsgründe nicht näher. Der dort erwähnten Fundstelle (BGH, 15.8.2019 – III ZR 18/19, Rn. 64, NVwZ 2020, 90) liegt der Fall einer beamtenrechtlich begründeten Amtshaftungsklage zugrunde. Demgegenüber ist in ständiger BGH-Rechtsprechung anerkannt, dass die gesamte Erscheinungsform des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs geschützt ist einschließlich der besonderen Lage, des sog. „Kontakts nach außen“, und dementsprechend auch Entschädigungsansprüche nach den Rechtsinstituten des enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs begründet sein können (BGH, 10.11.1977 – III ZR 157/75, NJW 1978, 373; *Geigel*, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020, Kap. 21, Rn. 31a). Vorliegend ging es überdies nicht bloß um Straßenbauarbeiten. Die nach den Landesverordnungen verfügten Betriebsschließungen und Betretungsverbote stellen die ersichtlich schärfste Form eines Eingriffs in das Recht auf „Kontakt nach außen“ der betroffenen Betriebe dar (BGH, 10.11.1977 – III ZR 157/75, NJW 1978, 373, insbes. auch zur Verletzung des Rechts auf „Kontakt nach außen“ eines Friseursalons (nur) durch Straßenbauarbeiten). Eine Entschädigung auf der Grundlage der Rechtsinstitute des enteignenden und enteignungsgleichen Eingriffs dürften vor allem dann zu erwägen sein, wenn man Entschädigungsansprüche weder nach dem IfSG selbst noch unter Beachtung des Gebots der verfassungskonformen Auslegung oder aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen – wie bspw. nach dem § 55 PolG BW – für einschlägig hielte (so auch und zu den weiteren Voraussetzungen *Hund-von Hagen/Wichert*, Das Grundeigentum, 2020, S. 593 ff., *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 ff.; *Schmidt/Winter/Thürk*, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 17 Entschädigungsansprüche, Rn. 69; a.A. *Reschke*, DÖV 2020, 423, 429; *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465).

PRAXISFOLGEN

Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG für Einbußen aufgrund der durch die Landesverordnungen zur Bekämpfung der Covid-19 Epidemie verordneten Betriebsschließungen sind trotz der Entscheidung des LG Heilbronn weiterhin in Betracht zu ziehen. Anderenfalls sind auch Entschädigungsansprüche nach anderen Anspruchsgrundlagen vertretbar. Gleichwohl sollte die Frist von drei Monaten (§ 56 Abs. 11 IfSG i.d.F. bis zum 22.5.2020) bzw. zwölf Monaten (§ 56 Abs. 11 IfSG n.F.) ab Tätigkeits-einstellung als sicherster Weg zur Wahrung aller Optionen auf Entschädigung beachtet werden.

Joachim Hund-von Hagen, D.E.A. (Paris II), ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Fachanwalt für Steuerrecht bei aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt am Main/Berlin. Außerdem ist er national und international als Wirtschaftsmediator (Commercial Mediator, Academy of Experts, London) tätig.

