

**ÖffR** Fallbearbeitung

 Malte Gutt<sup>‡</sup> und Jonas Backhaus\*

# Die Gastronomie in der Pandemie – geschlossene Gesellschaft

In der hier besprochenen Hausarbeit werden aktuelle Probleme aus dem Staatshaftungsrecht im Zusammenhang mit der Beschränkung gewerblicher Tätigkeiten aufgrund der Corona-Pandemie vorgestellt. Zugleich gibt der Beitrag eine Einführung in die jüngste BGH-Rechtsprechung zu dieser Thematik. Die abgedruckte Originalhausarbeit wurde mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen. Die Korrekturanmerkungen bieten Studierenden die Möglichkeit den Erwartungshorizont und die Beurteilungskriterien besser einschätzen zu können.

Der BGH hat am 17.3.2022 in einem sehr ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass staatshaftungsrechtliche Ansprüche aufgrund erlittener Verluste durch die angeordnete Schließung von Gewerbe nicht in Betracht kommen (BGH, 17.03.2022 - III ZR 79/21). Der Kläger, ein Gastronom und Hotelier aus Brandenburg, verlangte von dem beklagten Land Entschädigung bzw. Schadensersatz für Einnahmeausfälle, die ihm durch die staatlich angeordnete Schließung seines Hotels im Frühjahr 2020 zur Bekämpfung der Covid19-Pandemie entstanden waren. Mittels einer Verordnung hatte das Land Brandenburg angeordnet Gaststätten und Hotels für den Publikumsverkehr zu schließen. Ein entscheidender Unterschied zwischen dem Fall vor dem BGH und dem fiktiven Sachverhalt der Hausarbeit lag darin, dass es für Gewerbetreibende flächendeckende Soforthilfen gab, so auch für den Kläger. Dies wurde im Sachverhalt zur Vereinfachung bewusst außen vorgelassen. Zudem erlitt die K im vorliegenden Sachverhalt nicht nur Einnahmeverluste, sondern verlor einen ungewöhnlich wertvollen Lagerbestand an verderblicher Frischware. Dies führte dazu, dass es beispielsweise vertretbar war ein Sonderopfer innerhalb der Prüfung des enteignenden Eingriffs anzunehmen.

Ansonsten liest sich die Entscheidung des BGH beinahe wie die Lösung dieses Sachverhaltes. In Bezug auf die hier besprochene Hausarbeit ist unter anderem hervorzuheben, dass der BGH für eine entsprechende Anwendung des § 56 I IfSG keinen Raum sah, da schon keine planwidrige Regelungslücke vorliege. Dafür sprächen die vergangenen und gegenwärtigen Aktivitäten des Gesetzgebers. Bezüglich des Anspruchs aus § 65 I IfSG ging der BGH ebenfalls von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen aus und lehnte den Anspruch ab, da es sich bei

\* Dipl.-Jur. Malte Gutt, LL.M. (Strathclyde) ist ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Völker- und Europarecht, Lehrstuhl für internationales Wirtschaftsrecht und Umweltrecht von Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll.

‡ Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/2020 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen.

Die Hausarbeit wurde in der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene bei Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll im Wintersemester 2021/2022 an der Georg-August-Universität Göttingen gestellt.

der Beschränkung um eine Bekämpfungsmaßnahme gegen die sich weiter ausbreitende Pandemie handele. Wie in der Lösung dieses Hausarbeitsfalles ging der BGH bezüglich eines ordnungsrechtlichen Entschädigungsanspruchs von der Sperrwirkung der spezielleren Normen des IfSG aus.

Eine Sperrwirkung sah der BGH auch für den Anspruch aus dem enteignenden Eingriff. Unabhängig davon sei das Rechtsinstitut des enteignenden Eingriffs nicht dafür entwickelt worden durch flächendeckende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen verursachte Schäden auszugleichen. Der BGH habe eine Haftung aus diesem Anspruch daher bislang nur in Einzelfällen angewandt, in denen Eigentumsbeeinträchtigungen durch Realakte oder Verwaltungsakte vorlagen.

## SACHVERHALT

Die K ist Inhaberin eines Restaurants »Fisch & Austern« in der niedersächsischen Stadt G, das auf Fischgerichte mit frischen Zutaten und Austern spezialisiert ist. Um ihren Gästen ein reichhaltiges und abwechslungsreiches Angebot offerieren zu können, hält das Restaurant ständig einen Bestand an Frischware vor, der nach Umfang und Wert den Branchendurchschnitt um das Zehnfache übersteigt.

Nehmen Sie an, dass sich Ende Mai 2021 überraschend eine neue und hochinfektiöse Variante X des Corona-Virus verbreitet und in der Folge einen exponentiellen Anstieg der Infektionen und Krankenhauseinweisungen und eine steigende Zahl von Todesfällen mit sich gebracht hat. Nehmen Sie ferner an, dass das Land Niedersachsen am 01.06.2021 eine Verordnung zur »Beschränkung sozialer Kontakte zur Bekämpfung der X-Variante« - in Kraft getreten am gleichen Tag - mit dem folgenden § 5 erlassen hat, der wegen der günstigen Entwicklung des Infektionsgeschehens zum 30.6.2021 wieder aufgehoben werden konnte:

»§5

(1) Restaurationsbetriebe, insbesondere Restaurants, Gaststätten, Imbisse, allein oder in Verbindung mit anderen Einrichtungen, Mensen und Kantinen dürfen nicht betrieben werden. Hiervon ausgenommen ist das Angebot eines Außer-Haus-Verkaufs, soweit die Anforderungen des Absatzes 2 erfüllt werden.

(2) Betreiberinnen und Betreiber von Restaurationsbetrieben, die einen Außer-Haus-Verkauf anbieten, sind verpflichtet, die nachfolgenden Abstandsregelungen sicherzustellen:

1. Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Kundinnen und Kunden und
2. durchschnittlich lediglich eine Person auf 10 Quadratmeter.«

Gehen Sie davon aus, dass im Betrieb von K kein Krankheitsfall oder Ansteckungsverdacht aufgetreten ist und dass K

- einen Verlust von 10.000 € erlitten hat, weil ihre laufenden Betriebskosten (Miete, Personal, Versicherungen etc.) nur zum geringeren Teil durch Einnahmen aus dem Außer-Haus-Verkauf gedeckt werden konnten und
- wegen der kurzfristigen Schließung ihren besonders umfangreichen und wertvollen Lagerbestand von 10.000 Euro entsorgen musste.

Neben Restaurants und Gaststätten sind einige weitere Branchen von den Betriebsunter-sagungen betroffen, wie beispielsweise Fitnessstudios, Kosmetikstudios oder Friseursalons. Aufgrund der hohen erlittenen Verluste sind die Rücklagen der K nahezu aufgebraucht. Ihr Steuerberater weist sie darauf hin, dass ihr Betrieb akut existenzgefährdet sei.

K fragt ihre Rechtsanwältin,

1. ob und in welcher Höhe sie für ihre Einbußen eine Entschädigung verlangen und
2. wie sie sie gerichtlich durchsetzen kann.<sup>1</sup>

#### HINWEIS:

- Gehen Sie davon aus, dass die Verordnung formell und materiell rechtmäßig ist.
- Vorschriften der ZPO sind nicht zu prüfen.
- Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – einzugehen.

#### GLIEDERUNG

- A. Anspruch aus § 56 I IfSG
- B. Anspruch aus § 65 I IfSG
- C. Anspruch gem. § 56 I o. 65 I IfSG
  - I. Anspruch nach § 56 I IfSG analog
  - II. Anspruch nach § 65 I IfSG analog
- D. Anspruch gen. § 80 NPOG i.V.m § 8 NPOG
- E. Anspruch nach enteignungsgleichem Angriff
- F. Anspruch aus dem enteignenden Angriff
  - I. Rechtsgrundlage und Anwendbarkeit
  - II. Ausschluss durch Sperrwirkung
  - III. Voraussetzungen (hilfsgutachterlich)
    1. Eigentumsbetroffenheit nach Art. 14 I GG
    2. Unmittelbarer hoheitlicher Eingriff
    3. Sonderopfer
      - a) Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen
      - b) Besondere Schwere im Verhältnis zu anderen Betroffenen
      - c) Sonderfall der Existenzgefährdung
    4. Zwischenergebnis
  - IV. Ergebnis
- G. Schadensersatz aus der Amtshaftung
- H. Ergebnis der Frage 1.1

#### FRAGE 1

##### A. Anspruch aus § 56 I IfSG

Ein Anspruch auf Entschädigung könnte sich für K zunächst aus § 56 I IfSG ergeben. Hierfür müssten die ihr entstandenen Einbußen – die weiterlaufenden Betriebskosten und die Entsorgung ihres Lagerbestandes – jeweils i.H.v. 10.000 € einen Verdienstaustausch darstellen.

*Die Bearbeitung beginnt mit einem sauber formulierten Obersatz. Richtigerweise wird mit der Prüfung der spezielleren Anspruchsgrundlagen aus dem IfSG begonnen.*

*Zudem fällt positiv auf, dass die beiden Einbußen der K bereits hier differenziert genannt werden. Dies war in der gesamten Bearbeitung des Falls zu beachten. Möglich wäre auch gewesen nach den erlittenen Einbußen aufzubauen (Einnahmeverluste und Verlust des Lagerbestandes). Dies hätte jedoch zu vielen doppelten Erwähnungen und Verweisungen geführt. Daher erscheint der hier gewählte Aufbau nach Anspruchsgrundlagen insgesamt zweckmäßiger.*

Diesen müsste K außerdem als Ausscheidende i.S.d. § 2 Nr. 6 IfSG, Ansteckungsverdächtige i.S.d. Nr. 7, Krankheitsverdächtige i.S.d. Nr. 5 oder als sonstige Trägerin von Krankheitserregern i.S.v. § 31 S. 2 IfSG infolge eines infektionsschutzrechtlichen Verbots in der Ausübung ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit erlitten haben. Hinsichtlich des relevanten Personenkreises nach § 2 Nr. 4 ff. IfSG kommt für K, da sie weder erkrankt ist bzw. war noch krankheitsbedingte Symptome aufzeigt, lediglich der Verdacht einer Ansteckung nach § 2 Nr. 7 IfSG in Betracht.

<sup>1</sup> Aus Platzgründen wurde die Bearbeitung nicht mit aufgenommen.

Durch den Verweis auf die Begriffsbestimmungen in § 2 IfSG wird deutlich, dass sich mit der Systematik des IfSG auseinandergesetzt wurde. Aufgrund der klaren Aussage im Sachverhalt musste sich mit dem weiteren Personenkreis des § 56 I IfSG (Ausscheider, Krankheitsverdächtiger) nicht näher beschäftigt werden.

Dem Begriff des Ansteckungsverdächtigen unterfällt derjenige, bei dem »die Annahme, der Betroffene habe Krankheitserreger aufgenommen, wahrscheinlicher ist als das Gegenteil«<sup>2</sup>, wobei auch die Verbreitungsart und Intensität der möglichen Krankheit in die Abwägung mit einzu beziehen sind.<sup>3</sup> Da es sich bei der neuen X-Variante des Corona-Virus um eine höchstinfektiöse Art handelt, ist für K als Restaurantbetreiberin, die für gewöhnlich mit zahlreichen fremden Personen in Kontakt kommt, zu überlegen, eine potentielle Verdachtslage schon von Berufs wegen oder sogar aufgrund einer grundsätzlichen Ansteckungsgefahr für die ganze Bevölkerung in Betracht zu ziehen. Dafür könnte sprechen, dass sich insbesondere bei jüngeren, gesunden Menschen, selbst wenn sie bereits mit dem Corona-Virus infiziert sind, oftmals keine Anzeichen an Symptomen oder Krankheitsverläufen feststellen lassen.<sup>4</sup> Die Gefahr der Virusweitergabe ist jedoch auch bei jenen Personengruppen gegeben.<sup>5</sup> Die Annahme, dass K so, unwissentlich, bereits in Kontakt mit dem Virus getreten ist, erscheint folglich nicht von vornherein ausgeschlossen. Fraglich ist allerdings, ob ein abstraktes Berufsrisiko und eine möglicherweise höhere Dunkelziffer an Ansteckungen, selbst wenn es sich um ein hochinfektiöses, sich exponentiell verbreitendes Virus handelt, allein Grund genug dafür sein können, um von einer überwiegenden Ansteckungswahrscheinlichkeit auszugehen.<sup>6</sup> Im Restaurantbetrieb der K trat bisher weder ein Krankheits- oder Ansteckungsfall noch ein entsprechender Verdacht auf. Andere Anknüpfungspunkte, die ein Ansteckungsrisiko konkret begründen würden, sind nicht ersichtlich. Auch Angaben, dass das Virus bereits derartig weit verbreitet wäre, dass man von einer universellen Ansteckungsgefahr, unabhängig von einzelnen Umständen, ausgehen müsste, sind nicht gegeben. Da so, außerhalb des abstrakten Ansteckungsrisikos der K aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit in der Gastronomie, keine weiteren Indizien oder Tatsachen vorliegen, sondern es vielmehr an konkreten Krankheits- oder Ansteckungsfällen bzw. einem Verdacht

im Umfeld des Restaurantbetriebs mangelt, ist eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Verdachtsfalls nach § 2 Nr. 7 IfSG zu verneinen.

K unterfällt somit keinem der genannten Fälle aus § 2 Nr. 4 ff. IfSG. Ein Anspruch auf Entschädigung nach § 56 I IfSG scheidet folglich aus.

*Die Aussage ist etwas unpräzise: Die Anspruchsgrundlage bleibt weiterhin der § 56 I IfSG, welcher einen Kreis der Anspruchsberechtigten festlegt. Diese werden wiederum in § 2 IfSG definiert.*

## B. Anspruch aus § 65 I IfSG

Allerdings könnte K ein Entschädigungsanspruch aus § 65 I IfSG erwachsen sein. Voraussetzung eines derartigen Anspruchs ist, dass die Schließung von Restaurationsbetrieben eine auf §§ 16, 17 IfSG fußende Verhütungsmaßnahme darstellt.

*In § 65 I IfSG ist von einer »Maßnahme nach den §§ 16 und 17« die Rede. Bei der Bildung eines Obersatzes und damit der Festlegung des Prüfungsmaßstabes ist es sinnvoll sich am Gesetzeswortlaut zu orientieren.*

Hiervon werden jene umfasst, die die Entstehung übertragbarer Krankheiten verhindern sollen.<sup>7</sup> Zu differenzieren sind verhütende Maßnahmen von solchen, die der Verhinderung der Verbreitung einer bereits aufgetretenen Krankheit dienen.<sup>8</sup> Sog. Bekämpfungsmaßnahmen i.S.d. § 28 I IfSG knüpfen dabei an bereits erfolgte Krankheitsfälle, Ausscheider sowie Krankheits- und Ansteckungsverdachte an.<sup>9</sup> Ausschlaggebend bei der Abgrenzung ist dabei die intendierte Wirkung der Maßnahmen.<sup>10</sup> Die Schließung der Restaurationsbetriebe wurde vorgenommen, um das sich bereits in Gang befindliche Infektionsgeschehen der X-Variante des Corona-Virus zu verlangsamen. Folglich war eine übertragbare Krankheit i.S.d. § 2 Nr. 3 IfSG mit zahlreichen Kranken, Ausscheidenden und Krankheits- sowie Ansteckungsverdächtigen bereits im Umlauf. Eine rein präventive Verhinderung hätte nicht mehr vorgenommen werden können. Zwar ist anzumerken, dass bspw. im Umkreis des Restaurants der K bisher weder ein Krankheits- noch ein Ansteckungsverdacht registriert wurde, womit die Schließung derartiger Betriebe eher einer präventiven als akuten Reaktion gleicht. Jedoch ist eine Viruspanemie durch ihre hochinfektiösen Übertragungswege nahezu unmöglich örtlich zu beschränken. Die aufgetretenen Infektionsfälle geben daher ausreichenden Anlass, in der erlassenen Verordnung, die die Grundlage der Betriebsschließungen bildet,

<sup>2</sup> Siehe BVerwGE 142, 205 (216).

<sup>3</sup> Vgl. BVerwGE 142, 205 (216); Kießling/Kießling, IfSG, 2. Auflage (2021) § 2 Rn. 31; Bachmann/Rung, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2021), § 15 Rn. 15.

<sup>4</sup> Buitrago-Garcia/Egil-Gany/Counotte/Hossmann/Imeri/Ipekci/Salanti/Low, Occurrence and transmission potential of asymptomatic and presymptomatic SARS-CoV-2 infections: A living systematic review and meta-analysis, PLoS medicine, September 22, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1003346>, abgerufen am 20.10.2021.

<sup>5</sup> Lee/Kim/Lee, Clinical Course and Molecular Viral Shedding Among Asymptomatic and Symptomatic Patients With SARS-CoV-2 Infection in a Community Treatment Center in the Republic of Korea, JAMA Intern Med., August 06, 2020, <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2769235>, abgerufen am 20.10.2021.

<sup>6</sup> Dies trotz exponentiellen Anstiegs an Infektionen verneinend LG Heilbronn, NVwZ 2020, 975 (976); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 25 f.).

<sup>7</sup> Hierzu BeckOK-InfSchR/Zwanziger, 01.10.2021, § 16 Rn. 4; ähnlich Fleischfresser, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage (2021), § 13 Rn. 18.

<sup>8</sup> Siehe BeckOK-InfSchR/Zwanziger, (Fn. 7), § 16 Rn. 3; Gärditz/Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ 2020, 108 (113).

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> Vgl. Gerhardt, IfSG, 5. Auflage (2021), § 56 Rn. 45; BeckOK-InfSchR/Zwanziger, (Fn. 7), § 16 Rn. 6.

eine Schutzmaßnahme gegen die weitere Verbreitung des Virus, mithin eine Bekämpfungs- und keine Verhütungsmaßnahme mehr zu sehen. Allerdings werden in der Frage, in welchem Verhältnis die, den jeweiligen Normenbereichen zugeordneten, Maßnahmen tatsächlich stehen, unterschiedliche Ansätze vertreten.

Vereinzelnd wird eine Gesamtbetrachtung beider Maßnahmen verfolgt.<sup>11</sup> Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG hätten automatisch auch verhütenden Charakter, sodass beide Regelungsbereiche ineinandergreifen und sich überschneiden würden.<sup>12</sup> Schutzmaßnahmen des § 28 IfSG seien deswegen, da sie Maßnahmen i.S.d. §§ 16 f. IfSG inkludieren, ausreichend, um einen Anspruch nach § 65 I IfSG zu begründen.<sup>13</sup>

Für eine strikte Trennung sprechen sich hingegen die Rechtsprechung sowie ein überwiegender Teil im Schrifttum aus.<sup>14</sup> Zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen existiere ein vom Gesetzgeber ausdrücklich intendiertes, systematisches Exklusivitätsverhältnis.<sup>15</sup> Sobald eine Maßnahme zumindest auch der Bekämpfung einer bereits existierenden Krankheit dient, könne sie nur noch dem Bereich der §§ 24 ff. IfSG zugeordnet werden.<sup>16</sup> Ein Anspruch aus § 65 I IfSG, der jedoch ausdrücklich eine Maßnahme i.S.d. §§ 16, 17 IfSG fordert, wäre somit, da es sich, wie oben festgestellt, bei der Restaurationsbetriebsschließung um eine Bekämpfungsmaßnahme handelt, ausgeschlossen.

Da die Ansichten somit zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, bedarf es einer Stellungnahme. Aus medizinischer Sicht fällt es bei einem dynamischen Infektionsgeschehen schwer, eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen vorzunehmen.<sup>17</sup> Allerdings kann aus einem medizinisch fließenden Übergang nicht einfach eine rechtliche Verzahnung hergestellt werden. Neben dem Wortlaut des § 65 I IfSG, der ausdrücklich eine Maß-

nahme i.S.d. §§ 16 f. IfSG fordert, verweisen Rechtsprechung und weite Teile der Literatur zurecht auf die systematische Unabhängigkeit des vierten (§§ 16 ff.) und fünften Abschnitts (§§ 24 ff.) des IfSGs zueinander, die bereits in den Vorgängervorschriften des BSeuchG intendiert war und somit die These des Exklusivitätsverhältnisses stützen.<sup>18</sup>

*Hier unterläuft der Bearbeitung ein gängiger Fehler beim wissenschaftlichen Arbeiten. Es wird – inhaltlich zutreffend – auf die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur verwiesen, in der Fußnote findet sich dies aber nicht wieder. Weder die Rechtsprechung noch die Literatur werden zitiert. Es ist darauf zu achten derartige Aussagen präzise zu belegen.*

*Zur Verdeutlichung des Exklusivitätsverhältnisses hätte zusätzlich noch auf den Wortlaut der Titel des vierten und fünften Abschnitts verwiesen werden können. Der vierte Abschnitt des IfSG (§§ 16 ff.) trägt den Titel »Verhütung übertragbarer Krankheiten«, der Titel des fünften Abschnitts (§§ 24 ff.) lautet hingegen »Bekämpfung übertragbarer Krankheiten«.*

Ohne den Willen des Gesetzgebers zu unterwandern und mit dem Wortlaut des § 65 I IfSG zu brechen, kann eine rechtliche Vermischung der §§ 16 f. IfSG und § 28 I IfSG als beiderseits geeignete Grundlage für § 65 I IfSG nicht erfolgen. Zudem spielt es keine maßgebliche Rolle, ob Bekämpfungsmaßnahmen auch eine verhütende Wirkung zukommt. Entscheidend bleibt die vom Maßnahmengeber intendierte Wirkung. Diese war eindeutig auf die Bekämpfung der Virusweiterverbreitung angelegt. Ein Anspruch auf Entschädigung nach § 65 I IfSG ist zu verneinen.

*Die Darstellung des Meinungsstreits gelingt hier gut. Nach einer entsprechenden Einleitung werden die vertretenen Ansichten unter erschöpfender Auswertung der Literatur und Rechtsprechung treffend zusammengefasst. Nach kurzer Diskussion kommt die Bearbeitung dann zu einem vertretbaren Ergebnis. Das Exklusivitätsverhältnis im IfSG zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen hat der BGH in seiner jüngst ergangenen Entscheidung bestätigt.*

<sup>11</sup> Hierzu *Schwintowski*, Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe, NJOZ 2020, 1473 (1475 f.); *Rommelfanger*, Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-schließungen infolge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz, COVuR 2020, 178 (180).

<sup>12</sup> Siehe *Schwintowski*, (Fn. 11), NJOZ 2020, 1473 (1475).

<sup>13</sup> *Schwintowski*, (Fn. 11), NJOZ 2020, 1473 (1475 f.); *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180).

<sup>14</sup> Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2020, 9939 (Rn. 28); LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227); *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 8; *BeckOK-InfSchR/Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 13; *Shirvani*, Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht, NVwZ 2020, 1457 (1458); *Schmitz/Neubert*, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise, NVwZ 2020, 666 (669); *Reschke*, Entschädigungsansprüche für rechtmäßige infektionsschutzrechtliche Maßnahmen im Zuge der COVID-19-Pandemie, DÖV 2020, 423 (425); *Kümper*, Zur Verortung der infektionsschutzrechtlichen Entschädigungstatbestände im Gefüge der öffentlichen Ersatzleistungen, DÖV 2020, 904 (910).

<sup>15</sup> Ebd. wobei insb. auf BT-Drs. 3/1888, S. 21 f. u. BT-Drs. 8/2468, S. 27 verwiesen wird.

<sup>16</sup> Vgl. *BeckOK-InfSchR/Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 13; *Kümper*, (Fn. 14), DÖV 2020, 904 (910).

<sup>17</sup> So auch *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180).

### C. Anspruch gem. § 56 I o. § 65 I IfSG analog

Fraglich ist, ob K dennoch ein Anrecht auf Entschädigung durch eine analoge Anwendung der infektionsschutzrechtlichen Ansprüche nach § 56 I bzw. § 65 I IfSG haben könnte. Dies setzt voraus, dass die Nichtberücksichtigung von Restaurationsbetriebsschließungen, innerhalb der herkömmlichen Auslegung beider Entschädigungsansprüche, Bestandteil einer planwidrigen Regelungslücke von Seiten des Gesetzgebers ist. Planwidrigkeit wird dabei von der Rechtsprechung als »unbeabsichtigtes Abweichen des Gesetzgebers von seinem dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zu Grunde liegenden Regelungsbereich« definiert.<sup>19</sup> Entscheidend für das Vorhandensein einer Regelungslücke

<sup>18</sup> Vgl. BT-Drs. 3/1888, S. 21 f.; BT-Drs. 8/2468, S. 27, die sich auf die Abschnitte §§ 10 ff. BSeuchG und §§ 30 ff. BSeuchG beziehen.

<sup>19</sup> BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.).

ist zudem, dass der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht mit dem bereits geregelten Tatbestand derart vergleichbar ist, als dass der Gesetzgeber, im Fall einer Interessenabwägung mit denselben bereits bei der erlassenen, herangezogenen Norm angelegten Grundsätzen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre.<sup>20</sup>

Die analoge Anwendung von § 56 I und § 65 I IfSG wird hier zusammengefasst dargestellt. Die Voraussetzungen einer Analogie müssen somit nur einmal dargestellt werden. Insofern ist der Aufbau zweckmäßig. Möglich wäre auch gewesen die analoge Anwendung nach der jeweiligen Anspruchsgrundlage zu prüfen.

### I. Anspruch nach § 56 I IfSG analog

Ob i.R.d. § 56 I IfSG eine solche planwidrige Regelungslücke angenommen werden kann, wird widersprüchlich beantwortet.

Die Mehrheit in Schrifttum und Rechtsprechung steht einer planwidrigen Regelungslücke ablehnend gegenüber.<sup>21</sup> Teilweise wird bereits darauf hingewiesen, dass eine Regelungslücke hinsichtlich § 56 I IfSG gar nicht existieren könne, da keine äquivalente Interessenlage besteht.<sup>22</sup> Während § 56 I IfSG vom Wortlaut her eindeutig an personenbezogene »Störer« adressiert sei, ginge es bei flächendeckenden Betriebsschließungen gerade nicht um mit der Krankheit in Berührung gekommene Personen, sondern um in Mitleidenschaft gezogene »Nichtstörer«. <sup>23</sup> Ein planwidriges Handeln sei derweil in jedem Fall nicht zu erkennen.<sup>24</sup> Dies ließe sich insbesondere an der historischen als auch aktuellen gesetzgeberischen Tätigkeit bzgl. infektionsschutzrechtlicher Entschädigungsansprüche feststellen.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber habe bereits 1961 im BSeuchG, der Vorgängervorschrift des IfSG, Entschädigungsregelungen im Zusammenhang mit epidemischen Krankheiten vorgesehen.<sup>26</sup> Gem. § 49 BSeuchG, dem nahezu inhaltsgleichen Vorgänger von § 56 IfSG waren Entschädigungen für Ausscheidende, Ausscheidungsverdächtige oder Ansteckungsverdächtige, die ihrer Arbeit nur eingeschränkt nachkommen konnten, vorgesehen.<sup>27</sup> Gemeinsam mit § 57 BSeuchG sollten so zwei

Fälle der Entschädigung ausdrücklich abgedeckt werden.<sup>28</sup> Von jenen Ansprüchen nicht umfasst waren hingegen von Bekämpfungsmaßnahmen in Mitleidenschaft gezogene Personen der Allgemeinheit bzw. »Nichtstörer«, obwohl mit § 43 BSeuchG gerade auch eine Norm geschaffen worden war, die Behörden dazu ermächtigte, zur Epidemiebekämpfung Veranstaltungen und den Zugang zu den davon betroffenen Einrichtungen zu untersagen.<sup>29</sup> Auch im späteren Gesetzgebungsverlauf habe der Gesetzgeber, obwohl die in §§ 49, 57 BSeuchG geregelten Entschädigungsmöglichkeiten nicht als abschließend gelten sollten,<sup>30</sup> es unterlassen für auf § 43 BSeuchG bzw. auf seinen 1979 novellierten Nachfolger, den § 34 BSeuchG, basierende Maßnahmen Entschädigungsregelungen zu bestimmen. Dass über Jahrzehnte hinweg keine Entschädigungsansprüche für derartige Konstellationen vorgesehen waren, zeige, dass der Gesetzgeber sich durch die Existenz von § 43 bzw. § 34 BSeuchG mit Konsequenzen für »Nichtstörer« während einer Epidemie zwar auseinandergesetzt habe, Entschädigungsmöglichkeiten jedoch bewusst nie für notwendig erachtete. Ein planwidriges Handeln könne dem Gesetzgeber daher nicht unterstellt werden.<sup>31</sup> Auch die aktuelle gesetzgeberische Aktivität ließe keinen anderen Schluss zu.<sup>32</sup> Vielmehr sei der Gesetzgeber bzgl. § 56 IfSG sogar explizit aktiv geworden und habe mit der Einführung von Abs. Ia bewusst einen weiteren Fall der Entschädigung geschaffen. Dies verdeutliche, dass die Legislative sich während der Corona-Pandemie mit Entschädigungen weiterführend befasst, sich jedoch gegen gesetzliche Ansprüche für Betriebsschließungen entschieden hätte.<sup>33</sup>

Dieser Negierung eines planwidrigen Handelns treten vereinzelnde Stimmen der Literatur entgegen.<sup>34</sup> Die Ausmaße einer Pandemie hätte der Gesetzgeber nicht in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens erfasst, sodass Entschädigungsregelungen für Betriebsschließungen von ihm übersehen wurden.<sup>35</sup> § 56 I IfSG spräche »weder positiv noch negativ«<sup>36</sup> wertend von dem, den Wortlaut der Norm

<sup>20</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.); NJW 2010, 2585 (2588 f.); NJW 2009, 1820 (1821); NJW 2007, 3124 (3125); NJW 2003, 1932 (1933).

<sup>21</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 31 f.); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 30 f.); BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 50; Winter/Thürk, Covid 19 – Rechtsfragen zur Coronakrise, 3. Auflage (2021), § 22 Rn. 25a; Struß/Fabi, Entschädigungsansprüche für unternehmensbezogene Eingriffe nach dem IfSG, DÖV 2020, 665 (670); Eibenstein, Zur Entschädigung von durch Schließungsanordnungen betroffenen Gewerbetreibenden, NVwZ 2020, 930 (932).

<sup>22</sup> Siehe Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 25a; Struß/Fabi, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (670).

<sup>23</sup> Ebd.

<sup>24</sup> Vgl. die Nachweise von Fn. 20.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Insb. LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48, die auf BT-Drs. 3/1888, S. 27 verweisen.

<sup>27</sup> Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48.

<sup>28</sup> BT-Drs. 3/1888, S. 27.

<sup>29</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 48; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1.

<sup>30</sup> Siehe BT-Drs. 3/1888, S. 27.

<sup>31</sup> Vgl. die Nachweise von Fn. 20.

<sup>32</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 f.); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 30 f.); LG Köln BeckRS 2021, 264 (Rn. 31 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 49; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> Siehe Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); Otto, Das unterschätzte staatshaftungsrechtliche Potenzial von § 56 I IfSG in Zeiten der Pandemie, LKV 2020, 355 (357 f.); Antweiler, Betriebsuntersagung durch Covid-19-Rechtsverordnungen: Eigentumseingriff und Entschädigungen, NVwZ 2020, 584 (588 f.); Dörrenbächer, Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses, JuWissBlog Nr. 55/2020, 09.04.2020, <https://www.juwiss.de/55-2020/>, abgerufen am 25.09.21.

<sup>35</sup> Vgl. Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); Antweiler, (Fn. 34), NVwZ 2020, 584 (589); Dörrenbächer, (Fn. 34).

<sup>36</sup> Otto, (Fn. 34), LKV 2020, 355 (357).

nicht betreffenden Personenkreis.<sup>37</sup> Daher müsse von einer Planwidrigkeit im Handeln des Gesetzgebers, mangels erkennbar entgegenstehenden Willens, viel mehr ausgegangen werden.<sup>38</sup> Es könne nicht Sinn gewesen sein, durch § 56 I IfSG nur zur Ergreifung von Bekämpfungsmaßnahmen Anlass gebende »Störer« zu entschädigen, sondern es sollte mittels Erst-Recht-Schlusses und unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG gerade denjenigen, die weder persönlich infiziert noch infektionsverdächtig sind, jedoch ebenfalls von den Maßnahmen geschädigt wurden, durch § 56 I IfSG analog ein Ausgleich zukommen.<sup>39</sup>

Dieser Position ist insofern zuzustimmen, als dass der Umstand einer gesetzlichen Nichtregelung im Hinblick auf Entschädigungsansprüche für allgemeine Betriebs-schließungen als Bekämpfungsmaßnahmen durchaus misslich ist. Entschädigungszahlungen für derartige Fälle gesetzlich zu fixieren, erscheint angebracht. Dennoch erscheint die Schlussfolgerung, eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich § 56 I IfSG anzunehmen, fernliegend. Die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur gehen Recht in der Annahme, dass sich der Gesetzgeber durch seine vergangenen als auch aktuellen Aktivitäten rundum Entschädigungen beim Infektionsschutz augenscheinlich mit der Thematik auseinandergesetzt hat. Dass er in der Folge keine weiteren gesetzlichen Regelungen getroffen hat, ist nicht entscheidend bei der Frage, ob ihm planwidriges Verhalten vorzuhalten ist. Gerade der kürzlich geschaffene § 56 Ia IfSG verdeutlicht, dass das vom BGH verlangte und für die Planwidrigkeit notwendige »unbeabsichtigte Abweichen«<sup>40</sup> nicht vorliegt. Mithin ist eine analoge Anwendung des § 56 I IfSG abzulehnen.

*Bei der Darstellung eines Meinungsstreits ist es üblich mit der Ansicht zu beginnen, der nicht gefolgt wird. Ansonsten gelingt die Darstellung ausgesprochen gut. Mit Blick auf die Schwerpunktsetzung setzt sich die Bearbeitung vertieft mit der Frage auseinander, ob die vorgefundene Regelungslücke tatsächlich planwidrig ist. Dabei musste sich mit den gesetzgeberischen Aktivitäten sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart beschäftigt werden. Im Ergebnis lässt sich eine planwidrige Regelungslücke bezüglich kollektiver Betriebsschließungen unter anderem aufgrund der zahlreichen Aktualisierungen des IfSG während der Pandemie schwer begründen. So hat es der BGH in seiner jüngsten Entscheidung auch gesehen und eine analoge Anwendung abgelehnt.*

## II. Anspruch nach § 65 I IfSG analog

Weiterhin fraglich ist, ob dafür eine analoge Anwendung von § 65 I IfSG in Betracht kommt. Hierfür müsste sich der auf die Entschädigung von Verhütungsmaßnahmen nach §§ 16

f. IfSG bestimmte Anspruch des § 65 I aufgrund einer planwidrigen Regelungslücke auch auf Bekämpfungsmaßnahmen i.S.d. §§ 28, 32 IfSG erweitern lassen.

Anders als i.R.v. § 65 I IfSG wird eine Regelungslücke zwar seltener bereits vollständig ausgeschlossen,<sup>41</sup> allerdings wird auch hier mehrheitlich eine analoge Anwendung aufgrund mangelnder Planwidrigkeit verneint.<sup>42</sup> Bereits § 57 BSeuchG, an den § 65 IfSG inhaltlich angelehnt ist,<sup>43</sup> wäre vom Gesetzgeber im Laufe der Zeit gezielt auf Entschädigungen für Maßnahmen der Verhütung begrenzt worden, um die sich mitunter schnell vermischenden Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen gerade sauber trennen zu können.<sup>44</sup> *Eusani* hält jene diffizile Trennung hingegen gerade für einen überzeugenden Anknüpfungspunkt bereits aus »rein praktischen Erwägungen« eine analoge Anwendung des § 65 IfSG auf Bekämpfungsmaßnahmen anzunehmen.<sup>45</sup> Andere Befürworter einer analogen Anwendung unterstellen dem Gesetzgeber das unbeabsichtigte Außerachtlassen von Erweiterungen des § 65 I IfSG, da er, insbesondere im Zuge der Coronapandemie, nicht jegliche infrage kommenden Sachverhalte hätte berücksichtigen können.<sup>46</sup> Überzeugend wird hiergegen eingewandt, dass die aktuelle gesetzgeberische Aktivität hinsichtlich § 56 IfSG zeige, dass sich die gesetzgebende Gewalt mit dem Entschädigungssystem innerhalb des IfSG grundlegend befasst hat, eine Erweiterung des § 65 I IfSG allerdings – im Gegensatz zu § 56 IfSG – bewusst unterließ.<sup>47</sup> Diese Annahme lässt sich mit der bereits aufgeführten Gesetzeshistorie besser vereinbaren. Dem Gesetzgeber aus praktikablen Gründen ohne konkretere Anhaltspunkte ein Außerachtlassen von Sachverhalten zu unterstellen, erscheint hingegen fernliegend. Ein Anspruch für K aus § 65 I IfSG analog ergibt sich folglich ebenfalls nicht.

## D. Anspruch gem. § 80 NPOG i.V.m. § 8 NPOG

Ein Anspruch könnte sich aber aus dem niedersächsischen Polizei- und Ordnungsrecht, der Entschädigung für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern nach § 80 I NPOG i.V.m. § 8 NPOG, ergeben.

*Gerade im Obersatz ist es unerlässlich das Gesetz präzise zu zitieren. Der § 80 I NPOG enthält bei genauem Hinsehen zwei Anspruchsgrundlagen, einmal für eine rechtmäßige Inanspruchnahme (S. 1) und einmal für eine rechtswidrige Inanspruchnahme (S. 2). Richtigerweise ist hier der § 80 I 1 NPOG*

<sup>41</sup> Siehe *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 32, die im Gegensatz zu § 56 IfSG bei § 65 IfSG zumindest Anhaltspunkte sehen.

<sup>42</sup> Vgl. LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1227 ff.); Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 9; BeckOK-InfSchR/Eckart/Kruse, (Fn. 7), § 56 Rn. 31.1; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 50.

<sup>43</sup> BT-Drs. 14/2530, S. 89.

<sup>44</sup> Insb. Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 9 mit Verweis auf BT-Drs. 8/2468, S. 19.

<sup>45</sup> *Eusani*, Staatshaftungsrechtliche Ansprüche des Gewerbetreibenden bei Covid-19-bedingten Ertragsausfällen, MDR 2020, 962 (965).

<sup>46</sup> Vgl. *Struß/Fabi*, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (670 f.); Zumindest kritisch hinterfragend auch *Bachmann/Rung*, (Fn. 3), § 15 Rn. 52.

<sup>47</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1228 f.); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 49.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> Vgl. *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (180); *Dörrenbacher*, (Fn. 34).

<sup>40</sup> BGH NJW 2015, 1176 (1176 f.); NJW 2010, 2585 (2588 f.); NJW 2009, 1820 (1821); NJW 2007, 3124 (3125); NJW 2003, 1932 (1933).

zu nennen, da der Bearbeitervermerk vorgibt, dass die Verordnung rechtmäßig ist.

Dem könnte allerdings die Subsidiaritätsklausel des § 3 I 2, 3 NPOG entgegenstehen. Hiernach ist die Anwendung des NPOGs, sofern eine spezialgesetzlich abschließende Regelung einschlägig ist, gesperrt. Als spezialgesetzliche Vorschrift besitzt bei der Gefahrenabwehr u.a. das IfSG Vorrang.<sup>48</sup> Ob die Anspruchsregelungen des IfSG zudem eine abschließende Normierung von Entschädigungen vorsehen und so eine Sperrwirkung für das NPOG besteht, wird divergierend gesehen.

Hier wird – zutreffend – direkt auf die mögliche Sperrwirkung durch das IfSG verwiesen. Ein vorheriges »Anprüfen« von Tatbestandsmerkmalen wäre im Hinblick auf die Schwerpunktsetzung verfehlt gewesen.

Teilweise wird sich auch hier auf die Existenz des § 56 Ia IfSG sowie auf die Gesetzesmaterialien zum BSeuchG gestützt.<sup>49</sup> Sowohl der Gesetzgeber als auch der BGH hätten darauf hingewiesen, dass die Entschädigungsregelungen im siebenten Abschnitt des BSeuchG, zu denen auch die §§ 49, 57 BSeuchG als Vorgänger der §§ 56, 65 IfSG gehörten, keinen abschließenden Charakter hätten.<sup>50</sup> Ferner vermittele der Gesetzgeber durch die Einführung des § 56 Ia IfSG auch aktuell den Eindruck eines un abgeschlossenen Entschädigungssystems.<sup>51</sup>

Dem wird von konträrer Seite entgegengebracht, dass Abgeschlossenheit nicht mit einer, jede Fallkonstellation, umfassenden Regelung gleichzusetzen sei.<sup>52</sup> Entscheidend wäre, ob für die konkrete Situation eine spezielle, abschließende Regelung vorliegt.<sup>53</sup> Für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern, um die es bei K geht, sei durch § 65 IfSG explizit eine Entschädigung geschaffen worden.<sup>54</sup> Derartig spezialgesetzlich geregelte Normen dürften nicht ohne auf eine lückenhafte Regelungsdichte hinweisende Anhaltspunkte so ausgelegt werden, als hätte der Gesetzgeber sie für un abgeschlossen befunden.<sup>55</sup> § 65 hält nach dieser Ansicht keine

solchen Anknüpfungspunkte bereit.<sup>56</sup> Verwiesen wird auf die Gesetzesbegründung, in der bei Einführung des IfSG ein Entschädigungssystem vorgesehen wurde, das den allgemeinen Aufopferungsanspruch, auf dem die polizeirechtlichen Entschädigungsforderungen beruhen, gerade umfassend ersetzen sollte.<sup>57</sup>

Diese Annahme muss sich den Vorwurf gefallen lassen, dass Nichtstörer, die durch Bekämpfungsmaßnahmen nach § 28 IfSG oder darauf fußenden Verordnungen gem. § 32 IfSG Schaden nehmen, i.R.d. § 65 IfSG keine Berücksichtigung erfahren. § 80 I NPOG drängt sich als »Lückenfüller« quasi auf. Allerdings gilt es primär, wie unter C., die Frage zu beantworten, mit welcher Intention der Gesetzgeber das infektionsschutzrechtliche Entschädigungssystem innerhalb der Rechtsordnung etablieren wollte. Der intendierte, un abgeschlossene Charakter des BSeuchG lässt sich, da seine Entschädigungsregelungen fast inhaltsgleich übernommen wurden, auch für das IfSG anführen.<sup>58</sup> Jedoch ist der Einwand, die Entschädigungsmöglichkeiten für Nichtstörer, wären durch § 65 IfSG gezielt normiert worden, überzeugend. Auch die Argumentation, der Gesetzgeber habe durch § 56 Ia IfSG seine Haltung bzgl. Entschädigungsansprüchen im IfSG als lückenhaft offenbart, kann nicht gelten. Jenes Handeln manifestiert vielmehr den Eindruck, speziell für Nichtstörer gäbe es abseits vom jetzigen § 65 IfSG aus gesetzgeberischer Sicht, im Gegensatz zu § 56, keinen Handlungsbedarf. Dass dem allgemeinen Aufopferungsanspruch laut Gesetzesbegründung keine lückenfüllende Funktion mehr zukommen sollte, spricht zudem dafür, dies für die hiervon positivrechtliche Konkretisierung<sup>59</sup> aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ebenfalls zu verneinen. Singulär wird hiergegen eingewandt, die gesetzgeberische Intention der Abgeschlossenheit beschränke sich auf ein engeres Verständnis des Allgemeinen Aufopferungsanspruch, sodass positivrechtliche Konkretisierungen wie § 80 NPOG nicht umfasst wären.<sup>60</sup> Dieser Standpunkt überzeugt jedoch nicht, da es abwegig erscheint, dass der Gesetzgeber einer Aushöhlung der spezialgesetzlichen Funktion des § 65 IfSG nur in beschränktem Maße entgegengetreten wollte. Eine Sperrwirkung abzulehnen, würde somit ein Zuwiderhandeln gegen den gesetzgeberischen Willen bedeuten. Das vorrangige IfSG entfaltet daher gegenüber dem Polizei- und Ordnungsrecht seine Sperrwirkung. K kann sich folglich auch nicht auf einen Anspruch nach § 80 I i.V.m. § 8 NPOG stützen.

48 Siehe BeckOK PolR Nds/Ullrich, 01.08.2021, § 3 Rn. 8.

49 Hierzu Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (181 f.); Eibenstein, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (932 f.); Giesberts/Gayger/Weyand, Covid-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2020, 417 (420 f.); Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 74.

50 Ebd., mit Verweis auf BT-Drs. 3/1888, S. 27 u. BGH NJW 1971, 1080 (1081).

51 Vgl. Rommelfanger, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (182).

52 Siehe LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 56; Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (426); Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ 2020, 577 (583); Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 67; Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 18; BeckOK-InfSchR/Kruse, (Fn. 7), § 65 Rn. 34.

53 So vor allem LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229).

54 LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (426); Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 18; Gerhardt, (Fn. 10), § 56 Rn. 56.

55 LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); Gerhardt, (Fn. 10) § 56 Rn. 56.

56 Ebd.

57 BT-Drs. 14/2530, S. 87.

58 Siehe BT-Drs. 14/2530, S. 88 f.

59 Von einer positiven Konkretisierung sprechen LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229); BeckOK PolR Nds/Lampert, (Fn. 48), § 80 Rn. 3; Ossenhühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage (2019), S. 527; MüKo-BGB/Papier/Shirvani, Münchener Kommentar zum BGB, Band 7, 8. Auflage (2020), § 839 Rn. 117.

60 Hierzu Tholl, Staatshaftung und Corona, 1. Auflage (2021), § 2 Rn. 69.

*Hier fehlt eine hilfsgutachterliche Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Diese war laut Bearbeitervermerk explizit gefordert. Die Prüfung hätte dementsprechend aber kurz ausfallen dürfen.*

### E. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Ein Anspruch aus dem enteignungsgleichen Eingriff scheidet aufgrund der Rechtmäßigkeit der erlassenden Verordnung von vornherein aus.<sup>61</sup>

*Da der Bearbeitervermerk explizit vorgab, dass die Verordnung rechtmäßig war, ist es kein Fehler den Anspruch hier mit knapper Begründung abzulehnen.*

### F. Anspruch aus dem enteignenden Eingriff

Eine Entschädigungsmöglichkeit könnte sich jedoch noch aus dem enteignenden Eingriff ergeben. Beim enteignenden Eingriff handelt es sich nicht um einen normierten Anspruch, sondern um eine vom BGH entwickelte Rechtsfigur. Sie betrifft Eigentumsbeeinträchtigungen, die zumeist aus atypischen, unvorhersehbaren Nebenfolgen rechtmäßigen öffentlich-rechtlichen Handelns resultieren und folglich – trotz fehlender einfachgesetzlicher Regelung – einer Entschädigung bedürfen.<sup>62</sup>

#### I. Rechtsgrundlage und Anwendbarkeit

Klärungsbedürftig ist, auf welcher Rechtsgrundlage der enteignende Eingriff fußt. Die Rechtsprechung führte ihn früher auf eine analoge Anwendung von Art. 14 III GG zurück,<sup>63</sup> musste den Gedanken jedoch verwerfen, da das BVerfG diese Annahme i.R.d. Nassauskiesungsbeschlusses ablehnte.<sup>64</sup> Im Einklang mit Stimmen im Schrifttum, wird jener Entschädigungsanspruch seitdem auf den in §§ 74, 75 EinlPrALR<sup>65</sup> normierten, gewohnheitsrechtlichen Aufopferungsanspruch in seiner richterrechtlichen Ausprägung gestützt.<sup>66</sup> Weiterhin hält der BGH die Existenz dieses Haftungsinstituts für ein »unabweisbares Bedürfnis«.<sup>67</sup>

Andere sehen den Fortbestand des enteignenden Eingriffs hingegen lediglich noch in einem sehr beschränkten Regelungsbereich.<sup>68</sup> Er sei mittlerweile weniger ein selbst-

ständiges Rechtsinstitut als ein spezieller Unterfall ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.d. Art. 14 I 2 GG.<sup>69</sup> Seit dem Nassauskiesungsbeschluss müssten besonders schwere Eigentumsbeeinträchtigungen durch ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen zwingend gesetzlich geregelt werden.<sup>70</sup> Die nicht normierte Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs würde sich, um nicht im Widerspruch zum BVerfG zu stehen, in seinem Anwendungsbereich somit auf unvorhersehbare Zufalls- und Unfallschäden reduzieren.<sup>71</sup> Hufen geht derweil noch einen Schritt weiter und sieht für den enteignenden Eingriff »keinen Platz mehr«.<sup>72</sup> Der BGH sieht den Regelungsbereich hingegen zwar »meist« auf atypische, unvorhergesehene Nachteile angewendet.<sup>73</sup> Als ein zwingendes Tatbestandsmerkmal lässt er es aber nicht gelten.<sup>74</sup>

Die Schließung von Ks Restaurant fußte auf einer rechtmäßigen Verordnung des Landes Niedersachsen. Primärer Zweck der Verordnung war es, das Infektionsgeschehen der X-Variante zu verlangsamen. Mögliche Eigentumsbeeinträchtigungen waren folglich nicht das anvisierte Ziel. Dennoch sind K durch weiterlaufende Betriebskosten und die Entsorgung ihres Lagerbestandes Verluste entstanden, die eine Eigentumsbeeinträchtigung als Nebenfolge nicht ausschließen lassen.

Fraglich ist, ob jene Verluste auch unvorhersehbare Folgen waren.

*Die Ausführungen zur Herleitung der Anspruchsgrundlage des enteignenden Eingriffs sind zutreffend. Ob die Verluste der K unvorhersehbare Folgen waren, ist allerdings keine Frage der Anwendbarkeit des Anspruches, sondern hätte als Anspruchsvoraussetzung im Rahmen der Prüfung des hoheitlichen Eingriffs erfolgen sollen. So gerät die gesamte Prüfung sehr kopflastig.*

Dass bei einer angeordneten Schließung von Restaurationsbetrieben auch z.T. hohe Verluste durch weiterlaufende Betriebskosten entstehen können, die sich durch einen Außer-Haus-Verkauf nicht vollständig decken lassen, ist als eine empfindliche, aber erwartbare Nebenfolge anzusehen. Auch dass Betreiber einen gewissen Teil ihres Bestandes wegen sinkender Verkaufszahlen entsorgen müssen, ist eine kalkulierbare Gefahr. Weniger vorhersehbar erscheint dagegen die Höhe des Verlustes von 10.000 €, den K durch die Entsorgung des Lagerbestandes erlitten hat. K

<sup>61</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, GG, 70. Auflage (2013), Art. 14 Rn. 37.

<sup>62</sup> Siehe Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2021), § 22 Rn. 1161 f.

<sup>63</sup> BGH NJW 1959, 2156 (2156).

<sup>64</sup> BVerfG NJW 1982, 745 (745 ff.).

<sup>65</sup> Einleitung des Allgemeinen Landrechts in den Preussischen Staaten

<sup>66</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 1876 (1877); Ossenbühl, Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2000, 2945 (2952); Kemmler, Ersatzansprüche wegen Beeinträchtigungen des Eigentums, JA 2005, 156 (158); Schmitt/Werner, Die Staatshaftung für legislatives Unrecht am Beispiel des Atomausstiegs, NVwZ 2017, 21 (24).

<sup>67</sup> BGH NJW 1984, 1876 (1877).

<sup>68</sup> Hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage (2020), § 27 Rn. 108 f.; v. Arnould, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, VerwArch 2002, 394 (411 ff.).

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, (Fn. 68), § 27 Rn. 108 f.

<sup>71</sup> Ebd.; ähnlich auch Sachs/Wendt, GG, 9. Auflage (2021), Art. 14 Rn. 179; noch enger, aber einen Anwendungsbereich nicht ausschließend Heinz/Schmitt, Vorrang des Primärrechtsschutzes und ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen des Eigentums, Tendenzen und Wandlungen des Eigentumschutzes auf Grund der neueren Rechtsprechung, NVwZ 1992, 513 (520 f.).

<sup>72</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Auflage (2021), § 11 Rn. 69; ders. in Hufen, Staatsrecht II, 9. Auflage (2021), § 38 Rn. 26 ff.

<sup>73</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736); NJW 1991, 1421 (1423); NJW 1986, 2423 (2424); BGH NVwZ 2004, 1018 (1019).

<sup>74</sup> Ebd.

setzte in ihrem Betrieb durchgängig und ausschließlich auf besonders teure, den Branchendurchschnitt um ein Zehnfaches übersteigende Zutaten. Durch dieses eigene Konzept erhoffte sie sich gerade ein Alleinstellungsmerkmal. Dass das Land Niedersachsen beim Erlassen der Verordnung das Konzept eines jeden Betriebes vollständig hätte berücksichtigen können, erscheint abwegig. Der für eine verhältnismäßig kurze Schließungsdauer besonders hohe Verlust ist eine Beeinträchtigung, die in diesem individuellen Ausmaß beim Erlassen von generellen Restaurationsbetriebschließungen nicht zwangsläufig zu erwarten war. Somit stellt der Verlust, den K durch die Entsorgung erlitten hat, in seiner Höhe einen eher atypischeren Einzelfall als Nebenfolge der rechtmäßigen Verordnung dar. Eine vollständige Unvorhersehbarkeit, die von der Literatur z.T. gefordert wird, erscheint jedoch nicht gegeben. In einem Fall, bei dem eine durch Rechtsakt erlassene Maßnahme eine einzelne Person in so gravierender Weise schädigt, einen Anspruch aus dem enteignenden Eingriff von vornherein auszuschließen, würde jenes Rechtsinstitut allerdings zu stark beschneiden und wenig sachgerecht erscheinen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber seine Regelungspflicht versäumt hat, würde zu stark auf dem Rücken des Betroffenen bzw. Geschädigten ausgeglichen werden.<sup>75</sup> Zudem ist zu beachten, dass im Rahmen der weiteren Prüfung, ob dem Betroffenen auch ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer auferlegt wurde, dem Ausnahmegehalt des enteignenden Eingriffs noch einmal verstärkt Rechnung getragen wird. Der enteignende Eingriff ist daher seinem Grundsatz nach anwendbar.

## II. Ausschluss durch Sperrwirkung

Allerdings gilt es zu erörtern, ob speziellere Vorschriften die Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs ausschließen. Das Entschädigungssystem des IfSG kommt hier ebenfalls als Sperrelement infrage.

Wie in der Diskussion um § 80 NPOG wird von vielen in Rspr. und Schrifttum eine Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs aufgrund einer Sperrwirkung der abschließenden §§ 56 ff. IfSG negiert.<sup>76</sup> Die Anhaltspunkte hinsichtlich einer ausdifferenzierten gesetzgeberischen Tätigkeit im Hinblick auf Nichtstörer durch § 65 IfSG sowie des gesamten 12. Abschnitts werden auch hier vorgebracht.<sup>77</sup> Mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zum BSeuchG, die keine abschließende Entschädigungsregelung vorsah, sieht sich jene, eine Sperrwirkung bejahende Auffassung, auch dem gleichen Gegenargument ausgesetzt.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Hierzu *Ossenbühl/Cornils*, (Fn. 59), S. 332.

<sup>76</sup> Siehe LG Heilbronn NVwZ 2020, 975 (976); LG Stuttgart BeckRS 2020, 31215 (Rn. 40); *Siegel*, (Fn. 52), NVwZ 2020, 577 (583); *Bethge/Dombert*, Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Coronabekämpfung, NordOer 2020, 329 (332 f.); *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 19; BeckOK-InfSchR/*Kruse*, (Fn. 7), § 65 Rn. 34.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (181 f.); *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 62; *Giesberts/Gayger/Weyand*, (Fn. 49), NVwZ 2020, 417 (420 f.).

Hinsichtlich einer Stellungnahme ist im Wesentlichen auf die Ausführungen in Abschnitt D. zu verweisen. Die Argumentationslinie, der Gesetzgeber hätte im Bereich der Nichtstörerentschädigung neben § 65 IfSG keinen weiteren Handlungsbedarf mehr gesehen, überzeugt auch hier. Das Anführen der Gesetzesbegründung zum BSeuchG stimmt hingegen mit den jüngeren gesetzgeberischen Handlungen nicht überein. Dies wird durch die gesetzgeberische Haltung, dem Allgemeinen Aufopferungsanspruch – unter den der enteignende Eingriff als gewohnheitsrechtliche Ausprägung zu fassen ist – i.R.d. infektionsschutzrechtlichen Entschädigungssystems keine lückenfüllende Funktion mehr zuzubilligen, verdeutlicht.<sup>79</sup> Mithin ist eine Anwendung des enteignenden Eingriffs aufgrund der abschließenden §§ 56 ff. IfSG gesperrt.

*Diese Auffassung ist mit den genannten Argumenten gut vertretbar. So hat es der BGH in seiner aktuellen Entscheidung auch gesehen und eine Anwendung des enteignenden Eingriffs aufgrund der Sperrwirkung des IfSG abgelehnt. Der Verweis auf die Argumentation im Abschnitt D. vermeidet Wiederholungen und ist daher zweckmäßig.*

## III. Voraussetzungen (hilfsgutachterlich)

Würde man entgegen der hier vertretenden Rechtsauffassung die Anwendbarkeit des enteignenden Eingriffs bejahen, müssten auch die weiteren Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts vorliegen.

*Hier wird zutreffend hilfsgutachterlich weitergeprüft. Der Bearbeitervermerk verlangte, dass auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, eingegangen werde.*

### 1. Eigentumsbetroffenheit nach Art. 14 I GG

Zunächst müsste hierfür eine nach Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition der K beeinträchtigt worden sein. Von Art. 14 I GG ist das Eigentum geschützt. Unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 I GG fallen alle vermögenswerten Rechte, »die Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen.«<sup>80</sup> Durch die Verordnung war K dazu verpflichtet, ihren Restaurantbetrieb für vier Wochen zu schließen. Zu beleuchten gilt es, ob jene Schließung eines Betriebes überhaupt einen Eingriff in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition darstellen kann.

*Bei der Prüfung, ob Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG betroffen ist, musste zwischen den beiden von K erlittenen Einbußen differenziert werden, da diese unterschiedliche Eigentumsrechte i.S.d. Art. 14 GG betreffen. Zum einen hat K Einnahmeverluste erlitten, da ihre laufenden Betriebskosten nicht durch*

<sup>79</sup> Insb. diese Argumentation auch hinsichtlich des enteignenden Eingriffs anführend *Kießling/Kümper*, (Fn. 3), § 65 Rn. 19.

<sup>80</sup> BVerfGE 131, 66 (79); 83, 201 (209); vgl. auch *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani*, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 160; BeckOK-GG/*Axer*, 15.05.2022, Art. 14 Rn. 42 f.

die Einnahmen aus dem Außer-Haus-Verkauf gedeckt werden konnte. Dies betrifft – wie im Folgenden richtig geprüft – das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Zum anderen hat die K ihren kompletten Lagerbestand an wertvoller Frischware verloren und dadurch einen Verlust von 10.000 Euro erlitten. Dies betrifft Sacheigentum i.S.d. Art. 14 I GG. Auch im Rahmen der (ggf. hilfsgutachterlichen) Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen war diese Differenzierung zu beachten, vor allem bei der Prüfung der Unmittelbarkeit des Eingriffs sowie des Sonderopfers. Möglich wäre daher auch eine getrennte Prüfung des enteignenden Eingriffs hinsichtlich der beiden Einbußen gewesen. Bei einer gemeinsamen Prüfung hätte die Differenzierung jedenfalls deutlicher herausgehoben werden müssen.

In diesem Zusammenhang kommt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Unter Gewerbebetrieb ist »die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel in all ihren Erscheinungsformen zu verstehen, die in der Hand des Betriebsinhabers zu einem einheitlichen Organismus zusammengefasst sind.«<sup>81</sup> Ks Restaurant stellt durch seine Verknüpfung von Lagerbestand, Dienstleistungen und Angestellten, einen solch einheitlichen Organismus dar und ist somit ein Gewerbebetrieb. Im Recht diesen einzurichten und auszuüben sehen der BGH, das BVerwG und die herrschende Literatur neben seiner zivilrechtlichen Funktion als »sonstiges Recht« i.S.d. § 823 I BGB auch eine von Art. 14 I GG verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsposition.<sup>82</sup> Diese müsse jedoch dahingehend beschränkt werden, als dass ausschließlich die Substanz in der Sach- und Rechtsgesamtheit des jeweiligen Betriebes schützenswert sei.<sup>83</sup> Während dies das ungestörte Funktionieren des bisherigen Betriebsorganismus umfasse, gelte dies nicht für etwaige zukünftige Chancen und Gewinnaussichten.<sup>84</sup> Vereinzelt wird dagegen eingewendet, zwar einzelne Bestandteile dem Schutzbereich von Art. 14 I GG zu unterstellen, das ReaG als Summe jener einzelnen Rechtspositionen hingegen nicht.<sup>85</sup> Allerdings exkludiert die herrschende Auffassung hinsichtlich der verfestigten Zuordnung von Rechtspositionen als – legt man den oben aufgeführten Eigentumsbegriff zugrunde – entscheidendes Schutzkriterium, mit Erwerbschancen und künftigen Ertragschancen, gerade die Teile des ReaGs, denen es an jenem Merkmal mangelt. Dies stellt eine ausreichende wie überzeugende Differenzierung dar. Das ReaG ist somit von Art. 14 I GG in Teilen umfasst.

Fraglich ist, ob die Betriebsschließung der K diesem schützenswerten Teil zugehörig ist. In ähnlichen Fällen, in

denen Gewerbetreibende aufgrund einer Verordnung zur Eindämmung des Corona-Virus dazu verpflichtet wurden ihr Gewerbe zu schließen, waren sich Rechtsprechung und Teile der Literatur bisher uneins, ob dies tatsächlich den Schutzbereich von Art. 14 I GG oder vielmehr die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG tangierte. Für einen Eingriff in die, einen enteignenden Eingriff ausschließende, Berufsfreiheit wird vorgebracht, im Vordergrund der Beeinträchtigung stünden insbesondere entgangene Erwerbs- bzw. Betriebsaussichten und somit keine verfestigten Eigentumspositionen.<sup>86</sup> Andere sehen in Betriebsschließungen gerade nicht nur schützenswerte Umsatzeinbußen, sondern eine Beeinträchtigung der Fortsetzung des betroffenen Betriebs im herkömmlichen Umfang.<sup>87</sup> Dies würde gerade die im eigentümlichen Schutzbereich aufgenommene Substanz des Betriebes in beeinträchtigender Weise betreffen.<sup>88</sup> Betrachtet man den Fall der K war sie durch die Verordnung dazu verpflichtet, ihr Angebot auf einen Außer-Haus-Verkauf zu reduzieren. Weder wurde dadurch ihr eingestelltes Personal wie gewohnt beansprucht, noch konnten die Sitzflächen des Restaurants genutzt werden, noch wurde die gleiche Anzahl an Speisen und Getränken verkauft. Somit waren der herkömmliche Ablauf und Umfang des Restaurantbetriebs außer Kraft gesetzt worden. Jene betrieblichen Maßnahmen waren gerade nicht von K getätigt worden, im Vertrauen auf zukünftige, neue Umsätze bzw. Gewinnchancen, sondern bildeten die Grundlagen bzw. waren das Ergebnis eines bereits laufenden Gewerbes. Da die verordnete Schließung somit die Funktionstüchtigkeit in erheblichem Maße beschränkte, liegt ein Eingriff in die verfestigte Substanz des Restaurantbetriebs der K vor, mithin in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition.

## 2. Unmittelbarer hoheitlicher Eingriff

Der Eingriff müsste darüber hinaus von hoheitlicher Natur gewesen und unmittelbar erfolgt sein. Mit hoheitlich ist jede Maßnahme gemeint, die als Rechts- oder Verwaltungsakt ergeht.<sup>89</sup> Unmittelbar ist dieser, wenn sich zwischen Eingriff und Beeinträchtigung keine weiteren, für die Beeinträchtigung ursächlichen Umstände schieben, der Eingriff sich folglich eigens schädigend auswirkt.<sup>90</sup> Die Schließungsanordnung erging durch eine wirksam in Kraft getretene und formell sowie materiell rechtmäßige Verordnung, womit es sich um einen Rechtsakt bzw. eine hoheitliche Maßnahme handelt. Zudem war die Intention der Maßnahme, das Infektionsgeschehen und die sozialen Kontakte durch Still-

<sup>81</sup> Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 200.

<sup>82</sup> BVerwG JuS 2006, 280 (282); BVerwG NVwZ 1985, 41 (41); BGH NJW 1996, 2422 (2423); NJW 1990, 3260 (3262); NJW 1967, 1857 (1857); Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 200; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese, GG, 7. Auflage (2018), Art. 14 Rn. 133; Ossenbühl/Cornils, (Fn. 59), S. 175 f.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> BGH NJW 1996, 2422 (2423); NJW 1990, 3260 (3262); NJW 1967, 1857 (1857); Ossenbühl/Cornils, (Fn. 59), S. 175 f.

<sup>85</sup> Vgl. Epping, Grundrechte, 8. Auflage (2019), Rn. 450.

<sup>86</sup> LG Heilbronn, NVwZ 2020, 975 (976); OVG Bautzen, BeckRS 2020, 7239 (Rn. 8); VGH Kassel BeckRS 2020, 8868 (Rn. 22); Brenner, Entschädigungsansprüche von Hotels und Gaststätten im Angesicht von COVID-19?, DÖV 2020, 660 (663).

<sup>87</sup> LG Hannover NJW-RR 2020, 1226 (1229 f.); Eibenstein, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (933 f.); Struß/Fabi, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (674); Gerhard/Öller/Strahl, Kommt die öffentliche Hand ungeschoren davon?, DÖV 2020, 676 (684).

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> Hierzu Maurer/Waldhoff, (Fn. 68), § 27 Rn. 91.

<sup>90</sup> BGH NJW 1994, 1468 (1469); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Auflage (2022), Art. 14 Rn. 56a.

legung von Restaurationsbetrieben zu reduzieren. Somit war die Maßnahme gerade auch auf die Beeinträchtigung des herkömmlichen Ablaufs und der Funktionstüchtigkeit jenes Gewerbes gerichtet. Mithin erfolgte die angeordnete Schließung als Eingriff in eine von Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition auch unmittelbar.

### 3. Sonderopfer

Als weitere tatbestandliche Voraussetzung müsste das Hinnehmen des Eingriffs in die eigentümlich geschützte Rechtsposition ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer für K darstellen. Ein solches besteht, wenn die Einwirkungen die Schwelle der aus Art. 14 II GG abgeleiteten Sozialbindung überschreiten.<sup>91</sup> Dies ist anzunehmen, sobald die Beeinträchtigungen im Verhältnis zu anderen ebenfalls betroffenen Personen eine besondere Schwere aufweisen oder im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG bewirken.<sup>92</sup> Wann jene Schwelle des »enteignungsrechtlich Zumutbaren«<sup>93</sup> überschritten wird, ist im Wege der Einzelfallwertung zu bestimmen.<sup>94</sup> Als Maßstab ist letztlich die Frage zu beantworten, wo nach dem vernünftigen Urteil aller billig und gerecht Denkenden die Opfergrenze liegt und ein rechtmäßiger Eingriff vom nachteilig Betroffenen folglich nicht mehr entschädigungslos hingenommen werden muss.<sup>95</sup> Als unerreicht gilt jene Grenze zumindest bei freiwilliger Selbstgefährdung.<sup>96</sup> Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob die erlittenen Verluste der K einen Gleichheitsverstoß gegenüber nicht betroffenen Personen darstellen oder im Vergleich zu ebenfalls Betroffenen besonders schwer wiegen.

#### a) Ungleichbehandlung gegenüber anderen Branchen

Zunächst ist ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG im Vergleich zu anderen Branchen und Gewerben zu prüfen.

Hiergegen lässt sich anführen, dass neben Restaurationsbetrieben auch andere, zahlreiche Branchen von angeordneten Betriebsschließungen des § 5 betroffen sind, u.a. Friseure, Fitnessstudios und Kosmetiksalons.

*Hier fällt positiv auf, dass die die Bearbeitung die genannten Punkte aus dem Sachverhalt aufgreift und sich damit an der richtigen Stelle auseinandersetzt. Im Sachverhalt war zum*

<sup>91</sup> BGH NJW 2013, 1736 (1736); BGH NVwZ 1988, 1066 (1067); Tholl, (Fn. 60), § 6 Rn. 248; Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 14 Rn. 805.

<sup>92</sup> Ebd.

<sup>93</sup> BGH NJW 1988, 1066 (1067); NJW 1984, 1876 (1877).

<sup>94</sup> BGH NJW 2019, 227 (229); NJW 2013, 1736 (1736); Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 74.

<sup>95</sup> BGH NJW 1955, 1109 (1110); Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; Gerhard, (Fn. 10), § 56 Rn. 53.

<sup>96</sup> Hierzu BGH NJW 2017, 1322 (1325); NJW 2013, 1736 (1736); Tholl, (Fn. 60), § 6 Rn. 249; Bachmann/Rung, (Fn. 3), § 15 Rn. 74; Jarass/Pieroth/Jarass, (Fn. 90), Art. 14 Rn. 57.

*einen aufgeführt, dass zahlreiche weitere Branchen von den Betriebsschließungen betroffen waren. Zum anderen wurde darauf hingewiesen, dass der Betrieb der K akut existenzgefährdet war. Mit diesen beiden Aspekten galt es sich im Rahmen der Feststellung des Sonderopfers auseinanderzusetzen.*

Vielmehr lässt sich dazu festhalten, dass Restaurationsbetrieben noch ein Außer-Haus-Verkauf gestattet ist, sodass dies sogar eher einem Vorteil im Vergleich zu jenen anderen Betrieben gleichkommt. Eine Ungleichbehandlung von Restaurationsbetrieben im Vergleich zu den genannten Branchen liegt somit nicht vor. Zieht man darüber hinaus den Vergleich zu Gewerben, die von der Schließungsanordnung des § 5 nicht umfasst sind, erscheint diesen gegenüber, eine Ungleichbehandlung infrage kommend. Beim Prüfen eines Gleichheitsverstößes i.S.d. Art. 3 I GG ist jedoch strikt darauf zu achten auch nur »wesentlich Gleiches gleich« und hingegen »wesentlich Ungleiches ungleich« zu behandeln.<sup>97</sup> Die bereits angeführten Branchen weisen alle eine ähnlich hohe Intensität an Körperkontakt im Rahmen ihres geregelten Betriebs auf. Die Gefahr eines Infektionsrisikos ist innerhalb dieser Branchen gleichermaßen hoch, weswegen auch alle durch die Verordnung im selben Maße eingeschränkt werden. In anderen Branchen wie bspw. dem Lebensmittel- oder sonstigem Einzelhandel, die von den Beeinträchtigungen des § 5 der Verordnung hingegen nicht umfasst sind, ist diese hohe Intensität an Körperkontakt nicht gegeben. Die Maßstäbe, die hier an die Bekämpfung des Infektionsgeschehens gelegt werden müssen, sind andere. Zwar geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, welchen genauen Beeinträchtigungen jene, andere Branchen unterliegen. Aufgrund eines geringeren Infektions- und Verbreitungsrisikos des Virus ist ein Vergleich zu diesen Branchen jedoch auch gar nicht erst anzustellen. Ein Gleichheitsverstoß kann aufgrund der in diesem Zusammenhang bestehenden Ungleichheit jener Branchen zu der von Restaurationsbetrieben nicht vorliegen. Eine Prüfung des Gleichheitsgebots von Art. 3 I GG beschränkt sich auf diejenigen Branchen und Betriebe, die ein ähnliches Infektionsrisiko bürden. Da diese im gleichen Maße durch die rechtmäßige Verordnung eingeschränkt werden, ist K zumindest in dieser Hinsicht kein Sonderopfer auferlegt.

#### b) Besondere Schwere im Verhältnis zu ebenfalls Betroffenen

Möglicherweise weist die Beeinträchtigung Ks jedoch im Vergleich zu ebenfalls betroffenen Restaurationsbetrieben eine besondere, individuelle Schwere auf, die ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer begründet. K macht geltend, Verluste i.H.v. jeweils 10.000 € durch weiterlaufende, nicht zu deckende Betriebskosten und die Entsorgung ihres hochwertigen, frischen Lagerbestands erlitten zu haben. Betrachtet man die Branche der Restaurationsbetriebe spezifisch, ist vorrangig festzustellen, dass alle Betriebe durch die angeordnete Schließung in der Ausübung ihres gewöhnlichen Umfangs gleichermaßen getroffen wurden. Daher ist naheliegend, dass es auch der Mehrheit der

<sup>97</sup> Siehe Maunz/Dürig/Kirchhof, (Fn. 61), Art. 3 Rn. 5; Mangoldt/Klein/Starck/Deppenheuer/Froese, (Fn. 82), Art. 3 Rn. 40.

anderen Einrichtungen nicht möglich war, die Verluste, die K durch weiterlaufende Betriebskosten erlitten hat, durch einen Außer-Haus-Verkauf kompensieren zu können. Eine besondere Schwere seitens der K ist, auch da die Betriebskosten nicht branchenunüblich hoch erscheinen, mangels einzelfallartiger Konstellation nicht gegeben. Etwas anderes könnte sich im Hinblick auf den entsorgten Lagerbestand ergeben.

*Genau an dieser Stelle spielte die Differenzierung zwischen den Einbußen der K eine entscheidende Rolle. Dies wird hier konzise unter sorgfältiger Würdigung des Sachverhalts herausgearbeitet.*

Dieser ist, da K in ihrem Restaurant ein besonders frisches und hochwertiges Angebot schaffen möchte, an Wert und Umfang um ein Zehnfaches höher als der gegenwärtige Branchendurchschnitt. Die hier erlittenen Verluste sind daher im Vergleich zu anderen Restaurationsbetrieben höher und gravierender. Zu beleuchten ist, ob dies die Opfergrenze des Unzumutbaren tatsächlich überschreitet. Dafür spricht zumindest die wirtschaftliche Faktenlage. Andere Betriebe wie Mensen oder Imbisse dürften durch ihr meist länger haltbares und weniger teures Angebot deutlich geringere finanzielle Einbußen durch Lagerbestandsentsorgungen erfahren haben. K wurde in diesem Bereich durch die Verordnung branchenunüblich stark getroffen. Eine einzelfallartige Situation, die es für ein Sonderopfer braucht, ist hier nicht fernliegend. Hieran schließt sich jedoch die Frage der Verantwortlichkeit hinsichtlich jener geschaffenen, besonderen Lage an. Wie bereits in F.I. dargestellt, ist das von K entwickelte Konzept ihres Restaurants, gerade durch gehobene, frische Ware Umsatz zu generieren. Während dieses, nicht zwangsläufig vorhersehbare Alleinstellungsmerkmal zwar dafürspricht, den Regelungsbereich des enteignenden Eingriffs gelten zu lassen, ist es kein unumstößliches Kriterium dafür, auch ein Sonderopfer anzunehmen. Miteinzubeziehen und tatbestandsausschließend ist, wie schon erwähnt, der Grad der Freiwilligkeit, den die Betroffene für die besondere Situation innehat. Die Entscheidung überwiegend auf frische, hochwertige Ware zu setzen, ist alleinig die der K gewesen. Jedoch sollte diese Entscheidung aufgrund der garantierten freien Berufs- und Eigentumsausübung aus Art. 12 I bzw. Art. 14 I GG K nicht grundsätzlich und von vornherein als Teil ihres freiwilligen, unternehmerischen Risikos angelastet werden. Dies würde den Begriff der Risikoübernahme überdehnen.<sup>98</sup> Allerdings kann die freiwillige Entscheidung mit kostenintensiverer Ware als andere Betriebe zu arbeiten, auch nicht dazu führen, K dahingehend zu privilegieren, ihr aufgrund ihres eigenverantwortlich entwickelten Konzepts eine besondere Schwere im Vergleich zu anderen Betroffenen, die weniger frische und hochwertige Waren anbieten, zuzusprechen. Dies scheint mit einem Urteil aller billig und gerecht Denkenden nicht vereinbar. Somit ist auch im Verhältnis zu anderen Betroffenen kein ausgleichspflichtiges Sonderopfer für K zu bejahen.

<sup>98</sup> Hierzu *Struß/Fabi*, (Fn. 21), DÖV 2020, 665 (675).

### c) Sonderfall der Existenzgefährdung

Klärungsbedürftig ist allerdings, wie der Umstand, dass K sich durch die ihr entstandenen Verluste einer akuten Existenzgefährdung entgegenstellen sieht, hinsichtlich einer Sonderopferlage zu bewerten ist.

In der Literatur wird der Aspekt der Existenzgefährdung teilweise zum Anlass genommen, Betroffenen von infektionsschutzrechtlich bekämpfenden Maßnahmen, abweichend von der Individualisierbarkeit und Einzelfallqualität ihrer Lage, ein ausgleichspflichtiges Sonderopfer zuzusprechen.<sup>99</sup> Dabei wird sich u.a. auf an sich entschädigungslos hinzunehmende, vorübergehende Straßensanierungsarbeiten bezogen, bei denen der BGH die Opfergrenze des Zumutbaren als überschritten ansah, sobald die Arbeiten sich für betroffene Gewerbetreibende existenzbedrohend auswirken würden.<sup>100</sup> Am vertretenden Standpunkt, dass derartige Existenzbedrohungen im Rahmen der Pandemie nicht einfach entschädigungslos hinnehmbar wären, würde nach jener Auffassung das für den BGH »maßgebende Urteil aller billig und gerecht Denkenden [...] auch keine vernünftigen Zweifel« haben können.<sup>101</sup> Hiergegen spricht jedoch, dass der BGH die von ihm entwickelte Rechtsfigur des enteignenden Eingriffs ausdrücklich nicht als »geeignete Grundlage ansieht, um massenhaft auftretende Schäden [...] auszugleichen«.<sup>102</sup> Neben K, deren Lebensgrundlage akut existenzgefährdet ist, muss aber davon ausgegangen werden, dass dies auch für zahlreiche Andere das Ergebnis der beeinträchtigenden Maßnahmen sein wird. Zwar mahnen Schmitz/Neubert zurecht an, dass die »schiere Anzahl« der Betroffenen ein Sonderopfer nicht einfach ausschließen lassen könnte, da die Grenze zum vom BGH abgelehnten, massenhaften Ausmaß lediglich »willkürlich« zu bestimmen sei.<sup>103</sup> Allerdings ist anzunehmen, dass, da die Maßnahmen des § 5 der Verordnung ganze Wirtschaftszweige betreffen, hunderte von Betrieben in Niedersachsen einer Existenzbedrohung gegenüberstehen. Dies könnte in solchen Fällen die Anwendung des enteignenden Eingriffs zudem mit dem Prinzip der Gewaltenteilung unvereinbar machen. Hierfür ist zunächst die freie Entscheidungskompetenz des Haushaltsgesetzgebers anzuführen. Ihm allein obliegt es in grundlegenden Fragen über den Einsatz staatlicher Finanzmittel zu entscheiden. Die Kompensation massenhaft auftretender Schäden fiele, da sie für die staatlichen Finanzen weitreichende Folgen haben könnte, in jenen elementaren Bereich. Sie wären folglich der Ent-

<sup>99</sup> Vgl. *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (183); *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; *Rinze/Schwab*, Dulde und liquidiere – Staatshaftungsansprüche in Coronazeiten, NJW 2020, 1905 (1910); *Schmitz/Neubert*, (Fn. 14), NVwZ 2020, 666 (670 f.); *Eibenstein*, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (934).

<sup>100</sup> BGH NJW 1980, 2703; NJW 1972, 243; Verweisend hierauf *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 74; *Eibenstein*, (Fn. 21), NVwZ 2020, 930 (934).

<sup>101</sup> Siehe *Rommelfanger*, (Fn. 11), COVuR 2020, 178 (183).

<sup>102</sup> BGH NJW 2005, 1363 (1363); BGH NJW 1988, 478 (480); Ebenfalls Bezug nehmend *Reschke*, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (429).

<sup>103</sup> *Schmitz/Neubert*, (Fn. 14), NVwZ 2020, 666 (670); Zustimmung *Winter/Thürk*, (Fn. 21), § 22 Rn. 76.

scheidung des Parlamentsgesetzgebers vorzubehalten.<sup>104</sup> Die Anwendung eines richterlichen Rechtsinstituts wie den enteignenden Eingriff als Entschädigungsmöglichkeit in diesen Fällen vorzusehen, ohne sich auf eine gesetzgeberisch getroffene Regelung stützen zu können, würde jenen »Kern der parlamentarischen Rechtes in der Demokratie«<sup>105</sup> eindeutig verletzen.<sup>106</sup>

Diesen Grundsatz wollen vereinzelnde Stimmen im Schrifttum dahingehend verstanden wissen, als dass er auf Verordnungen, Allgemeinverfügungen sowie Verwaltungsakten, die auf Grundlage der §§ 24 ff. IfSG erlassen wurden, nicht anzuwenden sei, weil jene Rechtsakte der Exekutive zugerechnet würden.<sup>107</sup> Dem ist allerdings, da es für die Auswirkungen auf den Entscheidungsspielraum keinen Unterschied macht, in welcher Rechtsform der staatliche Akt ergeht, nicht zu folgen.<sup>108</sup> Daher ist eine Kompensation von im vorliegenden Fall anzunehmenden, flächendeckend betroffenen, existenzbedrohten Betrieben, mit der Weigerung des BGH, Massenschäden richterrechtlich zu kompensieren, auch gerade mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip, nicht vereinbar.<sup>109</sup> In genau diesem Aspekt hinkt auch der von Teilen der Literatur herangezogene Vergleich mit den Fällen der Straßenbauarbeiten. Diese waren aufgrund eines bestimmten Straßenzuges gerade individualisiert genug, da sie einzelne Betriebe betrafen. Massenhaft Geschädigte waren hier von vornherein ausgeschlossen. Jene Rechtsprechungslinie argumentativ heranzuziehen, überzeugt für die hiesige Konstellation aufgrund der deutlich größer zu erwartenden Anzahl an Geschädigten somit nicht.<sup>110</sup> Die Annahme eines Sonderopfers aufgrund fehlender anderer staatlicher Hilfen,<sup>111</sup> ist aufgrund unzureichender Sachverhaltsinformationen, nicht weiter zu berücksichtigen.

*Gerade weil der Sachverhalt keinen Hinweis auf staatliche Hilfen enthielt, war davon auszugehen, dass die K auch keine solche erhalten hat. Daher wäre es durchaus vertretbar gewesen ein Sonderopfer anzunehmen. Entscheidend war an dieser Stelle eine stringente Argumentation, die hier gut gelingt.*

Mithin begründet auch der (Sonder-)fall der Existenzbedrohung für K kein ausgleichspflichtiges Sonderopfer.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des enteignenden Eingriffs liegen nicht vor.

<sup>104</sup> BGH NJW 1988, 478 (481 f.); LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>105</sup> BVerfG NJW 2011, 2946 (2948, Rn. 104).

<sup>106</sup> BGH NJW 1988, 478 (481 f.); LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>107</sup> Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 84 f.

<sup>108</sup> So auch LG Hannover NJW-RR 2020, 1227 (1232).

<sup>109</sup> Ähnlich auch Reschke, (Fn. 14), DÖV 2020, 423 (429); Brenner, (Fn. 86), DÖV 2020, 660 (663).

<sup>110</sup> Ebenso Kießling/Kümper, (Fn. 3), § 65 Rn. 20.

<sup>111</sup> Hierfür argumentierend Winter/Thürk, (Fn. 21), § 22 Rn. 76.

#### IV. Ergebnis

Ein Anspruch aus dem enteignenden Eingriff scheidet bereits wegen der ausschließenden Sperrwirkung der §§ 56 ff. IfSG aus.

#### G. Schadensersatz aus der Amtshaftung

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung kommt aufgrund der Rechtmäßigkeit der Verordnung nicht in Frage.<sup>112</sup>

*Hier gerät die Bearbeitung zu oberflächlich. Zunächst fehlt schon die Nennung der Anspruchsgrundlage (§ 839 I 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG). Zwar ist richtig, dass der Amtshaftungsanspruch nur für rechtswidriges Handeln eines Amtsträgers gilt und daher nicht einschlägig ist, allerdings wäre hier die Prüfungen der ersten Voraussetzungen angebracht gewesen. Schon aus »taktischen« Gründen wäre es sinnvoll gewesen die Verletzung einer Amtspflicht anzuprüfen. Dabei stellte sich die Frage, welche drittbezogene Amtspflicht der Ordnungsgeber hätte beachten müssen. Hier war die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln einschlägig. Ob der Erlass einer Verordnung drittbezogen ist, hätte diskutiert werden können. Da Verordnungen abstrakt-generelle Regeln enthalten, nimmt der Ordnungsgeber nach ständiger Rechtsprechung allerdings ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit und nicht gegenüber bestimmten Personen oder Personengruppen wahr. Davon sollen Verordnungen ausgenommen sein, die einem eindeutig abgrenzbaren Personenkreis dienen. Ein Drittbezug hätte folglich mit entsprechender Begründung angenommen werden können. Eine Verletzung dieser drittbezogenen Amtspflicht hätte dann verneint werden müssen, da die Verordnung laut Bearbeitervermerk rechtmäßig ist.*

#### H. Ergebnis der Frage 1.1<sup>113</sup>

K kann aus keiner der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen einen Entschädigungsanspruch erlangen.

*In der vorliegenden Bearbeitung wurde an dieser Stelle im Anschluss an die Anspruchs begründung (1.1) unter 1.2 sehr umfangreich und inhaltlich zutreffen die Höhe der jeweiligen Ansprüche hilfsgutachterlich geprüft. Aus Platzgründen wurde hier von dieser Darstellung abgesehen. Nichtsdestotrotz ist anzumerken, dass dieser Aufbau unüblich und im Übrigen auch nicht zweckmäßig ist. Die Höhe der Entschädigung des Anspruches ist im Rahmen der jeweiligen Rechtsfolge zu prüfen. Die Bearbeitung verliert so außerdem an Struktur: Hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen muss nach oben verwiesen werden. Der Aufbau gerät so unübersichtlich.*

<sup>112</sup> Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, (Fn. 61), Art. 34 Rn. 17.

<sup>113</sup> Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch und der allgemeine Aufopferungsanspruch wurden aus Platzgründen nicht mit abgedruckt.