

## Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski\*

Der folgende Beitrag zeigt, dass das IfSG über ein in sich geschlossenes Vorbeuge- und Schutzsystem verfügt, einschließlich der dafür erforderlichen Entschädigungsregelungen. Der Gesetzgeber hat zurecht darauf hingewiesen, dass die Entschädigungsregelungen des IfSG umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch ersetzt haben.

### I. Problemstellung

Ende Dezember 2019 trat das Coronavirus erstmals in Wuhan (China) auf.<sup>1</sup> Mit Wirkung ab 1.2.2020 hat das Bundesgesundheitsministerium die Meldepflicht nach §§ 6, 7 IfSG durch Rechtsverordnung auf COVID-19 ausgedehnt.<sup>2</sup> Seit Mitte März 2020 sind einschneidende, gegen die weitere Ausbreitung des Virus gerichtete Maßnahmen in Kraft, die zwischen Bund und Ländern abgestimmt und auf Länderebene durch Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen umgesetzt wurden.<sup>3</sup> Dazu gehört insbesondere auch die Schließung von Restaurants und Hotels neben Sportstätten und Kultureinrichtungen jeder Art. So wurden etwa in Bayern per Allgemeinverfügung Veranstaltungen mit mehr als 1000 Teilnehmern landesweit untersagt.<sup>4</sup> Bayern hat am 16.3.2020 den landesweiten Katastrophenfall ausgerufen und in diesem Zusammenhang klargestellt, dass Busreisen verboten sind. Ebenso wurden Gastronomiebetriebe untersagt.<sup>5</sup> Vergleichbare Allgemeinverfügungen und Verordnungen haben praktisch sämtliche Bundesländer erlassen.<sup>6</sup> Allen Verfügungen dieser Art ist gemeinsam, dass bestimmten Unternehmen, zB Restaurants und Hotels, der Betrieb für eine bestimmte Zeit **untersagt wurde**. Eine Entschädigung für diese staatlich angeordnete Betriebsschließung (Lockdown) enthalten die Verordnungen bundesweit **nicht**.

Ob und inwieweit die Betriebsschließungen rechtmäßig waren, ist in der Literatur umstritten.<sup>7</sup> *Antweiler* geht von der **Rechtswidrigkeit** der Betriebsschließungen aus, weil die §§ 28, 32 IfSG als Rechtsgrundlage nicht ausreichen.<sup>8</sup> Die sehr umfassenden **Ausgangsbeschränkungen** hält *Schmitt* für verfassungswidrig.<sup>9</sup> Die Rechtmäßigkeit von Ladenschließungen durch Allgemeinverfügung wurde am 30.3.2020 vom *BayVGH* bestätigt.<sup>10</sup> Das Gleiche wurde für Berlin und Hamburg entschieden.<sup>11</sup>

Betriebsschließungen (Lockdown) haben bei den betroffenen Unternehmen große Umsatzeinbußen verursacht, die, wie etwa bei Restaurants, Hotels, Sportstätten, Reisebussen oder Kulturstätten, auch in Zukunft nicht mehr nachhol- oder einholbar sind. Daran ändern auch staatliche Abmilderungen, wie etwa bei der Insolvenzantragspflicht,<sup>12</sup> nichts. Das gilt auch trotz unterstützender Sachleistungen oder trotz der Möglichkeit, vergünstigte KfW-Kredite aufzunehmen oder trotz der verbesserten und erweiterten Inanspruchnahme des Kurzarbeitergeldes. Die Einbußen, die Unternehmen, die vom Lockdown betroffen waren und sind, davontragen, sind bisher nur in Umrissen abschätzbar, sie dürften mehrere Billionen Euro umfassen.

Umgekehrt gibt es Branchen, die von der Krise erheblich profitiert haben und profitieren. Dazu gehören die Lieferdienste, die ihre Umsätze teilweise versechsfacht haben;<sup>13</sup> die Bauunternehmen und Handwerksbetriebe, die während der Krise hervorragend und wegen des allseitigen

Homeoffices störungsfrei arbeiten konnten. Dazu gehören sämtliche Paketlieferdienste, wie etwa Amazon und die gesamte Digitalwirtschaft, die einen Boom sondergleichen erlebt, etwa durch Videokonferenzen. Man kann etwas verkürzt sagen: Die Krise hat strukturell in die Wirtschaftskreisläufe eingegriffen. Auslöser waren die auf Länderebene angeordneten Allgemeinverfügungen, insbesondere zum Lockdown. Die daraus resultierende Rechtsfrage, um die es nunmehr gehen soll, lautet, ob die von den Betriebsschließungen be-

1474 ▲▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

troffenen Unternehmen einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gegen den Staat und die Länder haben. Es wird im Kern um die Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Eingriffe gehen. Dabei spielen Ansprüche aus Aufopferung und aus der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips möglicherweise eine Rolle.

## II. Ansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG)

### 1. Die Grundregeln des IfSG

Zweck des IfSG ist es, so § 1 I IfSG, „übertragbaren Krankheiten bei Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihrer Weiterverbreitung zu verhindern“. Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren (§ 16 I IfSG). Die Landesregierungen werden ermächtigt durch Rechtsverordnung entsprechende Gebote und Verbote zur Verhütung übertragbarer Krankheiten zu erlassen (§ 17 IV IfSG). Es geht diesem Gesetz vom 20.7.2000,<sup>14</sup> das das frühere Bundesseuchengesetz<sup>15</sup> abgelöst hat, darum, Infektionskrankheiten bundesweit nach einheitlichen Kriterien zu erfassen und Grundlage für die Entwicklung rationaler Präventionsstrategien und anderer gesundheitspolitisch erforderlicher Maßnahmen zu sein.<sup>16</sup> Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass des IfSG ergibt sich aus Art. 74 I Nr. 19 GG, wonach der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten, wie etwa COVID-19, hat.<sup>17</sup>

### 2. Kosteneinsparungen durch das IfSG

Die Entschädigungsregelungen des BSeuchG bei gesetzlichen Tätigkeitsverboten (§§ 49 ff. BSeuchG) wurden im Wesentlichen in das IfSG übernommen (§§ 56 ff. IfSG).<sup>18</sup> Der Gesetzgeber ging davon aus, dass damit zu rechnen sei, dass durch das IfSG in **personalintensiven Bereichen der Wirtschaft** spürbare (Kosten-)Erleichterungen auftreten.<sup>19</sup> Einsparungen für die Wirtschaft seien durch verbesserte Prävention und frühzeitige Erkennung von Infektionsquellen infolge verbesserter Meldewege und damit verbundener rechtzeitig eingeleiteter Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen, einschließlich der Aufklärung, die keinen oder einen kürzeren Krankheitsverlauf erwarten lassen, wahrscheinlich, aber derzeit nicht abschätzbar.<sup>20</sup> Der Grund für diese vom Gesetzgeber erwarteten Kosteneinsparungen für die Wirtschaft lag und liegt ersichtlich in den Entschädigungsregelungen des § 56 IfSG. Diese Norm, die im Wesentlichen dem früheren § 49 BSeuchG entspricht,<sup>21</sup> sorgt dafür, dass Personen, die Träger von Krankheitserregern sind, ein **berufliches Tätigkeitsverbot** (§ 31 IfSG) auferlegt

werden darf. Als Folge dieses Tätigkeitsverbotes wird diesen Personen, sofern sie einen Verdienstaufschlag erleiden, eine Entschädigung in Geld gewährt (§ 56 I IfSG). Die Höhe der Entschädigung bemisst sich vor allem am Verdienstaufschlag – die Einzelheiten sind in § 56 II bis XII IfSG geregelt.

### 3. Maßnahmen zur Abwendung von Gefahren

Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit, wie COVID-19, führen können, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der **Allgemeinheit** hierdurch drohenden Gefahren (§ 16 I IfSG). Die zuständige Behörde kann, zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten, wenn dies zur Verhinderung der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit erforderlich ist (§ 28 I IfSG). Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider können deshalb auch einer Beobachtung unterworfen werden (§ 29 I IfSG). Unter bestimmten Umständen hat die zuständige Behörde eine Quarantäne anzuordnen (§ 30 I IfSG).

### 4. Entschädigung in Geld bei nicht unwesentlichen Vermögensnachteilen

Soweit auf Grund einer Maßnahme nach den §§ 16, 17 IfSG ein nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird, ist nach § 65 I IfSG eine Entschädigung in Geld zu leisten. Diese Entschädigung für andere, nicht nur unwesentliche Vermögensvorteile darf den Betroffenen nicht besserstellen, als er ohne die Maßnahme gestellt sein würde (§ 65 II IfSG). Aufgrund der Maßnahme notwendige Aufwendungen sind darüber hinaus zu erstatten (§ 65 II letzter S. IfSG).

Diese Entschädigungsregelung entspricht im Wesentlichen § 57 I BSeuchG. Der Gesetzestext hat gegenüber dem BSeuchG verdeutlicht, dass eine Entschädigung nur dann geleistet werden soll, wenn sich die seuchenhygienischen Maßnahmen gegen einen Nichtstörer richten. <sup>Obj</sup>22

Dies bedeutet, dass das IfSG bei behördlichen Maßnahmen gegenüber **Nichtstörern** eine Entschädigung in Geld vorsieht, sofern ein nicht unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wurde. Ein solcher nicht unwesentlicher Vermögensvorteil ist einer Vielzahl von Unternehmen durch die Schließungsanordnungen der Länder ohne Frage verursacht worden.

### III. Entschädigung nach § 65 IfSG

In Literatur und Rechtsprechung wird die Meinung vertreten, dass sich die Entschädigungsregelung in § 65 IfSG nicht auf Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG erstreckt. Die Verordnungen der Länder hätten sich aber auf Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG gestützt – insoweit fehle es an einer Entschädigungsregelung.<sup>23</sup>

Mit dem Wortlaut des IfSG sind Überlegungen dieser Art nicht zu vereinbaren. § 16 I IfSG stellt darauf ab, dass Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen könnten oder, dass solche Tatsachen bereits vorliegen. Zu Beginn der Coronakrise im Januar 2020 wurden Tatsachen festgestellt (insbesondere die Geschehnisse in Wuhan) aus denen man schließen konnte, dass sie zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit (auch in Deutschland) führen könnten. Zeitlich später (ab Anfang März 2020) war anzunehmen, dass solche Tatsachen in Deutschland vorlagen. Um die Ausbreitung von COVID-19 zu verhindern, haben die Länder flächendeckend seit Mitte März

2020 einen Lockdown angeordnet. Es ging den Län-

1475 ▲  
▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

dern darum, die Übertragungsketten für COVID-19 zu unterbrechen, also die Übertragung von COVID-19 zu **verhüten**. Die Maßnahmen der Länder beruhten eindeutig auf § 16 I IfSG, auch wenn dies von den Ländern in den Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen möglicherweise anders adressiert war. Dies folgt bereits daraus, dass die Nennung einer falschen Rechtsgrundlage nicht zur Rechtswidrigkeit einer Verfügung führt, solange die tatbestandlichen Voraussetzungen einer einschlägigen Rechtsgrundlage erfüllt sind.<sup>24</sup>

Darüber hinaus gab es einige – glücklicherweise wenige – Fälle, in denen Kranke, Krankheitsverdächtige oder Ausscheider festgestellt wurden. Es gab auch Fälle, wonach ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Mit Blick auf diese, sehr viel schwerwiegenderen, Fälle durften die Behörden Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten (§ 28 I IfSG).

Im Kern aber wurden Betriebsschließungen angeordnet, um die Weiterverbreitung von Corona zu verhüten. Dies ist, wie die Monate danach zeigten, im Großen und Ganzen in Deutschland auch gelungen. Das bedeutet, dass der in der Bundesrepublik praktizierte Lockdown zur **Verhütung** der Weiterverbreitung von COVID-19 erfolgte. In den allerwenigsten Fällen – zu denen gehört die Schließung der Schlachthöfe des Unternehmens Tönnies – beruhten die Maßnahmen auf Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG. Wären die Schließungsmaßnahmen in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich auf die Fälle des § 28 IfSG beschränkt gewesen, so hätte es fast keine Betriebsschließungen geben können und dürfen, da in den allerwenigsten Unternehmen der Republik Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden konnten. Das hing und hängt unter anderem auch damit zusammen, dass es bis Ende August 2020 nicht möglich war, flächendeckend alle Einwohner der Bundesrepublik Deutschland auf Corona zu testen.

Wer in der Bundesrepublik Deutschland zu dem Kreis der von § 28 I IfSG genau gemeinten Personen gehörte oder gehört, weiß bis heute niemand. Aus diesem Grund konnten auch die Länder ihre Schließungsanordnungen nicht auf § 28 I IfSG stützen, weil sie gar nicht wussten, um welchen Personenkreis es hätte gehen können und müssen. Es ging den Ländern vielmehr darum, die Übertragungskette für COVID-19 zu unterbrechen. Um dies zu erreichen, mussten bestimmte Unternehmen, wie etwa Restaurants, Hotels, Kinos oder Fußballstadien, geschlossen werden. Auf diese Weise wurde (ergänzt um den Mundschutz und die Abstandsregelungen) die Weiterübertragung des Virus **verhütet**.

Diese Verhütungsmaßnahmen beruhten somit auf § 16 I IfSG. Inhaltsgleich waren die früheren Regelungen in § 10 BSeuchG. In der Gesetzesbegründung zu dieser Norm heißt es: „Verhütung bedeutet danach die Verhinderung der Entstehung übertragbarer Krankheiten, nicht aber die Verhinderung der Verbreitung bereits aufgetretener Krankheiten“.<sup>25</sup> Genauso ist es auch heute noch, denn diese Regelungen wurden nahezu inhaltsgleich in das IfSG übernommen.<sup>26</sup> Im Kern ging es Bund und Ländern in der andauernden Coronakrise darum, die Entstehung übertragbarer Krankheiten bei einzelnen Betroffenen zu verhindern. Deshalb wurden die Infektionsketten unterbrochen, obwohl die Betroffenen nicht erkrankt waren. Es ging um Prävention. Da bis heute unbekannt ist, wer mit dem Virus tatsächlich infiziert ist, gibt es hier eine gewisse Grauzone. In einigen (wahrscheinlich wenigen) Fällen dürften die vom Lockdown Betroffenen (ohne es zu ahnen) infiziert gewesen sein. Bei dieser Personengruppe hätte es sich nicht mehr um die Verhütung, sondern um die Verhinderung der Verbreitung einer

bereits aufgetretenen Krankheit gehandelt. Im Ergebnis jedenfalls – und das ist entscheidend – ging es dem Lockdown vor allem darum, Infektionsketten zu unterbrechen, Infektionen gar nicht erst auftreten zu lassen – also um Maßnahmen zur **Verhinderung** und **Verhütung** der Entstehung der Corona-Pandemie in Deutschland bzw. in den jeweiligen Bundesländern. Daneben stehen die (zahlenmäßig viel geringeren) Fälle, in denen die Maßnahmen des Bundes und der Länder auf die Verhinderung der Verbreitung der bereits aufgetretenen (erkannten) Covid-19-Erkrankung gerichtet war.

#### IV. Die Verschränkung von Verhütung und Bekämpfung

Eine hiervon zu trennende Frage ist die, ob Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG nicht in vielen Fällen automatisch auch Verhütungsmaßnahmen iSd § 16 IfSG sind, sodass beide Normenbereiche ineinander greifen und sich überschneiden. Für eine solche gesamtheitliche Betrachtung spricht, dass § 28 I IfSG nicht nur Kranke oder Ausscheider sondern auch Krankheits**verdächtige** und Ansteckungs**verdächtige** umfasst. Bei einem Menschen der krankheitsverdächtig ist, steht nicht fest, ob er die Krankheit tatsächlich weiterverbreiten kann. Es besteht nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür. Das ergibt sich aus § 2 Nr. 5 IfSG wonach Krankheitsverdächtiger eine Person ist, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen. Jede Schutzmaßnahme, die man gegenüber einem Krankheitsverdächtigen nach § 28 IfSG ergreift, ist notwendigerweise zugleich eine **Verhütungs**maßnahme. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Krankheitsverdächtige in Wahrheit nicht erkrankt ist. Es besteht nur die Möglichkeit dafür. Immer dann, wenn nur die Möglichkeit der Erkrankung besteht, handelt es sich bei den Maßnahmen, die zur Verhinderung der Weiterübertragung der Krankheit getroffen werden, um eine Verhütungsmaßnahme. Das Gleiche gilt für Ansteckungsverdächtige, also Personen, von denen anzunehmen ist (§ 2 Nr. 7 IfSG), dass sie Krankheitserreger aufgenommen haben, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein. Ansteckungsverdächtige können also gesund sein.

Verhütungsmaßnahmen, können somit in Wahrheit Kranke betreffen und umgekehrt. Da sich § 28 I IfSG sowohl auf Krankheitsverdächtige als auch Ansteckungsverdächtige erstreckt bedeutet dies, dass die Bekämpfungsmaßnahmen in den Fällen Verhütungsmaßnahmen sind, in denen die Betroffenen zwar verdächtig, aber in Wirklichkeit **gesund** sind. Das Gleiche gilt umgekehrt für Gesunde, die in Wirklichkeit (unerkannt) krank sind. Dies bedeutet, mit Blick auf Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige überschneiden sich die Regelungsbereiche der §§ 16, 28 IfSG – sie verschränken sich so miteinander, dass Maßnahmen, insbesondere zur Unterbrechung von Infektionsketten, auch dann getroffen werden können, wenn bei den hoheitlichen Eingriffen von Bund und Ländern letztlich offen bleibt, ob sich die Maßnahmen zur Verhütung gegen Gesunde oder zur Bekämpfung gegen Kranke richten. Beides ist vom IfSG erfasst und geregelt.

Das bedeutet umgekehrt, dass die Schutzmaßnahmen nach § 28 I automatisch auch die Voraussetzungen des § 16 I IfSG erfüllen, indem sie nicht nur schützen, sondern zugleich auch verhüten. Diese Überlegungen zeigen, dass die angebliche Exklusivität zwischen § 16 I IfSG und § 28 I IfSG, die das *OVG Lüneburg* annimmt, in Wirklichkeit nicht existiert.<sup>27</sup> Davon ist auch das *BVerwG*, entgegen der Annahme

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

1476 ▲  
▼

des *OVG Lüneburg*, nicht ausgegangen.<sup>28</sup> Vielmehr hat das *BVerwG* festgestellt, dass auch das *BSeuchG*, so wie heute das IfSG, zwischen

(vorbeugenden) Maßnahmen zur Entstehung und Verhütung übertragbarer Krankheiten und solchen zur Bekämpfung unterschied. Zu der Frage, ob sich die Regelungsbereiche beider Normgruppen möglicherweise auch überschneiden, hat sich das *BVerwG* nicht geäußert. Es hat aber ausdrücklich festgestellt, dass die allgemeine Zielsetzung der Generalklausel des § 10 I BSeuchG nicht nur die Entstehung übertragbarer Krankheiten vermeiden wollte, sondern die Eingriffsbefugnis der Polizei bereits an den Seuchen**verdacht** geknüpft hat.<sup>29</sup> Eine andere Auslegung, so das *BVerwG* ausdrücklich, würde dem Ausmaß der drohenden Gesundheitsgefahren und dem Gewicht der auf dem Spiel stehenden Gesundheitsinteressen der Bevölkerung nicht gerecht werden.<sup>30</sup>

Genau diesen Grundprinzipien folgt auch das heutige IfSG, das ein aufeinander abgestimmtes und miteinander verzahntes Vorbeuge- und Schutzkonzept praktiziert und dieses Konzept mit einem in sich stimmigen Entschädigungskonzept verbunden hat. Personen, die Träger von Krankheitserregern oder krankheits-/ansteckungsverdächtig sind, kann die Ausübung ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit (§ 56 I IfSG) verboten werden. Ihnen wird in bestimmten (verhältnismäßigen) Grenzen der Verdienstaufschlag ersetzt.

Daneben ist die zuständige Behörde auf der Grundlage von Allgemeinverfügungen oder landesrechtlichen Verordnungen (§ 16 I/IV IfSG) berechtigt, zur Verhütung der Weiterverbreitung der Krankheit (zB zum Unterbrechen der Infektionsketten) präventiv Verbote auszusprechen. Konkretisieren sich die Verdachtsmomente, so können Behörden ergänzende Schutzmaßnahmen (§ 28 I IfSG) ergreifen und Veranstaltungen oder größere Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten.

Die Maßnahmen nach §§ 16, 28 IfSG greifen notwendigerweise ineinander, da sich auch Schutzmaßnahmen (§ 28 IfSG) auf Krankheits- und Ansteckungs**verdächtige** beziehen, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Wirklichkeit Gesunde von den Maßnahmen betroffen sind. Daraus folgt denklogisch, dass die Anwendungsbereiche der vorbeugenden Verhütungsmaßnahmen nach § 16 IfSG und der Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG ineinandergreifen, das heißt, die allermeisten Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG sind notwendigerweise auch vorbeugende Maßnahmen nach § 16 IfSG.

In diesen Fällen, in denen nicht ausgeschlossen werden kann, dass von den Maßnahmen nicht nur Träger von Krankheitserregern, sondern auch **Gesunde** erfasst sind, gelten die Entschädigungsregelungen nach § 65 IfSG. Soweit auf der Grundlage einer solchen Maßnahme ein nicht unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird, ist eine Entschädigung in Geld an diejenigen zu leisten, die den Vermögensnachteil erleiden, zB die Inhaber von Restaurants, Hotels, Kinos, Theatern oder Fußballstadien, denen der Geschäftsbetrieb verboten wurde, um Infektionsketten zu unterbrechen, so wie es in der Coronakrise beim Lockdown ab Mitte März 2020 der Fall war.<sup>31</sup>

Hieraus erklärt sich, warum § 65 I IfSG nicht ausdrücklich auf § 28 IfSG verweist. Dies war und ist nicht erforderlich, da die Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG denklogisch zugleich vorbeugende Verhütungsmaßnahmen nach den §§ 16, 17 IfSG sind. Mathematisch gesprochen bilden die §§ 16, 17, 28 IfSG ein aus der Mengenlehre bekanntes *Euler Diagramm*. Die Anwendungsbereiche sind überschneidend miteinander verwoben – die eine Norm kann nicht ohne die andere gedacht werden.

Die Überschneidung in § 28 I IfSG endet immer dann, wenn eine Person tatsächlich erkrankt ist, also nicht nur krankheits-/ansteckungsverdächtig sondern tatsächlich als Virusüberträger (Ausscheider) erkannt ist. In diesen Fällen wird dieser Person ein Tätigkeitsverbot auferlegt – die Entschädigungsregelung für diese Person ergibt sich aus § 56 IfSG. Handelt es sich dagegen um einen Krankheits-/Ansteckungs**verdächtigen**, steht also nicht fest, ob die Person überhaupt erkrankt oder möglicherweise **gesund** ist, so werden alle vorbeugenden Maßnahmen (auch) zur möglichen Verhütung weiterer Infektionen nach §§ 16, 17 IfSG ergriffen. Da nicht ausgeschlossen

werden kann, dass Personen tatsächlich krank sind, beruhen diese Maßnahmen zugleich auch auf § 28 IfSG. In diesen Fällen richtet sich die Entschädigung nach § 65 I IfSG.

Wird durch die Maßnahme ein **nicht unwesentlicher Vermögensnachteil** verursacht, so 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 (§ 65 I Hs. 2 IfSG). Außerdem ist § 254 BGB entsprechend anzuwenden, das heißt, diejenigen, die von den Schließungsmaßnahmen betroffen sind, müssen zur Minderung des entstehenden Schadens beitragen. Wirkt bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden mit, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist (§ 254 I BGB). Dies gilt auch dann, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (§ 254 II BGB).

Hinzukommt, dass die Entschädigung für nicht nur unwesentliche **Vermögensnachteile** den Betroffenen nicht besserstellen darf, als er ohne die Maßnahme gestellt sein würde (§ 65 II IfSG). Aufgrund der Maßnahmen notwendige Aufwendungen (dazu gehören zB Coronaschutzmaßnahmen für das Personal oder für den Umbau von Räumen) sind zu erstatten (§ 65 II letzter S. IfSG).

## V. Das in sich geschlossene Vorbeuge- und Schutzsystem des IfSG

Aus den vorstehenden Überlegungen folgt, dass das IfSG ein in sich geschlossenes Vorbeuge- und Schutzsystem, einschließlich der dafür erforderlichen Entschädigungsregelungen enthält. Die von Gerichten und der Literatur gelegentlich beklagte Lückenhaftigkeit des Entschädigungssystems des IfSG lässt sich, bei genauerem Hinsehen, nicht feststellen.

Es ist deshalb zutreffend, wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum IfSG, in der Vorbemerkung zu den Entschädigungsregelungen, folgendes formuliert hat:<sup>32</sup>

„Die im 12. Abschnitt (gemeint sind die §§ 56 bis 68 IfSG) getroffenen Entschädigungsregelungen ersetzen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch, dem damit insoweit keine lückenschlie-

1477 ▲▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

Bende Funktion mehr zukommt. Weitergehende Ansprüche aus Amtshaftung bleiben unberührt“.

Dieser, auch die Interpretation des Wortlauts der §§ 16, 17, 28 IfSG beeinflussende gesetzgeberische Wille zeigt, dass der Gesetzgeber ein in sich geschlossenes System von Vorbeuge- und Schutzmaßnahmen in Fällen, wie etwa der Coronakrise, schaffen wollte und dieses Vorbeugungs- und Schutzkonzept mit einem verfassungsrechtlich in sich stimmigen Entschädigungskonzept für Störer und Nichtstörer ergänzt und komplettiert hat. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise den Rückgriff, auf den gewohnheitsrechtlich entstandenen und auch heute noch akzeptierten Aufopferungsanspruch überwinden – das ist ihm im IfSG, wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, auch gelungen.

## 1. Der Aufopferungsanspruch

Der **Aufopferungsanspruch** wurde als Idee einer Konfliktlösung zwischen Gemeinwohl und Individualrecht erstmals in § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) kodifiziert.<sup>33</sup> Ihm liegt letztlich das im Naturrecht verwurzelte Prinzip der *Lastengleichheit aller Bürger* zugrunde.<sup>34</sup> In § 75 Einl. ALR hieß es: „... der Staat ist denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten“.

Heute ist die Tatbestandsstruktur der Aufopferung mit der des enteignenden bzw. enteignungsgleichen Eingriffs deckungsgleich.<sup>35</sup> So formuliert es auch der *BGH* in seinem Urteil für die Haftung der öffentlichen Hand für *Waldschäden*.<sup>36</sup> „Beim enteignenden Eingriff handelt es sich darum, dass eine an sich rechtmäßige hoheitliche Maßnahme auf eine Rechtsposition des Eigentümers einwirkt und im konkreten Fall bei einzelnen Betroffenen zu – meist atypischen und unvorhergesehenen – Nebenfolgen und Nachteilen führt, die die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten<sup>37</sup>“. Der Aufopferungsanspruch im engeren Sinne erfasst folglich Eingriffe in

**nicht**vermögenswerte Rechtsgüter, während der Schutz **vermögenswerter** Rechtsgüter Art. 14 I GG zugewiesen ist, soweit sie als **Eigentum** im grundrechtlichen Sinne qualifiziert werden können. Letztlich erfasst diese Lesart des Aufopferungsanspruchs sowohl die Aufopferung nichtvermögenswerter Rechtsgüter, wie beispielsweise Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Ehre, aber auch die vermögenswerten Rechtsgüter, die dem Schutz des Art. 14 I zugewiesen sind. Diese werden heute über das Institut der Enteignung und der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung des Eigentums einerseits und Ansprüchen wegen rechtswidriger Eigentumsverletzungen (enteignungsgleiche Eingriffe) andererseits erfasst.<sup>38</sup>

Dem Gesetzgeber des IfSG ging es somit darum, diesen, teilweise gewohnheitsrechtlich anerkannten, Ansprüchen, eine klare, präzise und damit justiziable, Normstruktur im IfSG zu verleihen. Damit ist das IfSG zu einer umfassenden Vorbeuge- und Schutzkonzeption bei seuchenartigen Erkrankungen, einschließlich der damit verbundenen Entschädigungsregelungen entwickelt und ausgebaut worden. Dies unterscheidet das IfSG vom früheren Bundesseuchengesetz.<sup>39</sup>

## 2. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Zugleich ist hiermit geklärt, dass das IfSG Inhalt und Schranken des Eigentums, etwa bei Betriebsschließungen, bestimmt. Es liegt mit anderen Worten keine Enteignung iSd Art. 14 III GG vor, sodass es auch keines Entschädigungsgesetzes im Sinne dieser Norm bedurfte. Es ist aber anerkannt, dass die Inhalts- und Schrankenbestimmung ausnahmsweise in besonderen **Härtefällen** zu einem finanziellen Ausgleich verpflichten kann.<sup>40</sup>

So hatte bereits das *BVerfG* im Beschluss vom 29.4.1981<sup>41</sup> darauf hingewiesen: „dass Tätigkeitsverbote das Grundrecht aus Art. 12 I GG – bei längerfristigen und existenzgefährdenden Maßnahmen möglicherweise das Grundrecht aus Art. 14 I GG – berühren. Gemessen an diesen Grundrechten wären Tätigkeitsverbote im Interesse der Allgemeinheit sicher zulässig, aber unter Umständen nur dann verhältnismäßig, wenn den Betroffenen eine **Entschädigung** gewährt wird, die demgemäß nicht im freien Belieben des Gesetzgebers stünde“.<sup>42</sup>

Genau diese Grundsätze dürften den Gesetzgeber des IfSG bestimmt haben, das Entschädigungskonzept, anders als im früheren Bundesseuchengesetz, in sich geschlossen zu entwickeln. Die Überlegungen des *BVerfG* aus dem Jahre 1981 zum alten Recht haben heute nur



noch historische Bedeutung. Sie belegen aber die Notwendigkeit eines umfassenden Entschädigungsrechtes, sowohl mit Blick auf Erkrankte (rechtstechnisch Störer) als auch auf Gesunde (rechtstechnisch Nichtstörer).

Die für die Praxis relevante Frage kann deshalb nur lauten, ob die im heutigen IfSG angelegten Entschädigungsregelungen im **Einzelfall** den Grundsätzen der Erforderlichkeit, der Geeignetheit und der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit) entsprechen. Dann und nur dann, wenn die Anwendung des IfSG selbst womöglich zu einer **unzumutbaren Belastung** des betroffenen Eigentümers führt, sind darüber hinaus Ausgleichsregelungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit und zum Ausgleich gleichheitswidriger Sonderopfer möglich.<sup>43</sup> In einem solchen (atypischen) Fall, der zu besonderen Belastungen führt, bedarf es zum Ausgleich der Unverhältnismäßigkeit oder der Gleichheitswidrigkeit der Kompensation.<sup>44</sup> Eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung liegt vor, wenn in eine Eigentumsposition besonders intensiv eingegriffen wird.<sup>45</sup> Dabei wird zur Bestimmung der übermäßigen Belastung des Härtefalls letztlich im Ergebnis wiederum auf die materiellen Theorien zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen einerseits und zur Enteignung andererseits (Schweretheorie, Sonderopfertheorie) zurückgegriffen.<sup>46</sup>

Mit Blick auf das, wie dargestellt, umfassende Entschädigungskonzept des IfSG, sowohl für Vorbeuge- als auch für Schutzmaßnahmen, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob trotz der durch das IfSG gewährten Entschädigungen unverhältnismäßige Eingriffe sowohl in die Gewerbefreiheit (Art. 12 GG) als auch in das Eigentum (Art. 14 GG) verbleiben, die letztlich eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beinhalten.

1478 ▲▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

An Fälle dieser Art wird man denken können, wenn es um die Frage geht, ob beispielsweise Betriebsschließungen zu jeder Zeit des Lockdowns erforderlich, geeignet und angemessen waren. Dies wird als völlig pauschale Antwort kaum möglich sein. Man wird auch erwägen müssen, dass die Behörden und die gesamte Gesellschaft in der Coronakrise Erkenntnisse und Erfahrungen gesammelt haben, die es zu Beginn der Krise noch nicht gab. Für die Frage der Verhältnismäßigkeit wird es auf den Zeitpunkt der Entscheidung und damit auf die Erfahrungen und Erkenntnisse ankommen müssen, die es in jenem Zeitpunkt gab.

Zu Beginn der Krise war nicht klar, welche segensreichen Wirkungen Masken haben, weil die Verbreitung des Virus über Aerosole erst später erkannt wurde. Das Gleiche gilt für die Abstandsregelungen sowie für ergänzende Hygienemaßnahmen, wie etwa Händewaschen oder Verzicht auf das Schütteln von Händen oder Umarmen bei der Begrüßung. Einige Monate nach Ausbruch der Krise ist bekannt, dass man in Ladengeschäften durch Plastikmatten den Flug von Aerosolen unterbrechen kann. Unterschiedliche Schutzsysteme für Kopf, Mund und Nase sind inzwischen getestet und auf Gebrauchstauglichkeit geprüft. Während man zu Beginn der Krise nicht wusste, warum die Ansteckungsgefahr beim Chorsingen sehr viel höher war als beim bloßen Kommunizieren zwischen Personen, ist dies seit Mai 2020 geklärt.

Daraus resultieren Überlegungen, einen weiteren Lockdown durch geeignete Vorsorgemaßnahmen zu vermeiden, über die man in März/April 2020 noch keinerlei Erkenntnisse hatte. Heute wird man den Besuch von Theatern, Kinos, Sportstätten mit entsprechenden Abständen und Atemmaske zulassen – damals gab es gute Gründe, dies nicht zu tun.

Das ändert nichts daran, dass im Einzelfall die Maßnahmen nach ihrer Intensität und Dauer auf dem Prüfstand zu stellen sind. Ob man im April 2020 Freiluftveranstaltungen, etwa in Fußballstadien, wirklich gänzlich untersagen musste oder ob es nicht auch damals denkbar gewesen wäre, Stadien mit großen Abständen und Maske zumindest ansatzweise zu füllen, wird man zu prüfen haben. Das Gleiche gilt für die Schließung von Kaufhäusern mit Verkaufsflächen oberhalb von 800 Quadratmetern.<sup>47</sup>

Bei alledem wird im Einzelfall zu berücksichtigen sein, dass das IfSG für all diese Fälle sowohl gegenüber den tatsächlich von Corona betroffenen Erkrankten als auch gegenüber den nur möglicherweise Erkrankten und den Gesunden, einschließlich der von der Krise betroffenen Unternehmen Entschädigungsregelungen enthält. Um Härtefälle kann es sich somit nur oberhalb dieser vom IfSG vorgesehenen Entschädigungsregeln handeln. Das bedeutet, betroffene Unternehmen müssten zunächst einmal ihren Anspruch auf Entschädigung nach dem IfSG entwickeln und geltend machen und dann darüber hinaus darlegen, warum aus ihrer Sicht die Entschädigung nach dem IfSG nicht hinreichend erscheint, warum also ein **Härtefall** vorliegt – möglicherweise deshalb, weil inzwischen die Existenz den Interessen der Allgemeinheit geopfert werden musste, also Insolvenz eingetreten ist.

Zu prüfen wird in diesen Fällen sein, ob der Insolvenzverwalter die Entschädigung etwa nach § 65 IfSG nunmehr zugunsten der Masse fordern kann und damit das Unternehmen in die Existenz zurückführt, oder ob dies schlechterdings nicht mehr möglich ist, etwa weil die das Unternehmen ausmachenden Betriebsstätten inzwischen veräußert sind, die Patente und gewerblichen Schutzrechte an Dritte vergeben wurden und das Personal bei anderen Unternehmen tätig und nicht mehr bereit ist, zurückzukehren. Fälle dieser Art, in denen es um die **Existenzvernichtung** eines Unternehmens durch behördliche Coronamaßnahmen geht, werden eher seltener sein. Wenn und soweit sie zu bejahen wären, müsste eine Entschädigung nach den Grundsätzen der unzumutbaren Belastung des Eigentümers mit einem **Sonderopfer** entschädigt werden.

## VI. Höhe der Ansprüche

### 1. Ansprüche nach § 56 IfSG

Die Höhe der Entschädigung ergibt sich für Kranke und Ansteckungs-/Krankheitsverdächtige aus § 56 IfSG. Immer dann, wenn ihnen die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit verboten wurde und sie dadurch einen Verdienstaufschlag erlitten haben, erhalten sie eine Entschädigung in Geld. Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Gesetz. Für die ersten 6 Wochen wird sie in Höhe des Verdienstaufschlags gewährt (§ 56 II IfSG), vom Beginn der siebten Woche an wird sie in Höhe des Krankengeldes nach § 47 I SGB V gewährt (§ 56 II IfSG). Als Verdienstaufschlag wird an das Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV) angeknüpft (§ 56 III IfSG). Bei einer Existenzgefährdung können Mehraufwendungen auf Antrag in angemessenem Umfang von der zuständigen Behörde erstattet werden (§ 56 IV IfSG). Bei Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber für längstens 6 Wochen die Entschädigung für die zuständige Behörde auszuführen (§ 56 V IfSG). Der Fall der Arbeitsunfähigkeit ist im § 56 VII IfSG geregelt. In § 56 VIII IfSG wird geregelt, dass bestimmte Zuschüsse auf die Entschädigung anzurechnen sind, etwa Zuschüsse im Zusammenhang mit der Kurzarbeit. Für Sorgeberechtigte hat der Gesetzgeber Neuregelungen in § 56 I a IfSG eingeführt.

Der Anspruch auf Entschädigung geht insoweit als dem Entschädigungsberechtigten Arbeitslosengeld, Kurzarbeitergeld oder Wintergeldausfall für die gleiche Zeit zu gewähren ist, auf die Bundesanstalt für Arbeit und mit Blick auf die Arbeitslosenhilfe auf den Bund über (§ 56 IX IfSG). Ansprüche, die auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhen, können auf das Land übergehen, soweit dieses Entschädigung geleistet hat (§

56 X IfSG). Fristen für die Antragsstellung enthält § 56 XI IfSG. Die zuständige Behörde hat auf Antrag Vorschüsse zu leisten (§ 56 XII IfSG).

## 2. Ansprüche nach § 65 IfSG

Die Entschädigungsregelungen nach § 65 IfSG sind weniger kompliziert, sie betreffen im Kern Unternehmen und Selbstständige, die durch die (vorbeugenden) Schließungsmaßnahmen einen nicht nur **unwesentlichen Vermögensnachteil** erlitten haben. In diesen Fällen ist eine Entschädigung in Geld zu leisten. Die Entschädigung darf den Betroffenen nicht besserstellen, als er ohne die Maßnahme gestellt sein würde (§ 65 II IfSG). Die aufgrund der Maßnahme notwendigen Aufwendungen (z. B. Coronaschutzmaßnahmen) sind den Betroffenen zu erstatten (§ 65 II letzter S. IfSG).

Die Grundfrage im Einzelfall wird also lauten, ob ein nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wurde. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Praxis zu konkretisieren sein wird. Voraussetzung wird zunächst einmal sein, den Vermögensnachteil überhaupt zu quantifizieren, der durch behördliche Maßnahmen verursacht wurde. Dabei wird der Umsatzrückgang gegenüber vergleichbaren Vorjahren Ausgangspunkt sein. Es wird eine Rolle spielen, wie sich die Umsätze typischerweise im Jahre 2020 gegenüber den Vorjahren entwickelt hätten (durchschnittlicher Zuwachs). Es wird zu berücksichtigen sein, wel-

1479 ▲  
▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

che Ersparnisse das Unternehmen durch den Lockdown, etwa bei Materialien und Betriebsstoffen hatte. Staatliche Zuwendungen werden zu berücksichtigen sein, wie etwa das Kurzarbeitergeld. Letztlich wird es also um eine Saldierung aller Vor- und Nachteile durch die Betriebsschließung gehen. Die Frage des Zeitraums wird eine große Rolle spielen, denn der Lockdown hat nicht nur während der Betriebsschließung als solcher erhebliche Nachteile in den Unternehmen verursacht, sondern wirkt zeitlich weiter und zwar wegen der behördlich verordneten Abstandsregelungen, der Notwendigkeit Masken zu tragen und der aus der Krise resultierenden Verhaltensänderungen in der Bevölkerung.

## 3. Schadenminderung nach § 254 BGB

Umgekehrt wird durch § 65 I IfSG jedem Betroffenen die Pflicht auferlegt den Schaden iSd § 254 BGB angemessen zu mindern. In diesem Zusammenhang wird zu fragen sein, welche Maßnahmen Unternehmen ergriffen haben, um den Schaden eventuell aufzufangen oder abzuf puffern. Restaurants mussten zwar schließen, durften aber den Straßenverkauf aufrechterhalten und/oder eröffnen. Wurde dies im Einzelfall getan? Mit welchen wirtschaftlichen Folgen? Hat man über die Frage nachgedacht, einen Lieferdienst zu eröffnen? Hat man über Umstellungen im Unternehmen nachgedacht? Hat man überlegt, ob man den Verkauf digitalisieren kann, so wie es etwa Unternehmen wie Amazon und vergleichbare tun? Wie wäre eine Kosten- und Nutzenrechnung ausgefallen, wenn man über Strategien dieser Art nachgedacht und sie umgesetzt hätte.

Hätte man – mit Blick beispielsweise auf öffentliche Veranstaltungen – diese digitalisieren und ins Netz verlegen können – hätte man damit höhere Kosten gehabt oder hätte man damit die Verluste zumindest teilweise ausgleichen können?

Über Fragen dieser Art wird man von Branche zu Branche und von Unternehmen zu Unternehmen im Einzelfall sicher nachdenken können und müssen. Die Antworten werden unterschiedlich ausfallen. Jedenfalls wird man immer zu fragen haben, ob der Einzelne mit Blick auf die ihm offenstehenden Möglichkeiten alles getan hat, um den Schaden soweit wie möglich zu mindern. Diese Anforderung steht natürlich unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Einem Betrieb wird es wohl nicht zuzumuten sein, sein komplettes Geschäftsmodell zu ändern.

Im Ergebnis darf die Entschädigung die Betroffenen jedenfalls nicht besserstellen als sie ohne Maßnahme gestanden hätten. Auf der anderen Seite müssen die Aufwendungen etwa zur Vorbeugung für Corona (Abstandsregeln einhalten, Masken tragen) erstattet werden (§ 65 II letzter S. IfSG).

## VII. Finanzierungskonzept

Das Konzept zur Finanzierung der Entschädigung nach dem IfSG ist nicht Teil des Gesetzes. Mit Blick auf die Bewältigung der Finanzkrise haben sich die Mitgliedstaaten und die Europäische Union zu einem Ankaufprogramm für öffentliche und private Schuldverschreibungen auf den Sekundärmärkten durch die nationalen Zentralbanken des Eurosystems entschieden.<sup>48</sup> Dieses Programm wurde ab 2012 als OMT-Programm fortgeführt. Erklärtes Ziel des OMT-Programms war und ist die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen geldpolitischen Transmission und der Einheitlichkeit der Geldpolitik in Europa.<sup>49</sup>

Das *BVerfG* hat in diese Geldpolitik der EZB, wenn auch mit Vorbehalten, im Grundsatz gebilligt.<sup>50</sup> Vergleichbare geldpolitische Maßnahmen haben in den vergangenen Jahrzehnten Japan ergriffen. Im Kern ging es in diesen Fällen um eine mengenmäßige Ausweitung des Geldangebotes (Quantitative Easing: QE). Geistiger Vater dieser Geldpolitik war der Nobelpreisträger *Milton Friedman*, der die US-Notenbank für das ökonomische Desaster der Depression in den 1930-er Jahren verantwortlich machte, weil sie die Ausweitung des Geldangebotes damals unterließ und damit nicht nur die USA sondern die gesamte Weltwirtschaft in eine Krise stürzte, die möglicherweise auch den Aufstieg des Nationalsozialismus in Deutschland begünstigte. Damals wurden, anders als in der Finanzkrise 2008, die Zinsen nicht etwa gesenkt, sondern drastisch angehoben. Die Geldbasis schrumpfte. Deflation und Massenarbeitslosigkeit hätten mit der entgegengesetzten Geldpolitik vermieden werden können.<sup>51</sup>

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist es heute allgemeine Meinung, dass Zentralbanken in Krisen, wie etwa der Coronakrise, die Geldmenge erhöhen, um Arbeitsplätze, Nachfrage und damit das Funktionieren der Gesamtwirtschaft letztlich aufrechtzuerhalten. Neben Japan reagierte auch die US-Notenbank im Zuge der Bankenkrise 2008 ähnlich. Das Volumen der Staatsanleihen und Hypothekenverbriefungen stieg in den USA bis 2017 auf bis zu 2,4 Billionen US-Dollar – das entsprach 22 % des US-amerikanischen Bruttoinlandsproduktes.<sup>52</sup> Ähnlich reagierte die Bank von England im Jahre 2009 und danach die Eurozone. In der Eurozone ging es zunächst um die Absenkung der Zinsen für langfristige Wertpapiere bis hin auf 0 %, danach begannen die Ankaufprogramme von Staatsanleihen, um das Geldangebot mengenmäßig auszuweiten und die Risiken von den Schuldnern der Anleihegläubigern zu nehmen.<sup>53</sup>

Die außergewöhnlichen Maßnahmen der EZB in den vergangenen Jahren basierten, so die Autoren\*innen der VÖB-Studie, auf einer zentralen historischen Erkenntnis: „Wenn in einer Bankenkrise die Bereitstellung von Liquidität durch die Zentralbank nicht mehr gewährleistet ist, sind die Auswirkungen auf die Realwirtschaft desaströs“. <sup>54</sup> Empirische Analysen deuten darauf hin, dass eine QE-Politik, verbunden mit negativen Zinsen für Banken zur Krisenbewältigung erfolgreich sein kann.<sup>55</sup> Das Volumen der erworbenen Wertpapiere durch die EZB erreichte im Jahre

2017 einen Stand von über 2,0 Billionen Euro – unter Berücksichtigung der Altbestände stieg die Bilanzsumme der EZB bis 2017 auf über 4 Billionen Euro an.<sup>56</sup>

Ziel all dieser Maßnahmen war es, Preisstabilität im europäischen Wirtschaftsraum zu sichern und zwar bei einer Inflationsrate nahe 2 %.

Auch die Coronakrise hat die Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen nicht nur im Euroraum, sondern auch weltweit, massiv zusammenbrechen lassen. Die Märkte sind durch große Unsicherheit geprägt, die unter anderem dazu führen, dass die Zinsen für Wertpapiere noch stärker gesunken sind als zuvor. Die geldpolitischen Konsequenzen hieraus sind dafür zu sorgen, dass die Fähigkeiten der Menschen und Unternehmen in Deutschland und Europa durch geldpolitische Maßnahme soweit wie irgend möglich erhalten bleiben und mittel- und langfristig abgesichert werden.

1480 ▲  
▼

Schwintowski: Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe (NJOZ 2020, 1473)

Dies kann – ähnlich wie beim Fonds Deutsche Einheit – durch staatliche Maßnahmen zur Erhöhung der Geldmenge bewirkt werden. Zu Maßnahmen dieser Art sind die Mitgliedstaaten Europas nach dem Europäischen Vertrag befugt. Einschlägig ist Art. 127 I und II AEUV.

Der Grundgedanke einer solchen Geldpolitik liegt letztlich darin, die Stabilität des Wirtschaftsraumes Deutschlands und Europas zu sichern und langfristig zu erhalten. Indem Staaten die Geldmenge den Bedürfnissen eines Wirtschaftsraumes anpassen, tun sie nichts anderes als was nach einem Währungsschnitt oder einer Währungsumstellung erfolgt. Die Geldschöpfung ist ein Prozess technischer Art, der erforderlich ist, um den Warenaustausch (Angebot und Nachfrage) mit einem entsprechenden Tauschmittel zu versorgen. Insoweit müssen sich die Staaten nicht bei den Zentralbanken verschulden – das wäre erst oberhalb des Geldmengenziels (nämlich einer Inflationsrate von 2 %) notwendig. So gesehen, können die Staaten zur Finanzierung von Krisen wie der Coronakrise zu geldpolitischen Mitteln greifen, die ihre Zukunft nicht aufs Spiel setzten, sondern umgekehrt gerade dafür sorgen, dass sie sich stabilisieren und die Krise halbwegs unbeschadet durchstehen können.

Dennoch kann es aus der Perspektive der Gegenfinanzierung sinnvoll sein über die Frage nachzudenken, wer eigentlich Verlierer und Gewinner der Coronakrise ist. Auch aus der Perspektive einer auf gleiche Belastung aller Bürger\*innen gerichteten Sozialpolitik kann es vernünftig sein, diese Frage zu stellen und zu diskutieren. Gewinner der Krise, etwa Lieferdienste oder Digitalanbieter, könnten mit einer Sonderabgabe belegt werden, ähnlich dem Solidaritätsbeitrag, der über viele Jahre von vielen Menschen in Deutschland gezahlt wurde, um die Deutsche Einheit zu finanzieren. Über Fragen dieser Art sollte vertieft nachgedacht werden.

Als Quintessenz bleibt festzuhalten, dass es in einer auf **gerechten Belastungsausgleich ausgerichteten sozialen** Marktwirtschaft nicht sein kann, dass die Einen massive Vermögenseinbußen durch die Coronamaßnahmen erleiden und verkraften müssen, während die Anderen gleichzeitig erhebliche Vermögenszuwächse zu verzeichnen haben, ohne dafür einen Belastungsausgleich zu entrichten. Beispielgebend für einen funktionsfähigen Lastenausgleich dieser Art bildet der in der Krankenversicherung seit langem gebräuchliche **Strukturausgleich**, der dafür sorgt, dass die Lasten zwischen Jungen und Alten in der Krankenversicherung halbwegs gerecht verteilt werden.

### VIII. Wichtige Ergebnisse

1. Das IfSG praktiziert ein aufeinander abgestimmtes und miteinander verzahntes Vorbeuge- und Schutzkonzept.
2. Dieses Konzept ist mit einem in sich stimmigen Entschädigungskonzept verbunden.
3. Personen, die Träger von Krankheitserregern oder krankheits- bzw. ansteckungsverdächtig sind, kann die Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit verboten werden. Ihnen wird in bestimmten Grenzen der Verdienstaufschlag ersetzt (§ 56 I IfSG).
4. Daneben können die zuständigen Behörden zur Verhütung der Weiterverbreitung der Krankheit (zB zum Unterbrechen der Infektionsketten) präventiv Verbote, zB Betriebsschließungen, aussprechen.
5. In diesen Fällen kann nicht ausgeschlossen werden, dass von den Maßnahmen nicht nur Träger von Krankheitserregern, sondern auch Gesunde erfasst sind. Es gelten die Entschädigungsregelungen nach § 65 IfSG.
6. Hieraus erklärt sich, warum § 65 I IfSG nicht ausdrücklich auf § 28 IfSG verweist. Dies war und ist nicht erforderlich, da die Schutzmaßnahmen nach § 28 IfSG denkbare zugleich vorbeugende Verhütungsmaßnahmen nach den §§ 16, 17 IfSG sind. Die Anwendungsbereiche sind überschneidend miteinander verwoben – die eine Norm kann nicht ohne die andere gedacht werden.
7. Somit verfügt das IfSG über ein in sich geschlossenes Vorbeuge- und Schutzsystem, einschließlich der dafür erforderlichen Entschädigungsregelungen.
8. Dies ist der Grund, warum der Gesetzgeber darauf hingewiesen hat, dass die Entschädigungsregelungen des IfSG umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch ersetzt haben.
9. In Härtefällen kann ein zusätzlicher finanzieller Ausgleich nach den Prinzipien der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen treten.
10. Zur Finanzierung der Entschädigungen nach dem IfSG in der Coronakrise kann und sollte auf die Instrumentarien des Quantitative Easing – wie in der Finanzkrise – zurückgegriffen werden. Eine massive Staatsverschuldung folgt daraus nicht.

---

\* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Humboldt-Universität Berlin und geschäftsführender Direktor des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e. V. (EWeRK).

1 Heute bestehen Hinweise darauf, dass es möglicherweise auch schon im Sommer 2019 in anderen Gegenden der Welt aufgetreten sein könnte, allerdings ohne erkannt zu werden.

2 VO v. 30.1.2020, veröffentlicht in BAnz AT 31.1.2020 V1.

3 So *Werber* VersR 2020, 661.

4 Allgemeinverfügung des bayrischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege v. 11.3.2020.

5 Bayerische Staatskanzlei Pressemitteilung Nr. 66 v. 17.3.2020, gefolgt von fünf Allgemeinverfügungen zur Untersagung von Gastronomiebetrieben; die erste v. 20.3.2020, Az. Z6a-G8000-2020/122-98; die folgenden im bayrischen Ministerialblatt 2020 Nr. 130 v. 24.3.2020; Nr. 205 v. 16.4.2020; Nr. 239 v. 1.5.2020; Nr. 240 v. 5.5.2020; Nr. 304 v. 29.5.2020.

6 Überblick bei Bundesrechtsanwaltskammer – Coronavirus – Übersicht COVID-19\_VO der Länder) letzte Aktualisierung 24.8.2020, 12:04 Uhr).

7 Sehr eingehend mit vielen Nachweisen *Schmitz/Neubert* NVwZ 2020, 666; zu Ausgangsbeschränkungen, insbesondere *Guckenberger* NVwZ 2020, 607.

8 *Antweiler* NVwZ 2020, 584.

- 9 *Schmitt* NJW 2020, 1626.  
10 *BayVGH* NVwZ 2020, 632.  
11 *LG Mannheim* Urt. v. 29.4.2020 – 11 O 6620, BeckRS 2020, 7522.  
12 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.3.2020, BGBl. 2020 I Nr. 14 v. 27.3.2020.  
13 So brancheninterne Schätzungen.  
14 BGBl. 2000 I 1045.  
15 Neufassung des Bundes-Seuchengesetzes v. 18.12.1979 BGBl 1979 I 262 ff; dazu die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 1888 v. 27.5.1960, S. 1-54.  
16 BT-Drs. 14/2530, S. 38.  
17 BT-Drs. 14/2530, S. 39.  
18 BT-Drs. 14/2530, S. 40.  
19 BT-Drs. 14/2530, S. 42.  
20 BT-Drs. 14/2530, S. 42.  
21 BT-Drs. 14/2530, S. 88.  
22 So die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/2530, S. 89.  
23 So *OVG Lüneburg* Beschl. v. 23.4.2020 – 13 MN 96/20, BeckRS 2020, 7233; *LG Hannover* COVuR 2020, 370; *VGH München* NVwZ 2020, 632, Rn. 9; *Schmitz/Neubert* NVwZ 2020, 666; *Giesberts/Gayger/Weyand* NVwZ 2020, 417 (420); *Eibenstein* NVwZ 2020, 930; *Rinze/Schwab* NJW 2020, 1905 a. A. *Rommelfanger* COVuR 2020, 178.  
24 Vgl. nur *OVG Münster* Beschl. v. 9.9.2013 – 1 B 748/13, BeckRS 2013, 55813.  
25 BT-Drs. 1888 v. 27.5.1960, S. 21/22.  
26 BT-Drs. 14/2530, S. 69.  
27 So Ls. 1 des Beschl. v. 23.4.2020 – 13 MN 96/20, BeckRS 2020, 7233.  
28 *BVerwG* NJW 1972, 458.  
29 *BVerwG* NJW 1972, 458 (460).  
30 *BVerwG* NJW 1972, 458 (460).  
31 Wie hier *Rommelfanger* COVuR 2020, 178.  
32 BT-Drs. 14/2530, S. 87.  
33 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 125.  
34 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 125 unter Hinweis auf die im Jahre 1763 erschienene Schrift von *Gottfried Achenwall*.  
35 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 136 (Fn. 68).  
36 *BGH* NJW 1988, 478 Unterziffer 2.a.  
37 So zuvor bereits *BGH* NJW 1984, 1876 und *BAG* NJW 1987, 1573.  
38 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 134; vertiefend im selben Band Teil 4 zu ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmungen des Eigentums ab S. 151 und Teil 5 zum enteignungsgleichen Eingriff ab S. 258.  
39 BGBl I 1979 ab S. 2262; Gesetz v. 18.12.1979; die Begründung dafür enthält die BT-Drs. 1888 für die dritte Wahlperiode v. 27.5.1960.  
40 *BVerfG* NJW 1982, 633; NJW 1999, 2877; NVwZ 2012, 429; so auch *BGH* NJW 1988, 478; NVwZ 2010, 1444.  
41 *BVerfGE* 57, 107 = BeckRS 1981, 5506.  
42 *BVerfGE* 57, 107 = BeckRS 1981, 5506 Rn 37.  
43 *BVerfG* NVwZ 2012, 429 (430 f.).  
44 *Axer* in BeckOK GG, *Epping-Hillgruber*, 43. Ed., Stand: 1.12.2019, Art. 14 Rn. 104.  
45 *Axer* in BeckOK GG, *Epping-Hillgruber*, Art. 14 Rn. 104.

- 46 Axer in BeckOK GG, *Epping-Hillgruber*, Art. 14 Rn. 104 mwN.
- 47 Vgl. die kontroverse gerichtliche Diskussion: Schließung rechtmäßig: *VGH Hessen* Beschl. v. 28.4.2020 – 8 B 1039/20.N, BeckRS 2020, 7280; vorläufig rechtswidrig: *VG Hamburg* DVBl 2020, 781.
- 48 EZB/2010/5, ABI L 124 v. 20.5.2010, S. 8 f.
- 49 So *BVerfG* NJW 2020, 1647; vertiefend *Schwintowski/Heim/Sauer* EWeRK-Sonderheft 2020, S. 11 ff. mwN.
- 50 *BVerfG* NJW 2016, 2473 Rn. 190, 193 ff. *OMT-Programm*.
- 51 Studie des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschland v. 30.11.2017 zu den Folgen der EZB-Wertpapierankäufe – die Studie ist im Internet veröffentlicht, Ziff. 2.1./2.
- 52 VÖB-Studie 2.2.2.
- 53 VÖB-Studie, S. 10.
- 54 VÖB-Studie, 2.7.
- 55 VÖB-Studie, 2.7.
- 56 VÖB-Studie, 3.2.