

Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Corona-Gefahrenabwehr

Prof. Dr. Thomas Mann/Wiss. Hilfskraft Lorenz Lang, Georg-August-Universität Göttingen*

I. Einleitung

Die Corona-Pandemie stellt Betriebe seit nunmehr fast zwei Jahren vor beispiellose wirtschaftliche Herausforderungen. Auch wenn Großteile des Einzelhandels im Sommer 2021 zumindest annähernd Normalbetrieb aufnehmen konnten, hat die sog. vierte Welle in diesem Winter erneut zu Beschränkungen geführt. Der Gesetzgeber war durch das Auftreten des Covid-19 Virus vor die Aufgabe gestellt, ein kohärentes Schutzkonzept zu entwickeln, welches einerseits betriebspezifische Gefahren berücksichtigt und andererseits eine überobligatorische Belastung einzelner Betriebe oder Geschäftszweige vermeidet. Insbesondere in den Anfangsmonaten der Pandemie im Jahr 2020 bot der karge Gesetzestext der einschlägigen Tatbestände des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) hierfür kaum eine adäquate Grundlage. Die Betriebe waren zudem in besonderem Maße föderal bedingten Sonderwegen einzelner Länder ausgesetzt, was schließlich im Erlass der sog. »Bundesnotbremse« (§ 28b IfSG aF.) kulminierte. Die Verordnungsermächtigung des § 32 S. 1 IfSG, welche die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten an die Landesregierungen und über S. 2 an nachgeordnete Stellen delegiert, hat darüber hinaus zu einer unüberschaubaren Anzahl untergesetzlicher Corona-Regelungen geführt.¹ Die so bewirkte föderale Diversifizierung der Virus-Bekämpfung hat zweifellos Vorteile bei der konkreten Gefahrenabwehr vor Ort, erschwert es aber durch einen einfachen Blick ins Gesetz zu erfassen, was verboten ist und was nicht. Die erhebliche Grundrechtsrelevanz von Betriebsschließungen, insbesondere im Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 14 Abs. 1 GG, hat alsdann eine Nachbesserung der gesetzlichen Eingriffsgrundlagen erforderlich gemacht. Zudem stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen im Allgemeinen und – im Blick auf die verfassungsrechtliche Gebotenheit von Entschädigungsansprüchen – im Konkreten.

II. Staatsorganisationsrechtliche Grundlagen der Corona-Bekämpfung

Zentraler normativer Ausgangspunkt der Corona-Bekämpfung sind die Regelungen des IfSG. Diese bildeten bis zum Erlass der Bundesnotbremse jedoch »nur« den bundesgesetzlichen Rahmen, auf dessen Grundlage eine in Zahl und Inhalt kaum überschaubare Anzahl von Verordnungen und (zu einem geringeren Teil) Allgemeinverfügungen erging. Das ausdifferenzierte Regelungsregiment durch und auf Grundlage des IfSG wird dabei erst im Lichte des Kompetenzverhältnisses von Bund und Ländern, wie es im Grundgesetz in den Art. 70 ff. und 80 ff. angelegt ist, verständlich.

1. Kompetenzgefüge von Bund und Ländern im Kontext des IfSG

Eine Binsenweisheit aus dem Jurastudium lautet: »Gefahrenabwehr ist Ländersache«. Weil aber eine Pandemie kaum vor Landesgrenzen Halt macht, sieht das Grundgesetz insoweit eine Ausnahme vor. Der konkurrierende Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG weist dem Bund den Erlass von Gesetzen bezüglich »Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren« zu. Darunter fällt unbestritten auch das IfSG.² Von der Frage der Gesetzgebungskompetenz zu trennen ist aber die Frage nach

* Prof. Dr. Thomas Mann ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht an der Georg-August-Universität Göttingen und Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungsrecht, an dem Lorenz Lang als Wissenschaftliche Hilfskraft tätig ist.

1 Allein für Niedersachsen sind im Juli 2020 insgesamt 39 neue Corona-Rechtsakte ergangen, vgl. Nds. Landkreistag, Corona-Virus SARS-CoV-2 – Fünfte Chronologie, NLT-Information 2021, S. 4 ff.

2 Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Sachs), Art. 74 Rn. 84; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., München 2018, Art. 74 Rn. 135.

der Vollzugskompetenz, also nach der Verwaltungszuständigkeit zur Ausführung des Gesetzes.³ Insoweit gilt die Regel des Art. 83 GG, nach der auch die Bundesgesetze in der Regel durch die Länder »als eigene Angelegenheit« ausgeführt werden. Im Falle des IfSG ermöglicht das den zuständigen Behörden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, insbesondere auf Grundlage der § 28 ff. IfSG, zu erlassen. Die zuständige Behörde⁴ wird, wie es Art. 84 Abs. 1 GG vorsieht, nach § 54 S. 1 IfSG durch Verordnungen oder Gesetze des jeweiligen Landes bestimmt.⁵

Zudem werden die Landesregierungen durch § 32 IfSG in die Lage versetzt, Maßnahmen nach Maßgabe der §§ 28 ff. IfSG auch im Wege der Verordnung, also durch abstrakt-generelle Regelungen, zu erlassen und diese Ermächtigung auf nachgeordnete Stellen zu übertragen. Daneben wurde – in geringerem Umfang und vor allem in der Anfangszeit der Pandemie – auch auf den Erlass von Allgemeinverfügungen zurückgegriffen, also auf Verwaltungsakte, die sich an einen größeren, abgrenzbaren Personenkreis richten, etwa indem man ein ganzes Mietshaus unter Quarantäne stellt. Die so bewirkte föderale Diversifizierung der Corona-Bekämpfung ist von Anfang an nicht einheitlich rezipiert worden. Insbesondere in der medialen Berichterstattung und seitens der Politik wurden die unterschiedlichen Regeln in den Bundesländern als »Flickenteppich« gescholten.⁶ Demgegenüber werden in der wissenschaftlichen Diskussion tendenziell die Vorteile der Gefahrenabwehr durch lokalspezifische Regelungen herausgestellt und die Beteiligung der Länder an der Pandemie-Bekämpfung als vertikales Element der Gewaltenteilung gewürdigt.⁷

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern werden zudem durch den im Rahmen der Pandemie mehrfach geänderten § 5 IfSG herausgefordert.⁸ § 5 IfSG regelt in Abs. 1 zunächst die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, wie sie gem. § 28a Abs. 1 IfSG für den Erlass von Corona-Bekämpfungsmaßnahmen nach §§ 28, 28a IfSG erforderlich ist. Maßgeblich in der Kritik stehen alsdann Teile des Abs. 2 S. 1, der das Gesundheitsministerium ermächtigt eigene Anordnungen zu treffen, also Verwaltungsakte⁹ zu erlassen (Nr. 5 und 6¹⁰), und mittels Rechtsverordnungen ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen (Nr. 4) bzw. Abweichungen (Nr. 7 und 8) von bestehenden formellen Gesetzen festzulegen.¹¹

Hier wird also das Bundesgesundheitsministerium zum Gesetzesvollzug ermächtigt, obwohl die Vollzugskompetenz nach dem Grundgesetz vollständig bei den Ländern liegt. Wie das gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG »unbeschadet der Befugnisse der Länder« geschehen soll, ist nicht ersichtlich, da doch jede Anordnung in deren Kompetenzbereich übergreift.¹² Vor diesem Hintergrund sind die § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und 6 IfSG verfassungswidrig und hierauf gestützte Anordnungen kompetenzwidrig.¹³ Als ähnlich problematisch erweisen sich aber auch die Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG zu Gunsten des Bundesgesundheitsministeriums. Denn hier wird das normhierarchische Rangverhältnis von Gesetz und Verordnung ins Gegenteil verkehrt,¹⁴ wenn der Exekutive erlaubt wird, durch Verordnung Abweichungen von Gesetzen vorzusehen.¹⁵ Insoweit ist sogar von einer Selbstentmächtigung des Bundestages gesprochen worden.¹⁶

3 Näher Schwarz/Sairinger, NVwZ 2021, 265, 266.

4 Die länderspezifischen Zuständigkeitsregelungen greifen die im IfSG angelegte Differenzierung zwischen »Zuständiger Behörde« und »Gesundheitsamt« nur teilweise auf, vgl. hierzu: Kingreen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München 2021, Kap. 4 Rn. 44 f.

5 Vgl. Thiery, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 10. Ed., Stand: 15.1.22 (im Folgenden: BeckOK InfSchR), § 54 IfSG Rn. 1 ff.; s. auch die Übersicht zu länderspezifischen Zuständigkeitsregelungen bei Kingreen, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 95.

6 Vgl. etwa: Müller, Flickenteppich Corona Regeln, 27.4.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/corona-massnahmen-flickenteppich-101.html> (24.1.2022); für »weniger föderalen Flickenteppich« auch der bayrische Ministerpräsident Söder im Tagesthemen-Interview am 28.3.2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/soeder-tagesthemen-k-frage-corona-101.html> (24.1.2022).

7 Vgl. Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2418.

8 Vgl. zur Kritik an § 5 IfSG: Gärditz, MedR 2020, 741 ff., insb. 744; Mayen, NVwZ 2020, 828, 830 ff.; Meßling, NZS 2020, 321, 323 ff.; Ritgen, Der Landkreis 2020, 137, 138 ff.

9 Hollo, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl., München 2021 (im Folgenden: Kießling), § 5 Rn. 14; Rixen, NJW 2020, 1097, 1103.

10 Bis zur Aufhebung durch das dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 enthielt § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG in den Nr. 1–3 noch weitergehende Anordnungsbefugnisse, auch bezüglich Abweichungen vom IfSG.

11 BeckOK InfSchR-Dingemann/Gausung (Fn. 5), § 5 IfSG Rn. 5 ff.

12 Auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages sieht keine verfassungsgemäße Anordnungskompetenz des Bundesministeriums für Gesundheit, WD 3–3000–080/20, S. 10.

13 Dreier, DÖV 2021, 229, 238 ff.; Mayen, NVwZ 2020, 828, 832 f.; Kießling-Hollo (Fn. 9), § 5 Rn. 18 f.; Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 31 ff.

14 So Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 29.

15 Zur Figur der gesetzesvertretenden Verordnung vgl. Sachs-Mann (Fn. 2), Art. 119 Rn. 1 mwN.

16 Möllers, Verfassungsblog, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (24.1.2022).

2. Die Bundesnotbremse

Kontrovers diskutiert wurde auch die Verfassungsmäßigkeit der sog. »Bundesnotbremse«. Sie sollte eine Schutzlücke schließen, die entstanden war, weil die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz in den Ländern unterschiedlich ausgelegt worden waren¹⁷ und man in der sog. »dritten Welle« die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen bundesweit vereinheitlichen wollte. Dazu hat der Bundestag Mitte April 2021 mit § 28b IfSG eine Regelung eingefügt, die bereits zum 30. Juni 2021 wieder außer Kraft getreten ist.¹⁸ Dass sich die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG zumindest im Sommer 2021 beruhigt hatte, dürfte weniger an der rechtlichen Überzeugungskraft der Bundesnotbremse als vielmehr an der zwischenzeitlichen Entspannung des Infektionsgeschehens gelegen haben. Geknüpft an die Voraussetzung, dass in einem Landkreis der Inzidenzwert an drei aufeinander folgenden Tagen über 100 liegt, ordnete die Vorschrift eine Vielzahl von sehr schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbindlich an, und zwar unmittelbar durch Gesetz und ohne das Erfordernis weiterer Umsetzungsakte oder Verhältnismäßigkeitsprüfungen im Einzelfall. Diese Nivellierung führte punktuell zu der absurden Situation, dass trotz einer lokalen Inzidenz in einzelnen kreisangehörigen Gemeinden von Null gleichwohl die strikten Maßnahmen der Notbremse – Ausgehverbot nach 22 Uhr, Schließung von Ladengeschäften, private Zusammenkünfte nur mit einer haushaltsfremden Person usw. – volle Geltung beanspruchten.¹⁹ Auch bewirkte die »Notbremse« erhebliche Rechtsschutzeinbußen, da man gegen Verwaltungsakte oder Rechtsverordnungen auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehen kann, gegen Gesetze aber nur das Mittel der Verfassungsbeschwerde zu Gebote hat.²⁰

Diese an der Krisenbekämpfung mittels der »Bundes-Notbremse« in der Literatur geäußerte Kritik²¹ hat das BVerfG allerdings nicht aufgegriffen. In seinen Beschlüssen vom 19. November 2021²² hat es mehrere Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen, weil es die durch die Notbremse bewirkte Grundrechtseinschränkungen als Bestandteile eines gesetzgeberischen Schutzkonzepts angesehen hat, das in seiner Gesamtheit dem Lebens- und Gesundheitsschutz sowie der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems als überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen diene. Die Grundrechtseingriffe seien in der äußersten Gefahrenlage

der Pandemie mit dem Grundgesetz vereinbar; insbesondere trotz ihres Eingriffsgewichts verhältnismäßig gewesen.

3. Die Wahrung der wirtschaftlichen Grundrechte in der föderalen Corona-Bekämpfung

Für Unternehmen und Betriebe, insbesondere solche des Einzelhandels, hatte die unterschiedliche Rechtslage in den Bundesländern Auswirkungen auf ihre wirtschaftlichen Überlebenschancen. In den Anfangsmonaten der Pandemie wurden im Rahmen des »ersten Lockdowns« der Betrieb von Einzelhandelsgeschäften sowie Restaurants und Bars und ähnlichen Einrichtungen grundsätzlich komplett verboten.²³ Diese Beschränkungen bedeuten für die Betroffenen tiefgreifende Grundrechtseingriffe in die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, denn die angeordneten Schließungen der Geschäfte stellen faktisch ein Berufsverbot dar; eine größere Eingriffintensität hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 GG ist zumindest punktuell kaum denkbar.²⁴ Zudem ist durch die Schließungen thematisch auch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen, doch wird eine Grundrechtsverletzung teilweise mit dem Argument verneint, den Betroffenen gehe es nur um ihre Erwerbs- und Betriebsaussichten, die noch keine verfestigte Eigentumsposition im Sinne des Art. 14 GG darstellten.²⁵ Diese Sichtweise überzeugt allerdings nicht. Betriebsschließungen können die Nutzbarkeit des Eigentums nahezu vollständig aufheben. In diesem Fall sind nicht bloße Aussichten, die aus der Verwendung des Eigentums folgen können, sondern

¹⁷ Vgl. BT.-Drs. 19/28444, S. 8 f.

¹⁸ BGBl. 2021 I, S. 802.

¹⁹ Vgl. hierzu: Kingreen, NJW 2021, 2766, 2771.

²⁰ Dazu: Schwarz, CoVuR 2021, 258 ff.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 ff.; zur Vereinbarkeit von Ausgangsbeschränkungen »durch Gesetz« mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG s. Kingreen, NJW 2021, 2766, 2771.

²¹ Exemplarisch Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2418.

²² BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua. – BeckRS 2021, 36514; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BeckRS 2021, 36492.

²³ Zur Verordnungslage in Niedersachsen für die Monate März und April 2020 vgl. Ipsen, NdsVbl. 2020, 165, 166 f.; sowie allg. Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 ff. und Hamm, COVuR 2020, S. 743, 744 ff.

²⁴ Vgl. Ipsen, RuP 2020, 118, 129; Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2417; Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 667; zur Unzulänglichkeit der »3-Stufen-Theorie«: Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 641, 644.

²⁵ So LG Heilbronn, 9.4.2020 – I 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976; Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 641, 644; Brenner, DÖV 2020, 660, 663.

die über Art. 14 GG geschützte Verwendung des Eigentums als solche betroffen.²⁶ Die Betroffenheit der Geschäfts- und Betriebsinhaber in ihrer Eigentumsfreiheit lässt sich auch über das in Art. 14 GG verortete Institut des »Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb« akzentuieren.²⁷ Jedenfalls ist Art. 14 GG neben Art. 12 GG einschlägig.

Während die Grundrechtswesentlichkeit der Betriebsuntersagungen in der juristischen Diskussion zu Anfang der Pandemie im Gegensatz zu anderen Maßnahmen wie Versammlungs- und Gottesdienstverboten eine eher untergeordnete Rolle spielte, spiegelt sich die Existenzrelevanz der betriebsbezogenen Maßnahmen in einer kaum überschaubaren Anzahl an gerichtlichen Verfahren bis hin zum BVerfG wider.²⁸ Der freiheitsrechtliche Grundrechtsschutz der Betriebe in der Pandemie-Bekämpfung wird dabei durch Art. 3 Abs. 1 GG gleichheitsrechtlich ergänzt. Dessen Aktivierung kam – vor allem in den Anfangsmonaten der Pandemie – erhebliche Bedeutung zu. Bund und Länder waren in diesem Zusammenhang vor die extrem schwierige Aufgabe gestellt worden, zwischen verschiedenen Gewerbebranchen und -größen sachlich vertretbar zu differenzieren. Exemplarisch sei hier etwa die Öffnungsmöglichkeit nur für Geschäfte unter 800 qm genannt, die am 15. April 2020 im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossen worden war – und von einigen Gerichten wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG als gleichheitswidrig angesehen wurde.²⁹

Die im Ländervergleich uneinheitlichen Corona-Regelungen haben zudem ein weiteres Spannungsfeld zwischen Gleichheitsgerechtigkeit und föderaler Eigenständigkeit deutlich hervortreten lassen: Wenn in dem einen Land bestimmte Branchen trotz »Lockdowns« offen bleiben durften, während dies in einem anderen Land verboten war, fordert dies nicht nur das Gerechtigkeitsempfinden der Betroffenen heraus, sondern führt auch zur Gefahr von Binnenbewegungen innerhalb Deutschlands, die es im Interesse der Pandemiebekämpfung gerade zu verhindern galt.³⁰ Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kann in diesen Fällen indes kein verfassungsrechtliches Korrektiv darstellen, denn das Verbot wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln³¹ gilt nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs eines staatlichen Akteurs. Mit anderen Worten: Der Gleichheitssatz hat seine »offene Flanke« im Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

und dem dort verwurzelten Recht der Länder zu eigenstaatlichen Regelungen.³² Allerdings hat der in der Presse beständig artikulierte Vorwurf föderaler Willkür³³ in besonderem Maße den Druck auf das Einigungsgeschick der Ministerpräsidentenkonferenz zur Erzielung bundeseinheitlicher Regelungen erhöht.

Maßgebliches verfassungsrechtliches Korrektiv der mit den Betriebsschließungen einhergehenden freiheitsrechtlichen Grundrechtseingriffen ist das Übermaßverbot.³⁴ Betriebsschließungen dürfen nur so lange aufrechterhalten bleiben, wie dies zum Gesundheits- und Lebensschutz der Bevölkerung geeignet und erforderlich ist und ein angemessener Ausgleich mit den Grundrechten der Betroffenen hergestellt wird. Die Betriebsuntersagungen, die während der wiederkehrenden Anstiege der Infektionszahlen angeordnet wurden, halten diesen Anforderungen grundsätzlich stand. Insbesondere waren diese in den Zeiten stark ansteigender Infektionszahlen zur Verhinderung von Ansteckungen und damit mittelbar für den Lebensschutz der Bevölkerung angemessen.³⁵ Folgerichtig steigt aber mit fortschreitender Impfung der Gesamtbevölkerung die Rechtfertigungslast für mögliche Betriebs- und Gastronomiebeschränkungen an. Vor dem

26 Vgl. LG Hannover, NJW-RR 2020, 1226, 1229 f.; LG Köln, 12.1.2021 – 5 O 215/20 – BeckRS 2021, 264, Rn. 41; Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub, JA 2021, 491, 495; Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674, 675.

27 Vgl. Eibenstein, NVwZ 2020, 930, 933 f.; Shirvani, NVwZ 2020, 1457, 1458; Reschke, DÖV 2020, 423, 428.

28 Vgl. nur BVerfG, 28.12.2020 – 1 BvR 2692/20 – BeckRS 2020, 38044; BVerfG, 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – COVuR 2020, 812; BVerfG, 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – NVwZ 2020, 876; in einem Hauptsacheverfahren hat das BVerfG bislang nur in Sachen Bundesnotbremse (s.o. unter II.2) entschieden.

29 Bay.VGH, 27.4.2020 – 20 NE 20.793 – BeckRS 2020, 6630, Rn. 35 ff.; VG Regensburg, 27.4.2020 – 14 E 20.687 – BeckRS 2020, 7225, Rn. 41 ff.; OVG Saarlouis, 27.4.2020 – 2 B 143/20 – BeckRS 2020, 6903, Rn. 15 ff.

30 Vgl. Münch, Jahrbuch des Föderalismus, Baden-Baden 2020, S. 209, 217.

31 Siehe nur: BVerfG, 16.3.1955 – 2 BvK 1/54 – BVerfGE 4, 144, 155; BVerfG, 4.4.2001 – 2 BvL 7/98 – BVerfGE 103, 310, 318.

32 Vgl. Boysen, in: v.Münch/Kunig, GG, 1. Bd., 7. Aufl., München 2021, Art. 3 Rn. 70 ff.; Sachs-Nußberger (Fn. 2), Art. 3 Rn. 81.

33 Vgl. exemplarisch: 16 Länder, 16 Wege aus der Krise: Warum das Vorgehen willkürlich wirkt, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/corona-und-foederalismus-16-laender-16-wege-aus-der-krise-warum-das-vorgehen-willkuerlich-wirkt/25755560.html> (24.1.2022).

34 BVerfG, 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – COVuR 2020, 812; Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 419; Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 668 ff.

35 Vgl. aus der Rechtsprechung: OVG Bautzen, 23.3.2021 – 3 B 78/21 – BeckRS 2021, 5496, Rn. 40 ff.; OVG Münster, 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE – BeckRS 2020, 5957, Rn. 36 ff.; ähnlich nun auch die Bewertung des BVerfG zur »Bundesnotbremse«, BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 – 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21 – BeckRS 2021, 36514; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 – BeckRS 2021, 36492.

Hintergrund der mittlerweile erreichten Impfquote von nunmehr über 70 %³⁶ dürfte ein neuerlicher »Lockdown« verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein, sofern nicht neue Virusvarianten wie Omikron auftreten, die den Impfschutz in erheblichem Maße durchbrechen.³⁷ Auch für andere Beeinträchtigungen unterhalb der Eingriffsintensität von Betriebsschließungen gilt, dass diese mit Absinken der Gefahrenprognose hinsichtlich der Pandemie sukzessiv aufgehoben werden müssen. Die zuständigen Stellen trifft insofern eine Beobachtungs- und Evaluationspflicht hinsichtlich des Aufrechterhaltens der Maßnahmen, wie schon früh von den Gerichten festgestellt wurde.³⁸

III. Betriebsbezogene Corona-Bekämpfung nach dem IfSG

Das Instrumentarium des IfSG hat sich der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen für Betriebe und Unternehmen schrittweise angenähert. Um diese Entwicklung nachvollziehbar zu machen, soll zunächst die Systematik des IfSG im Blick auf betriebsrelevante Corona-Bekämpfungsmaßnahmen erläutert werden.

1. Zweck und Einordnung des IfSG

Erklärtes Ziel des IfSG ist es übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (so § 1 Abs. 1 IfSG). Es dient damit vornehmlich dem Gesundheits- und Lebensschutz im Wege effektiver Gefahrenabwehr.³⁹ Gleichwohl fügt sich das Infektionsschutzrecht nicht nahtlos in die Kategorie des Gefahrenabwehrrechts ein.⁴⁰ Dies zeigt sich zum einen aus eingriffsrechtlicher Perspektive: Die Maßnahmen des IfSG ermöglichen intensive Grundrechtseingriffe schon, sobald nur der Verdacht einer Infektion besteht.⁴¹ Hier wären nach allgemeiner Gefahrenabwehrdogmatik zunächst nur weniger grundrechtsintensive Gefahrerforschungseingriffe zulässig.⁴² Zum anderen ist das Infektionsschutzrecht auch im öffentlichen Gesundheitsrecht verortet und damit um eine sozialstaatliche Perspektive erweitert.⁴³ Diese Spezifika des Infektionsschutzrechtes stehen der Geltung des Gebotes effektiver Gefahrenabwehr letztlich nicht entgegen,⁴⁴ sondern befördern sie teilweise. Soweit Maßnahmen auf Grundlage des IfSG ergehen, um Gesundheits- und

Lebensgefahren einzudämmen bzw. bereits in der Entstehung zu hindern, hat dies möglichst effektiv zu erfolgen.⁴⁵ Dies wird durch § 1 des IfSG verdeutlicht und ist aus grundrechtsschonender Perspektive auch zwingend. Denn soweit auf Grundlage des IfSG Grundrechte beschränkt werden, müssen diese, sobald es die Gefahrenlage erlaubt, eingestellt werden.⁴⁶

2. Systematik des IfSG

Im Blick auf die vielfältigen Corona-Bekämpfungsmaßnahmen lassen sich die Ermächtigungsgrundlagen des IfSG in Generalklauseln und speziell normierte Eingriffstatbestände unterteilen. In § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG findet sich eine sog. »Verhütungsgeneralklausel«. Ihr Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn »Tatsachen festgestellt [werden], die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können«. Die unter dieser Voraussetzung erlaubten »notwendigen Maßnahmen« zur Verhütung übertragbarer Krankheiten sind also präventiver Natur. Demgegenüber hat in der Pandemiebekämpfung die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG eine herausragende Rolle eingenommen. Sie dient der Bekämpfung übertragbarer

36 Vgl. die Tabelle des Robert Koch Instituts zum Impfquotenmonitoring, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html (24.1.2022).

37 Zur Relevanz der Impfquote für die Aufrechterhaltung von Corona bedingten Schließungen: VGH München, 18.10.2021 – 15 C 21.2401 – BeckRS 2021, 335, Rn. 21 f.; OVG Bautzen, 20.5.2021 – 3 B 141/21 – BeckRS 2021, 11964, Rn. 56 u. 85.

38 Vgl. BVerfG, 10.4.2020 – 1 BvQ 28/20 – NJW 2020, 1427, 1428 f.; OVG Münster, 15.4.2020 – 13 B 440/20.N – BeckRS 2020, 5957, Rn. 65; hierzu auch: Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 668 f.

39 BeckOK InfSchR-Eckart (Fn. 5), § 1 InfSchG Rn. 4.

40 Vgl. Rixen, in: Klopfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 67, 74 ff.; Engels, DÖV 2014, 464, 467 ff.; Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 2 Rn. 160; Schwarz, JA 2020, 321, 324 ff.

41 Rixen, in: Klopfer (Fn. 40), S. 67, 75; insoweit krit. Kluckert (Fn. 40), § 2 Rn. 166 ff.; nach polizeirechtl. Dogmatik sind polizeiliche Maßnahmen bei bloßen Verdachtsmomenten auf sog. »Gefahrerforschungsmaßnahmen« beschränkt; vgl. hierzu Gusy, POR, 10. Aufl., Tübingen 2017, Rn. 189 ff.; Kugelmann, POR, 2. Aufl., Berlin ua. 2011, Kap. 5 Rn. 131 ff.

42 Vgl. statt vieler Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2020, Rn. 479 ff.

43 Engels, DÖV 2014, 464, 474; Münch (Fn. 30), S. 209, 211; Rixen, in: Klopfer (Fn. 40), S. 67, 70 ff.

44 Kießling-Kießling (Fn. 9), Einf. Rn. 23 und § 1 Rn. 4; Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Baden-Baden 2019, S. 26 ff.

45 BVerwG, 14.12.2020 – 6 C 11/18 – NJW 2012, 2823, 2826 f.; Rixen, NJW 2020, 1097, 1099.

46 Vgl. Schwarz, JA 2020, 321, 323.

Krankheiten nach deren Auftreten und wirkt insoweit primär repressiv.⁴⁷ Die »notwendigen Schutzmaßnahmen« auf Grundlage der Generalklausel des § 28 IfSG verfolgen indes auch eine präventive Funktion, soweit sie die weitere Ausbreitung der Krankheit verhindern. Die in den §§ 29–31 IfSG normierten Eingriffsbefugnisse in Gestalt von Beobachtung, Absonderung und Berufsverbot nennen demgegenüber eigene Tatbestandsvoraussetzungen, sodass sie sich dogmatisch prinzipiell als Standardmaßnahmen begreifen lassen.⁴⁸

3. Die Entwicklung der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG

Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG war bis zur Einfügung des § 28a IfSG im November 2020 die zentrale Norm der Corona-Bekämpfung. Sie setzt voraus, »dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder es sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war«.⁴⁹ Ein bloßer Verdacht genügt insoweit nicht.⁵⁰ Vielmehr muss das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zweifelsfrei und auf Basis gesicherter Tatsachen feststehen, damit die »notwendigen Schutzmaßnahmen« gegenüber einer Person angeordnet werden können.⁵¹ Liegt lediglich ein Anfangsverdacht vor, kommen nach § 25 IfSG nur Maßnahmen in Betracht, mit denen Art, Ursache und Ausbreitung der Krankheit ermittelt werden können.

Soweit die Generalklausel mithin auf die im Gefahrenabwehrrecht grundsätzlich notwendige konkret-individuelle Verbindung zwischen Gefahr und Störer⁵² abhebt, zeigt sich, dass sie auf ein Pandemiegeschehen nicht zugeschnitten ist, bei dem das Auftreten eines weit in der Bevölkerung verbreiteten Virus als gesichert gilt, und die Maßnahmen daher flächendeckend wirken sollen.⁵³ Es konnte aber vor allem während der Hochphase des sog. »ersten Lockdowns« nicht erst dann gehandelt werden, wenn in jedem Betrieb oder Handelsgeschäft konkrete Infektionen festgestellt wurden. Umgekehrt passt aber auch die Verhütungsgeneralklausel des § 16 IfSG nicht.⁵⁴ Denn diese knüpft an Tatsachen an, »die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können«. An dem Auftreten des Covid-19 Virus und der damit verbundenen Erkrankung bestand jedoch zum Zeitpunkt der

staatlichen Eindämmungsmaßnahmen kein Zweifel mehr. Der Zuschnitt des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG auf konkrete Krankheitsfälle bildet also in Bezug auf die allgemeine Pandemiebekämpfung einen Konstruktionsfehler des IfSG. »Diese Art von flächendeckenden Maßnahmen hatte der Gesetzgeber schlicht nicht vorgesehen«.⁵⁵

Hinsichtlich des »Ob« der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Ermessen steht der Behörde nur hinsichtlich der Mittelauswahl zu (Auswahlermessen)⁵⁶. Die Maßnahmen sind zudem gem. § 28 Abs. 1 IfSG nur zulässig, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. Dies betont das Erfordernis einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie sich bei der Eingriffsintensität der Maßnahmen ohnehin schon aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie den Grundrechten ergibt.

a) (Weitere) Kritik an der Generalklausel

Es gibt aber noch weitere Ansätze zur Kritik an der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Bereits im Frühjahr 2020 wurde neben der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen⁵⁷ die Wahrung des Parlamentsvorbehaltes und die Vereinbarkeit des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit der Wesentlichkeitslehre kontrovers diskutiert.⁵⁸ Mittels der Wesentlichkeitstheorie lässt sich bestimmen, wann eine Regelung durch Gesetz erfolgen muss bzw.

47 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 1.

48 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 4.

49 Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sind in § 2 IfSG legaldefiniert.

50 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 17; Gerhardt, IfSG, 5. Aufl., München 2021, § 28 Rn. 11 f.

51 Gerhardt (Fn. 50), § 28 Rn. 12.

52 Dazu etwa Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 42), Rn. 487.

53 Vgl. Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 10.

54 So aber Schwintowski, NJOZ 2020, 1473, 1474 f.

55 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 10.

56 Dazu Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 42), Rn. 534 ff.

57 Vgl. dazu Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 419; zu Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverboten: Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1, 10 ff.; Ipsen, NdsVbl. 2020, 165 ff.; Katzenmaier, MedR 2020, 461, 464; Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Coronakrise, 2. Aufl., München 2021, V.1.; zu Versammlungsverboten auf Grundlage des § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG: Martini/Thiessen/Ganter, NJOZ 2020, 929, 931 ff.; zur Verhältnismäßigkeit entspr. Verordnungen: Völzmann, DÖV 2020, 893, 899 ff.; vgl. auch die Rechtsprechungsübersichten bei: Maaß, NVwZ 2020, 589 ff.; Zuck/Zuck, NJW 2020, 2302 ff.

58 Birkner, ZRP 2020, 157 ff.; Brocker, NVwZ 2020, 1485 ff.; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281; Volkmann, NJW 2020, 3153 ff.

im Verordnungswege ergehen darf⁵⁹ und welche Regelungsdichte hierfür erforderlich ist.⁶⁰ Danach müssen die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Sachverhalte, insbesondere wenn Grundrechte verschiedener Personen in einen Ausgleich gebracht werden müssen, durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden.⁶¹ Die Kritik an § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gründet insbesondere darin, dass Maßnahmen wie Gottesdienst-⁶² und Versammlungsverbote, Betriebs- und Gastronomieschließungen sowie Kontaktbeschränkungen auf die Generalklausel gestützt wurden.⁶³ Ob § 28 Abs. 1 Hs. 1 IfSG nach den Anforderungen der Wesentlichkeitslehre eine insoweit hinreichende Regelungsdichte aufweist, ist fraglich. Die Grundrechtswesentlichkeit der Maßnahmen wird bereits durch die Befolgung des Zitiergebotes in § 28 Abs. 4 IfSG illustriert und durch die Eingriffsintensität von Maßnahmen wie Versammlungsverboten und Ausgansbeschränkungen bestätigt.⁶⁴ Neben der punktuellen Eingriffsintensität der Maßnahmen ist auch deren Allgemeingültigkeit und Dauer zu berücksichtigen.⁶⁵ Für die Wesentlichkeit dieser Maßnahmen spricht schließlich, dass diese in exemplarischer Weise kollidierende Grundrechtspositionen zum Ausgleich bringen müssen.⁶⁶

b) Reaktion des Gesetzgebers

Auf die anhaltende Kritik am Vorgehen nach § 28 IfSG hat der Bundesgesetzgeber am 19. November 2020 mit Erlass des § 28a IfSG reagiert. Ihm kommt die Aufgabe zu, die »notwendigen Schutzmaßnahmen«, die die Behörde nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG erlassen darf, zu konkretisieren. Hierzu enthält § 28a IfSG einen nicht abschließenden Katalog an Corona-Bekämpfungsmaßnahmen und die zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen, dass Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG iVm. § 28a I IfSG zum einen zur »Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)« erfolgen müssen und zum anderen, dass dies nur so lange möglich ist, wie der Bundestag die »Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG« trifft und aufrechterhält.⁶⁷

Mit dieser Vorschrift ist der Kritik aber nur teilweise entsprochen worden. Anders als die Überschrift »besondere Schutzmaßnahmen« suggeriert, handelt es sich bei § 28a IfSG nicht um eine Standardisierung von Eingriffstatbeständen in Abhängigkeit von spezifischen Sachverhaltsgestaltungen, wie es für polizeirechtliche Regularien in Form von Standardmaßnahmen typisch ist.⁶⁸

Vielmehr wird die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG gesetzgebungstechnisch nur um Regelbeispiele erweitert.⁶⁹ Der Gesetzgeber behebt den vorstehend skizzierten Konstruktionsfehler also nur auf der Rechtsfolgenreise.⁷⁰ Eine nach der Wesentlichkeitslehre erforderliche

59 *Ossenbühl* differenziert insoweit zwischen Parlamentsvorbehalt (Regelung durch Gesetz) und Rechtssatzvorbehalt (Regelung auf Grund eines Gesetzes), in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd.V, 3. Aufl., München 2007, § 101, Rn. 16; *Sachs-Mann* (Fn. 2), Art. 80 Rn. 21 unterscheidet im gleichen Sinne zwischen parlamentsgesetzlichen Vorbehalt und materiellgesetzlichem Vorbehalt.

60 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE, 49, 89, 129; BVerfG, 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130, 152; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 95. Aufl., München 2021, Art. 20, Rn. 106; *Kalscheuer/Jacobsen*, DÖV 2018, S. 523, 524 f.; *Maurer/Waldhoff*, *Verwaltungsrecht AT*, 20. Aufl., München 2020, § 6 Rn. 12.

61 Vgl. BVerfG, 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – BVerfGE 34, 165, 192 f.; BVerfG, 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – BVerfGE 41, 252, 259 f.; BVerfG, 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 – BVerfGE 45, 400, 417 ff.; BVerfG, 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – BVerfGE 47, 46, 78 ff.; BVerfG, 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 – BVerfGE 58, 257, 268 ff.; *Sommermann*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. I, 7. Aufl., München 2018, Art. 20, Rn. 273 ff.; *Epping*, *Grundrechte*, 9. Aufl., Berlin ua. 2021, Rn. 405; vgl. auch *Detterbeck*, *Verwaltungsrecht AT*, 19. Aufl., München 2021, Rn. 275, der auf »Entscheidungen, die von substantiellem Gewicht für das Gemeinwesen sind« abstellt.

62 Für die Verfassungswidrigkeit des Verbotes der Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften: *Bender*, NVwZ-Extra 9b/2020, 1, 5.

63 Überblick über die auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützten Maßnahmen bei *Kluckert*, in: *ders.* (Fn. 40), § 3 Rn. 5 ff.; *Lutz*, IfSG, 2. Aufl., München 2020, § 28 Rn. 4 ff.; krit. Würdigung bei *Lichdi*, Sächs.Vbl. 2020, 273 ff.; bezügl. der Erhebung personenbezogener Daten: *VerfGH Saarland*, 28.8.2020 – Lv 15/20 – NVwZ 2020, 1513, 1518; insgesamt für die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen: *Ipsen*, DVBl. 2020, 165, 168 und *Rixen*, RuP 2020, 109, 112 f.; wohl auch *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020, 1, 11.

64 Vgl. *VGH München*, 30.3.2020 – 20 NE 20.632 – NJW 2020, 1236, 1240; *Lichdi*, Sächs.Vbl. 2020, 273, 277.

65 *Gärditz/Abdulsalam*, GSZ 2020, 108, 112.

66 Vgl. *Lutz* (Fn. 63), § 32 Rn. 6; *Papier*, DRiZ 2020, 180, 183; *Schmitz/Neubert*, NVwZ 2020, 666 ff.

67 Diese zeitlich befristete Feststellung gilt, da der Bundestag bewusst keinen Fortgeltungsbeschluss gefasst hat, aufgrund von § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG mit Ablauf des 25.11.2021 als aufgehoben. Das Gesetz v. 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906) benennt zur Kompensation in § 28a Abs. 7 InfSchG Schutzvorkehrungen, die bis zum 19.3.2022 unabhängig von einer festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite ergriffen werden können. Vgl. dazu die Begr. des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, BT-Drs. 20/15.

68 Zur Regelungssystematik von Generalklausel und Standardmaßnahme vgl. *Graulich*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl., München 2021, E VI.3. Rn. 269 ff.

69 So ausdrücklich die gesetzgeberische Konzeption: BT-Drs. 19/23944, S. 31.

70 Vgl. die Stellungnahmen zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/23944) von *Möllers*, A-Drucks. 19(14)246(15), S. 4; *Wißmann*, A-Drucks. 19(14)=246(12), S. 5 f. und *Klafki*, A-Drucks. 19(14)246(9), S. 2 f.; sowie *Kießling*, A-Drucks. 19(14)246(7), S. 4 ff.; vgl. auch die Kritik bei *Sangs*, NVwZ 2020, 1780, 1785; aA. *Greve*, NVwZ 2020, 1785, 1788: »§ 28a IfSG [...] präzisiert vielmehr §§ 28 Abs. 1 und 2 IfSG auf Tatbestands- und Rechtsfolgenreise [...]«; positive Würdigung des § 28a IfSG auch bei *Brenner*, A-Drucks. 19(14)246(19), S. 3 ff. und *Wollenschläger*, A-Drucks. 19(14)246(20), S. 28 ff.

Regelung, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen Grundrechtseingriffe erfolgen dürfen, ist insofern gerade nicht erfolgt.

Die gesetzgeberische Konkretisierung der notwendigen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG durch den Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG hat aber auch Auswirkungen auf das systematische und genetische Verständnis der Generalklausel. Die in § 28a IfSG geregelten Bekämpfungsmaßnahmen lösen sich erkennbar von der Bekämpfung konkreter Krankheitsfälle, und sind vielmehr auf die allgemeine Bekämpfung eines die Gesamtbevölkerung betreffenden Infektionsgeschehen ausgelegt. Bei der Auslegung der Generalklausel – jedenfalls im Kontext der Corona-Pandemie – muss diese gesetzgeberische Neuausrichtung daher mitberücksichtigt werden.

4. Betriebsschließungen nach § 28a IfSG und Berufsverbote nach § 31 IfSG

Ungeachtet der vorangehend geäußerten Kritik kommt § 28a IfSG im betrieblichen Kontext insbesondere durch § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG gesteigerte Bedeutung zu, wonach die *Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel* zu den notwendigen Schutzmaßnahmen gehören, die zur Coronaabwehr ergriffen werden können. § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG umfasst insoweit alle betriebsbezogenen Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, die nicht bereits an anderweitiger Stelle des Kataloges speziell geregelt sind.⁷¹ Nach den jüngsten Gesetzesänderungen im November⁷² und Dezember 2021⁷³ können die Länder auch unabhängig von der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 IfSG betriebsbezogene Maßnahmen nach Vorgabe des § 28a Abs. 7 IfSG erlassen. Dies betrifft etwa die Anordnung von »2G« oder »3G«-Konzepten. Noch weitergehende Eingriffsbefugnisse, insbesondere wie sie in § 28a Abs. 1 IfSG vorgesehen sind, eröffnen sich den Ländern über § 28a Abs. 8 IfSG, zu dessen Aktivierung allerdings ein Feststellungsbeschluss des jeweiligen Landesparlamentes erforderlich ist. Selbst in diesem Fall bleiben die Schließung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel, *sofern es sich nicht um gastronomische Einrichtungen, Freizeit- oder Kultureinrichtungen oder um Messen oder Kongresse handelt*, gem. § 28a Abs. 8 Nr. 6 IfSG jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Als einziger Weg, um flächendeckende und umfassende Betriebsschließungen wieder zu ermöglichen, bleibt auch

zum Jahresanfang 2022 damit nur die neuerliche Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag.⁷⁴ Damit manövriert sich der Bund unnötigerweise in eine politische Zwangslage, falls er derlei Betriebsschließungen zukünftig – etwa im Lichte der sich ausbreitenden Omikron-Variante – für erforderlich halten sollte.⁷⁵

Eine gesteigerte Bedeutung für Inhaber von Betrieben, Gastronomie und Handelsgeschäften besitzt auch das Berufsverbot des § 31 IfSG, nach dem die zuständige Behörde »*Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagen*« kann.⁷⁶ Hier begegnet uns wieder die konkret-individuelle Verbindung zwischen Gefahrenlage und dem Störer als Adressaten der Maßnahme. Damit dürfte deutlich sein, dass insbesondere weitläufige Schließungen von Einzelhandelsgeschäften und Gaststätten während des sog. »ersten Lockdowns« nicht auf Grundlage des § 31 IfSG verfügt werden konnten. Denn die Betriebsinhaber und ihre nicht infizierten Beschäftigten, für die sich die Betriebsschließungen als Beschäftigungsverbote auswirken, fallen in der Regel nicht unter die in § 31 genannten Adressaten, soweit nicht im Ausnahmefall konkret Infektionen nachgewiesen werden konnten. Tatsächlich wurden diese Maßnahmen dann auch auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gestützt.⁷⁷

Weil solche Maßnahmen aber in Eingriffsintensität und Wirkung einem Berufsverbot gleichkommen,⁷⁸ hat dies die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis dieser Vorschriften aufgeworfen. Konkret geht es darum, ob Maßnahmen, die sich für die Betroffenen *wie ein*

71 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28a InfSchG Rn. 28; Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28a Rn. 72.

72 Gesetz zur Änderung des IfSG und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 (BGBl. 2021 I S. 4906).

73 Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10.12.2021 (BGBl. 2021 I S. 5162).

74 Möglich bleiben soll gem. § 28a Abs. 7 S. 2. Hs. 2 IfSG die »*Schließung von Einrichtungen und Betrieben im Einzelfall nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2*«.

75 Kritisch auch Schwarz, COVuR 2021, 706, 708; Kießling, NVwZ 2021, 1801, 1808.

76 Gemessen am intensiven Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, welcher mit einem Berufsverbot verbunden ist, ist der Eingriffstatbestand des § 31 IfSG sehr knapp gehalten.

77 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 31 Rn. 8.

78 AA. Lindner, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., München 2021, § 18 Rn. 79.

Berufsverbot auswirken, gegen andere als die in § 31 IfSG genannten Adressaten mittels der Generalklausel angeordnet werden können. Immerhin wird im Wortlaut der Generalklausel nicht abschließend über den Adressatenkreis entschieden, sodass ein Rückgriff auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gegenüber Personen, die nicht unter § 31 S. 1 IfSG fallen – oftmals als sog. »Nichtstörer«⁷⁹ bezeichnet –, dem Wortlaut nach nicht ausgeschlossen ist. Im Verhältnis Generalklausel zu Standardmaßnahme stellt sich aber – wie so oft im Gefahrenabwehrrecht – die Frage nach einem systematischen Ausschluss des Rückgriffs auf die Generalklausel: Ließe man es zu, Betriebs- und Gastronomieschließungen gegen Nichtstörer auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG zu stützen, ließe die Einengung des Adressatenkreises in § 31 IfSG insoweit ins Leere.⁸⁰

Es bedarf daher näherer Begründung, § 31 IfSG in diesen Fällen nicht als speziellere und abschließende Norm im Verhältnis zur Generalklausel einzuordnen. Die Gerichte und Teile der Literatur sehen diese Rechtfertigung teilweise in der Verweisung des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG auf die Maßnahmen der §§ 29 bis 31 IfSG.⁸¹ Diese legt in der Tat nahe, die §§ 29 bis 31 IfSG gegenüber der Generalklausel weniger als Standardmaßnahmen und eher als Regelbeispiele zu verstehen. Insofern wird darauf verwiesen, dass Betriebsschließungen nicht auf die Untersagung der beruflichen Tätigkeit selbst gerichtet seien, sondern sich diese Berufsverbote bei einem Vorgehen nach der Generalklausel lediglich als ein Reflex der Schließung des entsprechenden Betriebs darstellten.⁸² Entscheidend sei letztlich, ob Betriebsuntersagung und berufliches Tätigkeitsverbot wesensmäßig derart vergleichbar⁸³ sind, dass die gesetzgeberische Aussage, die mit der Normierung des Adressatenkreises in § 31 IfSG verbunden ist, auch für Betriebsuntersagungen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Abs. 1 Nr. 14 ff. IfSG aufrechterhalten werden muss. Nach unserer Auffassung spricht für die wesensmäßige Unterscheidbarkeit der Eingriffsnormen und damit gegen eine Sperrwirkung des § 31 IfSG ganz entscheidend die systematische und genetische Neuausrichtung der Generalklausel durch die Schaffung des § 28a IfSG. Hiermit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er § 28a IfSG als allgemeines Bekämpfungsinstrument gegen die Covid-19-Pandemie versteht (vgl. die amtliche Überschrift). Demgegenüber verfolgen die Vorschriften

der §§ 29–31 IfSG eine andere Schutzrichtung, indem sie an konkrete Krankheitsfälle anknüpfen. Darum können allgemeine Betriebsschließungen auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gestützt werden, auch wenn deren Wirkung für die Betroffenen einem Berufsverbot praktisch gleichkommen kann.

IV. Entschädigungsmöglichkeiten der Betriebe

Ist es den zuständigen Behörden also möglich, auf der Basis der §§ 28, 28a IfSG die Fortführung eines Betriebs zu untersagen, so stellt sich die Folgefrage nach potenziellen Entschädigungsansprüchen. Diese sind innerhalb des IfSG bislang jedoch nur fragmentarisch ausgestaltet. Das Entschädigungsrecht des IfSG lässt sich in die vier Normkomplexe Verdienstaussfallentschädigungen (§ 56 Abs. 1, Abs. 1a), Impfschadensrecht (§§ 60–64), Nichtstörer-Entschädigung (§ 65) und anspruchübergreifende Komplementärnormen (§§ 66–67) gliedern. Während *bis* zur Corona-Pandemie das Impfschadensrecht den klaren praktischen Schwerpunkt der Regelungen bildete, sind in der Corona-Pandemie die §§ 56 Abs. 1 und 65 IfSG in den Fokus der juristischen Auseinandersetzungen um die Verhältnismäßigkeit der Betriebs- und Gastronomieschließungen gerückt. Soweit weder die Entschädigungsnormen des IfSG noch die allgemeinen staatshaftungsrechtlichen Institute eingriffen, müssten zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Entschädigungsmöglichkeiten geschaffen werden.⁸⁴ Die Gerichte tendieren demgegenüber dazu, die vom Bund in Aussicht gestellten Corona-Hilfsmaßnahmen als ausreichende

79 Vgl. BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 31 InfSchG Rn. 5; Kluckert, in: ders. (Fn. 40), § 2 Rn. 186.

80 Vgl. BeckOK InfSchR Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 13.

81 *Fleischfresser*, in: Kluckert (Fn. 40), § 13 Rn. 39; wohl auch Kluckert, in: ders. (Fn. 40), § 2 Rn. 189; ThürVerfGH, 1.3.2021 – VerfGH 18/20 – BeckRS 2021, 3015, Rn. 485; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, 23.4.2020 – OVG 11 S 25/20 – BeckRS 2020, 6642, Rn. 10.

82 So Lindner (Fn. 78).

83 Vgl. BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 13; OVG Münster, 5.6.2020 – 13 B 776/20. NE – BeckRS 2020, 11272, Rn. 16.

84 Vgl. Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 669 f.; Klauck/Müller/Riedner, JuS 2021, 739, 744; Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674 ff.

Kompensation zu begreifen, auch wenn diese nicht gesetzlich geregelt worden sind.⁸⁵

1. § 56 IfSG

Der Entschädigungsanspruch des § 56 IfSG setzt in S. 1 ein gesetzliches Erwerbstätigkeitsverbot nach den Vorschriften des IfSG voraus, über S. 2 wird auch die Absonderung erfasst. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, unbillige Verdienstauffälle von Personen, die durch ein gesetzliches Verbot an der Erwerbstätigkeit gehindert sind, in gleichem Maße zu kompensieren wie bei arbeitsunfähig Erkrankten, die in der Regel über ihre Krankenversicherung abgesichert sind.⁸⁶

a) Anwendbarkeit bei Betriebsschließungen

Angesichts der weitläufig angeordneten coronabedingten Betriebsschließungen und Veranstaltungsuntersagungen hat sich § 56 IfSG aber als unzureichendes kompensatorisches Instrument erwiesen. Denn die Vorschrift erfasst nur Tätigkeitsverbote, die an Ausscheider, Ansteckungsverdächtige usw. gerichtet sind, knüpft also auch wieder an die »Störer«-Eigenschaft des Adressaten an. Die auf der Basis von §§ 28, 28a IfSG angeordneten pauschalen Betriebsschließungen ergingen aber in der Regel gegen Nichtstörer, da nur in Einzelfällen ein konkreter Ansteckungsverdacht bestand. Sie sind daher grundsätzlich nicht von § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG erfasst.⁸⁷ Auch spricht § 56 IfSG von einem Erwerbstätigkeitsverbot, was streng genommen nicht mit einer Betriebsschließung identisch ist.⁸⁸

Wegen – aus grundrechtlicher Sicht – vergleichbarer Eingriffsintensität und Wirkungsweise⁸⁹, ist versucht worden, die Bestimmung in analoger Anwendung oder mittels eines Erst-Recht-Schlusses⁹⁰ auf Entschädigungen von Nicht-Störern bei Betriebsschließungen anzuwenden.⁹¹ Zugunsten der insoweit erforderlichen planwidrigen Regelungslücke wird argumentiert, der IfSG-Gesetzgeber habe derart breite Betriebsschließungen ebenso wenig im Blick gehabt wie korrespondierende Entschädigungstatbestände.⁹² Die Gerichte hingegen verschließen sich dieser Argumentation mit einer anderen Deutung der Gesetzeshistorie⁹³ und vor allem mit der Erwägung, der Gesetzgeber habe sich bei seinen zahlreichen Nachbesserungen des IfSG erkennbar gegen eine Ausweitung der Entschädigungsansprüche entschieden, eine planwidrige Regelungslücke müsse daher verneint werden.⁹⁴

Ergänzend wird – wohl als Argument gegen eine vergleichbare Interessenlage – auf die von Bund und Ländern in Aussicht gestellten wirtschaftlichen »Rettungspakete« verwiesen.⁹⁵ Diese Argumentation überzeugt methodisch, denn man wird dem Gesetzgeber tatsächlich kaum unterstellen können, trotz der mehrfachen Novellierung des IfSG eine Ausweitung der Entschädigungsmöglichkeiten jeweils bewusst und daher planwidrig unterlassen zu haben.⁹⁶ Immerhin ist etwa auch die Entschädigung von Verdienstauffällen bei der Schließung von Kindertagesstätten in § 56 Abs. 1a IfSG erst während der Corona-Pandemie mit Wirkung zum 30. März 2020 eingefügt worden.⁹⁷ Die empfundene »Gerechtigkeitslücke« kann daher nicht im Wege der Analogie geschlossen werden.

b) Anwendbarkeit bei rechtswidrigen Maßnahmen

Ebenfalls umstritten ist, ob der Entschädigungsanspruch des § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG auch bei rechtswidrigen Maßnahmen eingreift.⁹⁸ Will man rechtswidrig in Anspruch Genommenen die Entschädigung verwehren, die andere

85 LG Heilbronn, 9.4.2020 – I 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976; OVG Weimar – 7.5.2020 – 3 EN 311/20 – BeckRS 2020, 10618, Rn. 44; OVG Bautzen, 29.4.2020 – 3 B 144/20 – BeckRS 2020, 7081, Rn. 57; OVG Magdeburg, 22.3.2021 – 3 R 22/21 – BeckRS 2021, 8299, Rn. 62; zu den Hilfsprogrammen: Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9, Rn. 53 ff.

86 Vgl. Gerhardt, IfSG, 5. Aufl., München 2021, § 56 Rn. 1; zur Vorgängerregelung des § 56 IfSG: BT-Drs. 3/1888, S. 27; Kießling-Kümper (Fn. 9), § 56 Rn. 3.

87 LG Stuttgart, 30.3.2021 – 7 O 417/20 – COVuR 2021, 551, 553; Kießling-Kümper (Fn. 9), § 56 Rn. 12; Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465, 1466.

88 Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 115; BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 30 f.; aA.: Antweiler, NVwZ 2020, 584, 589.

89 LG Berlin, 13.10.2020 – 2 O 247/20 – NVwZ-RR 2021, 301, 305; Otto, LKV 2020, 355, 358.

90 Rommelfanger, COVuR 2020, 178, 180; Eusani, MDR 2020, 962, 965.

91 v. Usslar, VR 2020, 325, 327 f.; Otto, LKV 2020, 355, 357 f.

92 Rommelfanger, COVuR 2020, 178, 180; Eusani, MDR 2020, 962, 965; Otto, LKV 2020, 355, 355 f.

93 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227 f.; dem folgend: LG München I, 28.4.2021 – 15 O 7232/20 – BeckRS 2021, 15930, Rn. 27 ff.

94 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1228 f.; LG München I, 28.4.2021 – 15 O 7232/20 – BeckRS 2021, 15930, Rn. 36 ff.

95 LG Heilbronn, 9.4.2020 – I 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976.

96 So auch: Sangs, NVwZ 2020, 1780, 1783.

97 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (BGBl. I 2020, S. 587).

98 Dagegen: Winter/Thürk, in: Schmidt (Fn. 78), § 22 Rn. 14; Eufinger, DB 2020, 1121; dafür: Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 114; Kießling-Kümper (Fn. 9), § 56 Rn. 20; wohl auch: BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 34.

bei rechtmäßigen Maßnahmen verlangen können, wird dem regelmäßig ein »Erst-Recht-Schluss« entgegengesetzt.⁹⁹ Es ist indes fraglich, ob es eines Erst-Recht-Schlusses – verstanden als methodisches Instrument der Lückenschließung – vorliegend überhaupt bedarf. Denn § 56 IfSG trifft keine Aussage über die Rechtmäßigkeit der in Rede stehenden Maßnahme. Die Adressaten rechtswidriger behördlicher Maßnahmen können daher in den Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG einbezogen werden, ohne mit dessen Wortlaut in Konflikt zu treten.¹⁰⁰

c) Insbesondere § 65 IfSG

Eine Entschädigung der von Betriebsschließungen Betroffenen ist aber auch nicht nach § 65 IfSG möglich. Die Vorschrift knüpft tatbestandlich an präventive Verhütungsmaßnahmen nach den §§ 16, 17 IfSG an, während die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, wie gesehen, ganz überwiegend auf die repressiven Eingriffstatbestände der §§ 28, 28a IfSG gestützt worden sind.¹⁰¹ Daher geht die überwiegende Meinung davon aus, dass eine unmittelbare Anwendung auf repressive Corona-Bekämpfungsmaßnahmen ausscheidet.¹⁰² Soweit eine direkte Anwendung des § 65 IfSG mit dem Argument befürwortet wird, die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen zielten stets auch darauf ab, die weitere Verbreitung des Virus zu stoppen und verfolgten insoweit einen präventive Zweck¹⁰³, steht dem die gesetzessystematische Differenzierung des IfSG zwischen der Verhütung übertragbarer Krankheiten in Abschnitt 4 und der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Abschnitt 5 des IfSG entgegen¹⁰⁴. Auch wenn man die entschädigungsrechtlichen Konsequenzen dieses Konzepts für nicht überzeugend und als wenig gerecht empfinden mag,¹⁰⁵ kann eine solch klare gesetzgeberische Entscheidung mit diesen Erwägungen nicht in eine planwidrige Nicht-Entscheidung umgedeutet werden.¹⁰⁶

Damit können aber weder § 56 IfSG noch § 65 IfSG die breiten Betriebsschließungen als die weitläufigsten und wohl auch einschneidendsten Corona-Bekämpfungsmaßnahmen erfassen.¹⁰⁷ Mangels Entschädigungsmöglichkeiten rücken insoweit zwei Folgefragen in den Vordergrund: Kann das allgemeine Staatshaftungsrecht den Betroffenen Ausgleich gewähren? Und, wenn nein, sind allgemeine Betriebs- und Gastronomieschließungen ohne jede Kompensation noch verhältnismäßig?

2. Eingreifen des Staatshaftungsrechts

Aus dem allgemeinen Staatshaftungsrecht kommen vor allem der Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 GG iVm. § 839 BGB, Ansprüche aus enteignendem oder enteignungsgleichem Eingriff sowie der allgemeine Aufopfungsanspruch in Betracht. Länderspezifische Entschädigungsansprüche aus dem Polizei- und Ordnungsrecht sollen nachfolgend außer Betracht bleiben.

a) Amtshaftungsanspruch Art. 34 GG, § 839 BGB

Der Amtshaftungsanspruch gewährt Schadensersatz für schuldhaft Verletzungen drittschützender Amtspflichten im hoheitlichen Tätigkeitsbereich.¹⁰⁸ Er unterscheidet sich schon durch das Anspruchsziel des Schadensersatzes sowie der Voraussetzung einer schuldhaften Amtspflichtverletzung fundamental von den verschuldensunabhängigen Entschädigungstatbeständen des IfSG. Er kann daher parallel zur Anwendung gebracht werden.¹⁰⁹ Damit ist indes noch nichts darüber gesagt, ob die Voraussetzungen

99 In diesem Sinne: *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417, 421.

100 BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 34.

101 *Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub*, JA 2021, 491, 492.

102 LG München I, 28.4.2021 – 15 O 10858/20 – BeckRS 2021, 8842, Rn. 17; LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227; VG Würzburg, 28.5.2021 – W 8 K 21.594 – BeckRS 2021, 15311, Rn. 18; BeckOK InfSchR-Kruse (Fn. 5), § 65 InfSchG Rn. 13; *Reschke*, DÖV 2020, 423, 425.

103 So *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473, 1475.

104 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227; *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 98.

105 Vgl. etwa *Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub*, JA 2021, 491, 492; LG München, 28.4.2021 – 15 O 10858/20 – BeckRS 2021, 8842, Rn. 21; *Bachmann/Rung*, in: *Kluckert* (Fn. 40), § 15 Rn. 52.

106 Für eine analoge Anwendung jedoch *Eusani*, MDR 2020, 962, 965; wohl auch *Bachmann/Rung*, in: *Kluckert* (Fn. 40), § 15 Rn. 52 ff.; vgl. auch die abwägende Darstellung bei *Winter/Thürk*, in: *Schmidt* (Fn. 78), § 22 Rn. 30 ff., die zwar eine vergleichbare Interessenlage bejahen, eine planwidrige Regelungslücke aber ablehnen; gegen eine Analogie: LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227 ff.; *Klauck/Müller/Riedner*, JuS 2021, 739, 741; *Eibenstein*, NVwZ 2020, 930, 931 f.; *Kießling-Kümper* (Fn. 9), § 65 Rn. 9; *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905, 1906.

107 Dieser Ansicht scheint nach Presseberichten auch das BAG in einem obiter dictum seines Urteils zur Vergütungspflicht bei Minijobbern während des Lockdowns, – BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, bislang noch unveröffentlicht – zuzuneigen, vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bag-urteil-5azr21121-betriebsrisiko-arbeitgeber-behoerdliche-schliessung-corona-lohnanspruch-geringfuegig-beschaefigte/> (24.1.2022).

108 *Frenz*, Öffentliches Recht, 8. Aufl., München 2019, Rn. 1358 ff.

109 Vgl. *Winter/Thürk*, in: *Schmidt* (Fn. 78), § 22 Rn. 61; BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 101; *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 132.

des Amtshaftungsanspruches im Rahmen der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen regelmäßig vorliegen werden. Problematisch gestaltet sich insofern vor allem die Tatsache, dass die Gerichte die Schließungen ganz überwiegend für rechtmäßig erachtet haben und damit schon keine Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht feststellbar sein dürfte.¹¹⁰

b) Aufopferungsansprüche

Im Ergebnis nicht anders gestaltet sich die Anwendbarkeit der aus dem Aufopferungsgedanken des allgemeinen preußischen Landesrechts (§§ 74, 75 Einl. ALR) entwickelten Staatshaftungsansprüche¹¹¹, namentlich des allgemeinen Aufopferungsanspruches als auch des Anspruchs aus enteignungsähnlichem wie enteignendem Eingriff.¹¹² Unabhängig von den tatbestandlichen Unterschieden zwischen diesen Instituten¹¹³ lässt sich eine Entschädigung der von den flächendeckenden Schließungen Betroffenen mit der Erwägung ablehnen, dass alle diese Ansprüche auf dem Aufopferungsgedanken basieren und daher ein Sonderopfer erfordern,¹¹⁴ das beim Lockdown wohl nicht festzustellen ist, weil die flächendeckenden Betriebs- und Gastronomieschließungen gerade die Allgemeinheit und nicht individuell herausgehobene Betroffene treffen.¹¹⁵ Aber selbst wenn man sich darüber hinwegsetzt, stellt sich im Kontext der Betriebsschließungen eine weitere Hürde: Sofern man in diesen Fällen einzig Art. 12 GG, nicht aber – wie hier unter II.3. befürwortet – Art. 14 GG als betroffen ansieht, greift der allgemeine Aufopferungsanspruch nicht. Denn dieser wird überwiegend auf die Beeinträchtigung nicht vermögenswerter immaterieller Rechte beschränkt, wozu die Berufsfreiheit aber nicht zählen soll.¹¹⁶

3. Unverhältnismäßige Belastung durch Betriebsschließungen?

Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Entschädigungstatbestände des IfSG gerade bei den grundrechtswesentlichen Betriebs- und Gastronomieschließungen während der »Lockdowns« nicht eingreifen. Das ist eine Schwäche des Infektionsschutzrechtes. Auch wenn die Maßnahmen jedenfalls aus der ex ante Perspektive zum Lebens- und Gesundheitsschutz der Gesamtbevölkerung geeignet, erforderlich und angemessen waren,¹¹⁷ sollten die Entschädigungsansprüche des IfSG an die Realität der

Pandemie-Bekämpfung angepasst und de lege ferenda spezialgesetzliche Entschädigungsansprüche, zumindest für unverhältnismäßige Belastungen, gewährt werden.¹¹⁸

V. Rechtsschutz und Rechtsweg

Je einschneidender und weitläufiger in Grundrechte eingegriffen wird, desto bedeutsamer ist es, dass den Betroffenen offensteht, die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen gerichtlich überprüfen zu lassen. Die dynamische Fortentwicklung des IfSG und der auf dieses gestützten Corona-Maßnahmen hatte dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen. In der Anfangszeit der Pandemie hing die Wahl des Rechtsschutzes vor allem davon ab, ob die behördlichen Maßnahmen als Allgemeinverfügung oder Verordnung ergingen. Erstere stellt einen Verwaltungsakt dar und kann daher im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) bzw. im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO im Eilverfahren angegriffen werden. Mit der sukzessiven Verlagerung der Handlungsform der Behörden auf den Verordnungserlass verschob sich der Rechtsschutz hin zur Normenkontrolle

110 Vgl. LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1232; Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905, 1906 f.; Siegel, NVwZ 2020, 577, 583; Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub, JA 2021, 491, 495.

111 Zu deren Systematisierung im Kontext der Corona-Bekämpfung: Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 20 ff.

112 Vgl. nur Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 325 ff.

113 Siehe hierzu: Maurer/Waldhoff (Fn. 60), § 27 ff.

114 Allgemein zum Erfordernis des Sonderopfers: Ossenbühl/Cornils (Fn. 112), S. 141 ff.

115 OLG Berlin-Brandenburg, 1.6.2021 – 2 U 13/21 – BeckRS 2021, 14869, Rn. 67 f.; LG Stuttgart, 5.11.2020 – 7 O 109/20 – BeckRS 2020, 31215, Rn. 40 ff.; LG Köln, 12.1.2021 – 5 O 215/20 – BeckRS 2021, 264, Rn. 41; BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 31.1.; Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 138; Reschke, DÖV 2020, 423, 429; Kment, NVwZ 2020, 687, 688; aA.: Antweiler, NVwZ 2020, 584, 589; Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905, 1910.

116 Vgl. BGH, 7.6.1990 – III ZR 74/88 – NJW 1990, 3260 ff.; Ossenbühl/Cornils (Fn. 112), S. 131; für eine Ausgleichspflicht von Berufsausübungsregelungen: Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674, 678 f., dagegen Sachs-Mann (Fn. 2), Art. 12 Rn. 177 f.

117 Siehe oben II.3. u. hinsichtlich Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen: BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua. – BeckRS 2021, 36514, Rn. 166 ff.; bezügl. Schulschließungen: BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, u. 1 BvR 1069/21 – BeckRS 2021, 36492, Rn. 109 ff.

118 Zur Reichweite des Vorbehaltes des Gesetzes im Leistungsrecht vgl. Lepsius, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 12 Rn. 54 mwN.

nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, bzw. § 47 Abs. 6 VwGO im Eilverfahren. In Hamburg und Berlin, wo es keine solche Normenkontrolle gibt,¹¹⁹ bleibt zumindest die Möglichkeit der inzidenten Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung in anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, insbesondere im Wege einer sog. negativen Feststellungsklage nach § 43 VwGO.¹²⁰ Die umfassenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verordnungen mögen auch dazu geführt haben, dass sich die zwischenzeitlich propagierte Einbindung der Länderparlamente in die Coronabekämpfung über den Erlass sog. ordnungsvertretender Gesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG nicht durchgesetzt hat, denn dies hätte in Bundesländern, die einerseits von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht haben und andererseits keine Landesverfassungsbeschwerde gegen Gesetze kennen, eine Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten bedeutet. Erneut relevant geworden ist der vergleichsweise schwach ausgestaltete Rechtsschutz gegen Gesetze auch im Zuge des Erlasses der »Bundesnotbremse« des § 28b IfSG.¹²¹

Das ist normales verwaltungsprozessuales Tagesgeschäft. Spannender ist jedoch eine Entwicklung auf der Ebene der Sekundäransprüche. Denn mit Blick auf die Entschädigungstatbestände des IfSG haben sich durch Änderungsgesetze von vom 18. November 2020 und 29. März 2021¹²² bedeutsame Veränderungen ergeben.¹²³ Mit diesen Änderungen wurden nämlich die vormals über § 68 Abs. 1 IfSG den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Entschädigungstatbestände in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte überstellt. Das hat zur Folge, dass Entscheidungen über Anträge auf Entschädigung nunmehr dem Institut der Bestandskraft unterliegen. Das bedeutet: Gegen ablehnende Bescheide muss nun innerhalb eines Monats Verpflichtungsklage beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Dies war vorher nicht der Fall, da der Anspruch innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB auch bei einem ablehnenden Bescheid für volle drei Jahre weiterhin vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden konnte.¹²⁴ Da sich die von Betriebsschließungen Betroffenen, wie gesehen, ebenso häufig wie erfolglos auch auf eine analoge Anwendung der §§ 56 und 65 IfSG berufen, hat dies nun die Frage aufgeworfen, ob die neue aufdrängende Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten auch in einem solchen Analogiefall eingreift. Erstaunlicherweise gehen

die Verwaltungsgerichte davon aus, dass die Entscheidung über die analoge Anwendung nicht ihnen, sondern den ordentlichen Gerichten obliege, da der Gesetzgeber die Zuweisung an die Verwaltungsgerichte gerade nur für ausdrücklich geregelte Fälle intendiert habe.¹²⁵ Daher ist nach aktuellem Stand der Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Zivilgerichte auch weiterhin noch über Entschädigungsansprüche in analoger Anwendung des IfSG entscheiden werden – und dann in der oben beschriebenen Rechtsprechungslinie feststellen werden, dass keine Analogie möglich ist.

VI. Fazit

Eine Pandemie kann nicht bewältigt werden, ohne dass der gesamten Bevölkerung erhebliche Einschränkungen abverlangt werden. Es war daher im Grundsatz verfassungsrechtlich geboten, Gewerbe, Handel und Gastronomie maßgeblich in die Pandemie-Bekämpfung miteinzu beziehen. Das Infektionsschutzrecht wird jedoch auch nach seinen Änderungen der Grundrechtswesentlichkeit betriebsbezogener Corona-Bekämpfungsmaßnahmen nur teilweise gerecht. Inzwischen zeichnet sich ab, dass sich der verfassungsrechtliche Brennpunkt, sofern die Infektionszahlen nicht durch das Auftreten neuer Varianten in die Höhe schnellen, von den Eingriffstatbeständen hin zu den Entschädigungsansprüchen des IfSG verlagert. Gerade diese decken aber nur einen kleinen Bereich der Anwendungsfälle von Betriebsschließungen ab. Bis zu

119 Beide Länder haben von der Möglichkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO die prinzipiale Normenkontrolle einzuführen keinen Gebrauch gemacht.

120 BVerfG, 10.4.2020 – 1 BvQ 26/20 – COVuR 2020, 101, 103; Giesbert, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK-VwGO, 59. Ed., Stand: 1.10.2021, § 47 Rn. 24a.

121 Dazu schon oben B.II.; zu den Implikationen des § 28b IfSG für Art. 19 Abs. 4 GG: Schwarz, COVuR 2021, 258 259 f.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665, 669 f.

122 Zu den Gründen der Reform vgl. BT-Drs. 19/27291, S. 63; Kümper, NVwZ 2021, 1254, 1255.

123 Ausführlich hierzu: Kümper, NVwZ 2021, 1254 ff.

124 BeckOK InfSchR-Kruse (Fn. 5), § 68 InfSchG Rn. 1a f.; Kümper, NVwZ 2021, 1254, 1255.

125 OVG Lüneburg, 3.9.2021 – 13 OB 321/21 – BeckRS 2021, 24801, Rn. 16, die gar einen »ersichtlich missbräuchliche Versuch [...] sehen, in den Verwaltungsrechtsweg zu gelangen«; OVG Berlin-Brandenburg, 6.5.2021 – OVG 1 L 16/21 – BeckRS 2021, 10546, Rn. 4 ff.; VG Würzburg, 28.5.2021 – W 8 K 21.594 – BeckRS 2021, 15311, Rn. 19.

einer vollständigen Normalisierung der Infektionslage werden die Betriebe noch vor schwierige Richtungsentscheidungen gestellt. Dies betrifft etwa die Frage, ob sie den Zugang nur für Geimpfte und Genesene eröffnen oder ihre Mitarbeiter zu einer Impfung verpflichten. In der Politik ist deshalb die Rede davon, dass die Betriebe

künftig mehr eigene Verantwortung für die Corona-Bekämpfung übernehmen müssen. Es wäre ein Anfang, wenn der Staat für die zurückliegenden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen dasselbe tut, indem er die Entschädigungstatbestände des Infektionsschutzgesetzes reformiert.