

**Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden
zumal aus Handel und Gastronomie aufgrund der
Corona-Verordnungen in Baden-Württemberg**

Rechtsgutachten

vorgelegt von

Rechtsanwalt Privatdozent Dr. iur. habil. Ulrich Vosgerau

im Auftrag

der AfD-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg

Juli 2020

Abkürzungen

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BerlK	Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	amtliche Sammlung der Zivilurteile des →BGH
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW-AGVwGO bzw.	Baden-Württembergisches Ausführungsgesetz zur →VwGO beziehungsweise
d.h.	das heißt
E ebda.	amtliche Sammlung der Entscheidungen des →BVerfGE ebenda
FAZ ff.	Frankfurter Allgemeine Zeitung fortfolgende
GG GVG	Grundgesetz Gerichtsverfassungsgesetz
hM HS	herrschende Meinung Halbsatz
IfSG i. V.m.	Infektionsschutzgesetz in Verbindung mit
jew.	jeweils
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OBG-NRW	Nordrhein-Westfälisches Ordnungsbehördengesetz
PolG-BW PolG-NRW	Baden-Württembergisches Polizeigesetz Nordrein-Westfälisches Polizeigesetz
s.u.	siehe unten
v. VG VGH VO VwGO	vom Verwaltungsgericht Verwaltungsgerichtshof Verordnung Verwaltungsgerichtsordnung

Gliederung

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....	5
I. Grundlagen des Infektionsschutzrechts auf Bundesebene.....	5
1. Die Vorkehrungen des Infektionsschutzgesetzes.....	5
2. Die korrespondierenden Entschädigungsansprüche unmittelbar aus dem Infektionsschutzgesetz.....	10
3. Erste Einordnung der Vorkehrungen des IfSG in die allgemeinen Grundsätze des Gefahrenabwehrrechts.....	13
II. Die Corona-Verordnungen in Baden-Württemberg.....	16
1. Die Erste Corona-Verordnung vom 16. März 2020.....	17
2. Die Zweite Corona-Verordnung vom 17. März 2020.....	17
3. Erste Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 20. März 2020.....	18
4. Zweite Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 22. März 2020.....	19
5. Dritte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 28. März 2020.....	20
6. Vierte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 9. April 2020.....	20
7. Fünfte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 17. April 2020.....	21
8. Sechste Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 23. April 2020.....	21
9. Siebte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 2. Mai 2020.....	22
10. Die Dritte Corona-Verordnung vom 9. Mai 2020.....	22
11. Erste Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 16. Mai 2020.....	22
12. Zweite Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 26. Mai 2020.....	23
13. Dritte Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 9. Juni 2020.....	23
14. Vierte Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 16. Juni 2020.....	23
15. Die Vierte Corona-Verordnung vom 23. Juni 2020.....	23
B. Verfassungsrechtliche Probleme und Abgrenzungen.....	24

C. Der Entschädigungsanspruch des Nichtstörers.....	27
I. Die Regelungen im Landespolizeirecht und ihre verfassungsrechtliche Einordnung.....	27
1. Schadensersatz und Entschädigung.....	27
2. Entschädigungsanspruch aus § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW.....	28
3. Exkurs: landesrechtliche Regelungen in Bayern und NRW.....	30
4. Die Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruches des Nichtstörers.....	33
a) Zur Terminologie: allgemeiner Aufopferungsanspruch und Aufopferungsanspruch i.e.S.....	33
b) Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruches.....	34
5. Ausschluß von Ansprüchen durch das IfSG?.....	35
II. Nichtstörer oder Jedermann?.....	36
D. Verfassungsrechtliche Einordnung und Rechtswegproblem.....	37
I. Allgemeiner Aufopferungsanspruch und enteignender Eingriff.....	38
II. Vorrang des Primärrechtsschutzes?.....	39
III. Das Rechtswegproblem.....	40
E. Wesentliche Ergebnisse.....	43

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

I. Grundlagen des Infektionsschutzrechts auf Bundesebene

Das Infektionsschutzgesetz trat am 1. Januar 2001 in Kraft und löste das bis dahin geltende Bundesseuchengesetz (sowie noch mehrere andere bis dahin geltende, die Volksgesundheit betreffende Gesetze, wie z.B. das Gesetz über die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten) ab. Eine breitere Öffentlichkeit nahm vor dem Beginn der Corona-Krise in Deutschland und Europa etwa im Februar 2020 von seiner Existenz und seinem Inhalt keine Notiz. Der Zweck des Infektionsschutzgesetzes wird in dessen § 1 Abs. 1 zusammengefaßt:

Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.

Das Grundgesetz wiederum regelt in Art. 83:

Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

1. Die Vorkehrungen des Infektionsschutzgesetzes

Näheres über die nun insofern seitens der Bundesländer zu treffenden Maßnahmen regeln die Vorschriften aus §§ 16 und 17 sowie §§ 28 bis 33 IfSG:

§ 16 Allgemeine Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten

(1) ¹Werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder ist anzunehmen, daß solche Tatsachen vorliegen, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren. ²Die bei diesen Maßnahmen erhobenen personenbezogenen Daten dürfen nur für Zwecke dieses Gesetzes verarbeitet werden.

(2) ¹In den Fällen des Absatzes 1 sind die Beauftragten der zuständigen Behörde und des Gesundheitsamtes zur Durchführung von Ermittlungen und zur Überwachung der angeordneten Maßnahmen berechtigt, Grundstücke, Räume, Anlagen und Einrichtungen sowie Verkehrsmittel aller Art zu betreten und Bücher oder sonstige Unterlagen einzusehen und hieraus Abschriften, Ablichtungen oder Auszüge anzufertigen sowie sonstige Gegenstände zu untersuchen oder Proben zur Untersuchung zu fordern oder zu entnehmen. ²Der Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist verpflichtet, den Beauftragten der zuständigen Behörde und des Gesundheitsamtes Grundstücke, Räume, Anlagen, Einrichtungen und Verkehrsmittel sowie sonstige Gegenstände zugänglich zu machen. ³Personen, die über die in Absatz 1 genannten Tatsachen Auskunft geben können, sind verpflichtet, auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte insbesondere über den Betrieb und den Betriebsablauf einschließlich dessen Kontrolle zu erteilen und Unterlagen einschließlich dem tatsächlichen Stand entsprechende technische Pläne vorzulegen. ⁴Der Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383

Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Angehörigen¹ der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde; Entsprechendes gilt für die Vorlage von Unterlagen.

(3) Soweit es die Aufklärung der epidemischen Lage erfordert, kann die zuständige Behörde Anordnungen über die Übergabe von in Absatz 2 genannten Untersuchungsmaterialien zum Zwecke der Untersuchung und Verwahrung an Institute des öffentlichen Gesundheitsdienstes oder andere vom Land zu bestimmende Einrichtungen treffen.

(4) Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) wird im Rahmen der Absätze 2 und 3 eingeschränkt.

(5) [...]

(6) ¹Die Maßnahmen nach Absatz 1 werden auf Vorschlag des Gesundheitsamtes von der zuständigen Behörde angeordnet. ²Kann die zuständige Behörde einen Vorschlag des Gesundheitsamtes nicht rechtzeitig einholen, so hat sie das Gesundheitsamt über die getroffene Maßnahme unverzüglich zu unterrichten.

(7) ¹Bei Gefahr im Verzuge kann das Gesundheitsamt die erforderlichen Maßnahmen selbst anordnen. Es hat die zuständige Behörde unverzüglich hiervon zu unterrichten. ²Diese kann die Anordnung ändern oder aufheben. ³Wird die Anordnung nicht innerhalb von zwei Arbeitstagen nach der Unterrichtung aufgehoben, so gilt sie als von der zuständigen Behörde getroffen.

(8) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 haben keine aufschiebende Wirkung.

§ 17 Besondere Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten, Verordnungsermächtigung

(1) ¹Wenn Gegenstände mit meldepflichtigen Krankheitserregern behaftet sind oder wenn das anzunehmen ist und dadurch eine Verbreitung der Krankheit zu befürchten ist, hat die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der hierdurch drohenden Gefahren zu treffen. ²Wenn andere Maßnahmen nicht ausreichen, kann die Vernichtung von Gegenständen angeordnet werden. ³Sie kann auch angeordnet werden, wenn andere Maßnahmen im Verhältnis zum Wert der Gegenstände zu kostspielig sind, es sei denn, daß derjenige, der ein Recht an diesem Gegenstand oder die tatsächliche Gewalt darüber hat, widerspricht und auch die höheren Kosten übernimmt. ⁴Müssen Gegenstände entseucht (desinfiziert), von Gesundheitsschädlingen befreit oder vernichtet werden, so kann ihre Benutzung und die Benutzung der Räume und Grundstücke, in denen oder auf denen sie sich befinden, untersagt werden, bis die Maßnahme durchgeführt ist.

¹ „§ 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1. der Verlobte einer Partei;

2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;

2a. der Lebenspartner einer Partei, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht;

3. diejenigen, die mit einer Partei in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert sind oder waren; [...].“

(2) [...]

(3) [...]

(4) ¹Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den nach § 16 sowie nach Absatz 1 maßgebenden Voraussetzungen durch Rechtsverordnung entsprechende Gebote und Verbote zur Verhütung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. ²Sie können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.

(5) [...]

(6) § 16 Abs. 5 bis 8 gilt entsprechend.

(7) Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) werden im Rahmen der Absätze 1 bis 5 eingeschränkt.

§ 28 Schutzmaßnahmen

(1) ¹Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, daß ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. ²Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. ³Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. ⁴Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

(2) Wird festgestellt, daß eine Person in einer Gemeinschaftseinrichtung an Masern erkrankt, dessen verdächtig oder ansteckungsverdächtig ist, kann die zuständige Behörde Personen, die weder einen Impfschutz, der den Empfehlungen der Ständigen Impfkommision entspricht, noch eine Immunität gegen Masern durch ärztliches Zeugnis nachweisen können, die in § 34 Absatz 1 Satz 1 und 2 genannten Verbote erteilen, bis eine Weiterverbreitung der Krankheit in der Gemeinschaftseinrichtung nicht mehr zu befürchten ist.

(3) Für Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 gilt § 16 Abs. 5 bis 8, für ihre Überwachung außerdem § 16 Abs. 2 entsprechend.

§ 29 Beobachtung²

(1) Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider können einer Beobachtung unterworfen werden.

(2) ¹Wer einer Beobachtung nach Absatz 1 unterworfen ist, hat die erforderlichen Untersuchungen durch die Beauftragten des Gesundheitsamtes zu dulden und den Anordnungen des Gesundheitsamtes Folge zu leisten. ²§ 25 Absatz 3³ gilt entsprechend. ³Eine Person nach Satz 1 ist ferner verpflichtet, den Beauftragten des Gesundheitsamtes zum Zwecke der Befragung oder der Untersuchung den Zutritt zu seiner Wohnung zu gestatten, auf Verlangen ihnen über alle seinen Gesundheitszustand betreffenden Umstände Auskunft zu geben und im Falle des Wechsels der Hauptwohnung oder des gewöhnlichen Aufenthaltes unverzüglich dem bisher zuständigen Gesundheitsamt Anzeige zu erstatten. ⁴[...]. ⁵§ 16 Abs. 2 Satz 4 gilt entsprechend. ⁶Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz), der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) werden insoweit eingeschränkt.

§ 30 Absonderung⁴

(1) ¹Die zuständige Behörde hat anzuordnen, daß Personen, die an Lungenpest oder an von Mensch zu Mensch übertragbarem hämorrhagischem Fieber erkrankt oder dessen verdächtig sind, unverzüglich in einem Krankenhaus oder einer für diese Krankheiten geeigneten

² Die Vorschriften aus den §§ 29, 30 und 31 IfSG werden hier (auszugsweise) abgedruckt, obwohl es in ihnen um „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider“ geht und gerade *nicht* um Gewerbetreibende, die persönlich nicht im Verdacht stehen, krank oder infiziert zu sein, aber gleichwohl im Zuge übergreifender „Lockdown“-Maßnahmen ihr Geschäft oder ihre Gastronomie zeitweilig nicht betreiben durften. Die Regelungen des IfSG für wirkliche oder potentielle Gefährder sind aber gleichwohl wichtig für die Beurteilung möglicher Ansprüche von Dritten und „Nichtstörern“, die selber also keine Gefährder oder Anscheinsstörer waren.

³ „§ 25 Ermittlungen

(1) Ergibt sich oder ist anzunehmen, daß jemand krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheider ist oder daß ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so stellt das Gesundheitsamt die erforderlichen Ermittlungen an, insbesondere über Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit.

(2) Für die Durchführung der Ermittlungen nach Absatz 1 gilt § 16 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2, 3, 5 und 8 entsprechend. Das Gesundheitsamt kann eine im Rahmen der Ermittlungen im Hinblick auf eine bedrohliche übertragbare Krankheit erforderliche Befragung in Bezug auf die Art, Ursache, Ansteckungsquelle und Ausbreitung der Krankheit unmittelbar an eine dritte Person, insbesondere an den behandelnden Arzt, richten, wenn eine Mitwirkung der betroffenen Person oder der nach § 16 Absatz 5 verpflichteten Person nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist; die dritte Person ist in entsprechender Anwendung von § 16 Absatz 2 Satz 3 und 4 zur Auskunft verpflichtet.

(3) *Die in Absatz 1 genannten Personen können durch das Gesundheitsamt vorgeladen werden. Sie können durch das Gesundheitsamt verpflichtet werden,*

1. Untersuchungen und Entnahmen von Untersuchungsmaterial an sich vornehmen zu lassen, insbesondere die erforderlichen äußerlichen Untersuchungen, Röntgenuntersuchungen, Tuberkulintestungen, Blutentnahmen und Abstriche von Haut und Schleimhäuten durch die Beauftragten des Gesundheitsamtes zu dulden, sowie
2. das erforderliche Untersuchungsmaterial auf Verlangen bereitzustellen. Darüber hinausgehende invasive Eingriffe sowie Eingriffe, die eine Betäubung erfordern, dürfen nur mit Einwilligung des Betroffenen vorgenommen werden; § 16 Absatz 5 gilt nur entsprechend, wenn der Betroffene einwilligungsunfähig ist. Die bei den Untersuchungen erhobenen personenbezogenen Daten dürfen nur für Zwecke dieses Gesetzes verarbeitet werden.“

⁴ Die Überschrift lautete bisher: „**Quarantäne**“; sie wurde durch Art. 1 Nr. 18 des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020, das am 23. Mai 2020 in Kraft trat (BGBl. 2020-I, S. 1018 [1023]), geändert.

Einrichtung abgesondert werden. ²Bei sonstigen Kranken sowie Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern kann angeordnet werden, daß sie in einem geeigneten Krankenhaus oder in sonst geeigneter Weise abgesondert werden, bei Ausscheidern jedoch nur, wenn sie andere Schutzmaßnahmen nicht befolgen, befolgen können oder befolgen würden und dadurch ihre Umgebung gefährden.

(2) ¹Kommt der Betroffene den seine Absonderung betreffenden Anordnungen nicht nach oder ist nach seinem bisherigen Verhalten anzunehmen, daß er solchen Anordnungen nicht ausreichend Folge leisten wird, so ist er zwangsweise durch Unterbringung in einem abgeschlossenen Krankenhaus oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses abzusondern. ²Ansteckungsverdächtige und Ausscheider können auch in einer anderen geeigneten abgeschlossenen Einrichtung abgesondert werden. ³Das Grundrecht der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz) kann insoweit eingeschränkt werden. ⁴[...].

(3) ¹Der Abgesonderte hat die Anordnungen des Krankenhauses oder der sonstigen Absonderungseinrichtung zu befolgen und die Maßnahmen zu dulden, die der Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen Betriebs der Einrichtung oder der Sicherung des Unterbringungszwecks dienen. ²Insbesondere dürfen ihm Gegenstände, die unmittelbar oder mittelbar einem Entweichen dienen können, abgenommen und bis zu seiner Entlassung anderweitig verwahrt werden. ³Für ihn eingehende oder von ihm ausgehende Pakete und schriftliche Mitteilungen können in seinem Beisein geöffnet und zurückgehalten werden, soweit dies zur Sicherung des Unterbringungszwecks erforderlich ist. ⁴Die bei der Absonderung erhobenen personenbezogenen Daten sowie die über Pakete und schriftliche Mitteilungen gewonnenen Erkenntnisse dürfen nur für Zwecke dieses Gesetzes verarbeitet werden. ⁵Postsendungen von Gerichten, Behörden, gesetzlichen Vertretern, Rechtsanwälten, Notaren oder Seelsorgern dürfen weder geöffnet noch zurückgehalten werden; Postsendungen an solche Stellen oder Personen dürfen nur geöffnet und zurückgehalten werden, soweit dies zum Zwecke der Entseuchung notwendig ist. ⁶Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 1 Grundgesetz), der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz) und das Grundrecht des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) werden insoweit eingeschränkt.

(4) ¹Der behandelnde Arzt und die zur Pflege bestimmten Personen haben freien Zutritt zu abgesonderten Personen. ²Dem Seelsorger oder Urkundspersonen muß, anderen Personen kann der behandelnde Arzt den Zutritt unter Auferlegung der erforderlichen Verhaltensmaßregeln gestatten.

(5) bis (7) [...].

§ 31 Berufliches Tätigkeitsverbot

¹Die zuständige Behörde kann Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagen. ²Satz 1 gilt auch für sonstige Personen, die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, daß im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht.

§ 32 Erlaß von Rechtsverordnungen

¹Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. ²Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. ³Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz), der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 Grundgesetz), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Grundgesetz), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 Grundgesetz) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 Grundgesetz) können insoweit eingeschränkt werden.

§ 33 Gemeinschaftseinrichtungen

Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne dieses Gesetzes sind Einrichtungen, in denen überwiegend minderjährige Personen betreut werden; dazu gehören insbesondere:

1. Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte,
2. die nach § 43 Absatz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch erlaubnispflichtige Kindertagespflege,
3. Schulen und sonstige Ausbildungseinrichtungen,
4. Heime und
5. Ferienlager.

2. Die korrespondierenden Entschädigungsansprüche unmittelbar aus dem Infektionsschutzgesetz

Entschädigungsansprüche der von diesen Maßnahmen betroffenen Personen – soweit sie für die Zwecke dieser Darstellung relevant sind – sind in den Vorschriften aus § 56, § 58 und § 66 Abs. 1 1. HS IfSG geregelt:

§ 56 Entschädigung

(1) ¹Wer auf Grund dieses Gesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstausfall erleidet, erhält eine Entschädigung in Geld. ²Das Gleiche gilt für Personen, die als Ausscheider, Ansteckungsverdächtige oder Krankheitsverdächtige⁵ abgesondert wurden oder werden, bei Ausscheidern jedoch nur, wenn sie andere Schutzmaßnahmen nicht befolgen können. ³Eine Entschädigung nach den Sätzen 1 und 2 erhält nicht, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe,

⁵ Die Variante „oder Krankheitsverdächtige“ wurde durch Art. 1 Nr. 22 Buchstabe a des des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020, das am 23. Mai 2020 in Kraft trat (BGBl. 2020-I, S. 1018 [1023]), eingefügt.

die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, ein Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können.

(1a) ¹Werden Einrichtungen zur Betreuung von Kindern oder Schulen von der zuständigen Behörde zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten auf Grund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen oder deren Betreten untersagt und müssen erwerbstätige Sorgeberechtigte von Kindern, die das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder behindert und auf Hilfe angewiesen sind, in diesem Zeitraum die Kinder selbst betreuen, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen können, und erleiden sie dadurch einen Verdienstausschlag, erhalten sie eine Entschädigung in Geld. ²Anspruchsberechtigte haben gegenüber der zuständigen Behörde, auf Verlangen des Arbeitgebers auch diesem gegenüber, darzulegen, daß sie in diesem Zeitraum keine zumutbare Betreuungsmöglichkeit für das Kind sicherstellen können. ³Ein Anspruch besteht nicht, soweit eine Schließung ohnehin wegen der Schulferien erfolgen würde. ⁴[...].

(2) ¹Die Entschädigung bemißt sich nach dem Verdienstausschlag. ²Für die ersten sechs Wochen wird sie in Höhe des Verdienstausschlags gewährt. ³Vom Beginn der siebenten Woche an wird sie in Höhe des Krankengeldes nach § 47 Abs. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch gewährt, soweit der Verdienstausschlag die für die gesetzliche Krankenversicherungspflicht maßgebende Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht übersteigt. ⁴Im Fall des Absatzes 1a wird die Entschädigung abweichend von den Sätzen 2 und 3 in Höhe von 67 Prozent des dem erwerbstätigen Sorgeberechtigten entstandenen Verdienstausschlags für längstens sechs Wochen gewährt; für einen vollen Monat wird höchstens ein Betrag von 2 016 Euro gewährt.

(3) ¹Als Verdienstausschlag gilt das Arbeitsentgelt (§ 14 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch), das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit nach Abzug der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung oder entsprechenden Aufwendungen zur sozialen Sicherung in angemessenem Umfang zusteht (Netto-Arbeitsentgelt). ²Der Betrag erhöht sich um das Kurzarbeitergeld und um das Zuschuß-Wintergeld, auf das der Arbeitnehmer Anspruch hätte, wenn er nicht aus den in Absatz 1 genannten Gründen an der Arbeitsleistung verhindert wäre. ³Verbleibt dem Arbeitnehmer nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder bei Absonderung ein Teil des bisherigen Arbeitsentgelts, so gilt als Verdienstausschlag der Unterschiedsbetrag zwischen dem in Satz 1 genannten Netto-Arbeitsentgelt und dem in dem auf die Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder der Absonderung folgenden Kalendermonat erzielten Netto-Arbeitsentgelt aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis. ⁴Die Sätze 1 und 3 gelten für die Berechnung des Verdienstausschlags bei den in Heimarbeit Beschäftigten und bei Selbständigen entsprechend mit der Maßgabe, daß bei den in Heimarbeit Beschäftigten das im Durchschnitt des letzten Jahres vor Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder vor der Absonderung verdiente monatliche Arbeitsentgelt und bei Selbständigen ein Zwölftel des Arbeitseinkommens (§ 15 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) aus der entschädigungspflichtigen Tätigkeit zugrunde zu legen ist.

(4) ¹Bei einer Existenzgefährdung können den Entschädigungsberechtigten die während der Verdienstausschlagzeiten entstehenden Mehraufwendungen auf Antrag in angemessenem Umfang von der zuständigen Behörde erstattet werden. ²Selbständige, deren Betrieb oder Praxis während der Dauer einer Maßnahme nach Absatz 1 ruht, erhalten neben der Entschädigung nach den Absätzen 2 und 3 auf Antrag von der zuständigen Behörde Ersatz der in dieser Zeit weiterlaufenden nicht gedeckten Betriebsausgaben in angemessenem Umfang.

(5) ¹Bei Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, längstens für sechs Wochen, die Entschädigung für die zuständige Behörde ausbezahlen. ²Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet. ³Im Übrigen wird die Entschädigung von der zuständigen Behörde auf Antrag gewährt.

(6) ¹Bei Arbeitnehmern richtet sich die Fälligkeit der Entschädigungsleistungen nach der Fälligkeit des aus der bisherigen Tätigkeit erzielten Arbeitsentgelts. ²Bei sonstigen Entschädigungsberechtigten ist die Entschädigung jeweils zum Ersten eines Monats für den abgelaufenen Monat zu gewähren.

(7) ¹Wird der Entschädigungsberechtigte arbeitsunfähig, so bleibt der Entschädigungsanspruch in Höhe des Betrages, der bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit an den Berechtigten auszuzahlen war, bestehen. ²Ansprüche, die Entschädigungsberechtigten⁶ wegen des durch die Arbeitsunfähigkeit bedingten Verdienstauffalls auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften oder eines privaten Versicherungsverhältnisses zustehen, gehen insoweit auf das entschädigungspflichtige Land über.

(8) ¹Auf die Entschädigung sind anzurechnen

1. Zuschüsse des Arbeitgebers, soweit sie zusammen mit der Entschädigung den tatsächlichen Verdienstauffall übersteigen,
2. das Netto-Arbeitsentgelt und das Arbeitseinkommen nach Absatz 3 aus einer Tätigkeit, die als Ersatz der verbotenen Tätigkeit ausgeübt wird, soweit es zusammen mit der Entschädigung den tatsächlichen Verdienstauffall übersteigt,
3. der Wert desjenigen, das der Entschädigungsberechtigte durch Ausübung einer anderen als der verbotenen Tätigkeit zu erwerben böswillig unterläßt, soweit es zusammen mit der Entschädigung den tatsächlichen Verdienstauffall übersteigt,
4. das Arbeitslosengeld in der Höhe, in der diese Leistung dem Entschädigungsberechtigten ohne Anwendung der Vorschriften über das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Sperrzeit nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch sowie des § 66 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch in der jeweils geltenden Fassung hätten gewährt werden müssen.

²Liegen die Voraussetzungen für eine Anrechnung sowohl nach Nummer 3 als auch nach Nummer 4 vor, so ist der höhere Betrag anzurechnen.

(9) Der Anspruch auf Entschädigung geht insoweit, als dem Entschädigungsberechtigten Arbeitslosengeld oder Kurzarbeitergeld für die gleiche Zeit zu gewähren ist, auf die Bundesagentur für Arbeit über.

(10) Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz des Verdienstauffalls, der dem Entschädigungsberechtigten durch das Verbot der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit oder durch die Absonderung erwachsen ist, geht insoweit auf das zur Gewährung der Entschädigung verpflichtete Land über, als dieses dem Entschädigungsberechtigten nach diesem Gesetz Leistungen zu gewähren hat.

⁶ Vorher „die Berechtigten nach Absatz 1 Satz 2“, geändert durch Art. 1 Nr. 22 Buchstabe b des des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020, das am 23. Mai 2020 in Kraft trat (BGBl. 2020-I, S. 1018 [1023]).

(11) ¹Die Anträge nach Absatz 5 sind innerhalb einer Frist von zwölf Monaten⁷ nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit, dem Ende der Absonderung oder nach dem Ende der vorübergehenden Schließung oder der Untersagung des Betretens nach Absatz 1a Satz 1 bei der zuständigen Behörde zu stellen. ²Dem Antrag ist von Arbeitnehmern eine Bescheinigung des Arbeitgebers und von den in Heimarbeit Beschäftigten eine Bescheinigung des Auftraggebers über die Höhe des in dem nach Absatz 3 für sie maßgeblichen Zeitraum verdienten Arbeitsentgelts und der gesetzlichen Abzüge, von Selbständigen eine Bescheinigung des Finanzamtes über die Höhe des letzten beim Finanzamt nachgewiesenen Arbeitseinkommens beizufügen. ³Ist ein solches Arbeitseinkommen noch nicht nachgewiesen oder ist ein Unterschiedsbetrag nach Absatz 3 zu errechnen, so kann die zuständige Behörde die Vorlage anderer oder weiterer Nachweise verlangen.

(12) Die zuständige Behörde hat auf Antrag dem Arbeitgeber einen Vorschuß in der voraussichtlichen Höhe des Erstattungsbetrages, den in Heimarbeit Beschäftigten und Selbständigen in der voraussichtlichen Höhe der Entschädigung zu gewähren.

§ 58 Aufwendungserstattung

¹Entschädigungsberechtigte im Sinne des § 56 Absatz 1 und 1a, die der Pflichtversicherung in der gesetzlichen Kranken-, Renten- sowie der sozialen Pflegeversicherung nicht unterliegen, haben gegenüber der zuständigen Behörde einen Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen für soziale Sicherung in angemessenem Umfang. ²In den Fällen, in denen sie Netto-Arbeitsentgelt und Arbeitseinkommen aus einer Tätigkeit beziehen, die als Ersatz der verbotenen Tätigkeit ausgeübt wird, mindert sich der Anspruch nach Satz 1 in dem Verhältnis dieses Einkommens zur ungekürzten Entschädigung.

§ 66 Zahlungsverpflichteter

(1) ¹Verpflichtet zur Zahlung der Entschädigung nach § 56 ist das Land, in dem das Verbot erlassen oder die Schließung beziehungsweise das Betretungsverbot veranlaßt worden ist, [...].
²[...].

3. Erste Einordnung der Vorkehrungen des Infektionsschutzgesetzes in die allgemeinen Grundsätze des Gefahrenabwehrrechts

Das Infektionsschutzgesetz ermächtigt die Bundesländer also zu durchaus weitreichenden Verbots- und Absonderungsmaßnahmen. Diese richten sich – wie immer im Gefahrenabwehrrecht – gegen Personen, die aufgrund von Tatsachen zumindest im *Verdacht* stehen, mit einer gefährlichen übertragbaren Krankheit infiziert zu sein. Dabei ist vom Standpunkt des Gefahrenabwehrrechts im Sinne eines Ausgangspunkts festzuhalten, daß der Umstand, daß im Rahmen solcher Maßnahmen etwa des zeitweiligen Berufsverbots oder der Absonderung auch immer Personen betroffen sein können, von denen sich im Nachhinein herausstellt, daß sie in

⁷ Vorher drei Monate; geändert durch Art. 1 Nr. 22 Buchstabe c des Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020.

Wahrheit mit den Krankheitskeimen niemals infiziert gewesen sind, kein prinzipielles Problem bildet. Denn polizeiverantwortlich bzw. „Störer“ im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts sind anerkanntermaßen nicht nur Personen, von denen aus der Ex-post-Perspektive *wirklich* eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausging, sondern eben auch „Anscheinstörer“, d.h. Personen, bei denen die Behörden aufgrund von Tatsachen aus der Ex-ante-Perspektive ohne Verletzung von Sorgfaltspflichten davon ausgehen durften, daß sie vermutlich zu den Störern rechnen.⁸ Anscheinstörer werden polizeirechtlich rechtmäßiger Weise als Störer behandelt; damit eventuell verbundene Ungerechtigkeiten führen nicht zur Rechtswidrigkeit der fraglichen Polizeimaßnahme (diese wird ausschließlich aus der Ex-ante-Perspektive heraus beurteilt!), sondern in der Regel zu einem finanziellen Ausgleich auf der polizeirechtlichen „Sekundärebene“, also der Kosten- und Schadensersatzebene, auf der Rechtsfragen, anders als die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme *selbst* und als solche, möglichst objektiv und aus der Ex-post-Perspektive beurteilt werden.

Gefahrenabwehrrechtlich hochproblematisch sind demgegenüber aber immer Maßnahmen, die sich von Anfang an, auch aus der Ex-ante-Perspektive, gegen Personen richten, die *nicht* Störer im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts sind. Polizei- und ordnungsrechtliches Handeln, das eben typischerweise mit Grundrechtseingriffen verbunden ist, setzt gemeinhin zu seiner Rechtmäßigkeit voraus, daß eine Gefahr (und sei es auch nur eine Anscheinsgefahr) jedenfalls vorhanden ist. Das grundrechtsinvasive Vorgehen gegen Personen, die selber nicht Störer sind, ist immer in stark erhöhtem Maßstabe begründungsbedürftig und im allgemeinen nur im Falle des „polizeirechtlichen Notstandes“⁹ zulässig.

Gängige Fälle sind v.a. Beschlagnahmefälle, bei denen die Polizei sich in Eilfällen der Gegenstände privater Dritter bedient, die sie situativ unverzüglich benötigt, aber selbst nicht dabei hat: z.B. wird Spezialwerkzeug, das zum Öffnen einer Tür unverzüglich benötigt wird, einem Handwerker in der Nachbarschaft weggenommen, oder es wird ein Kraftfahrzeug vorübergehend in Anspruch genommen. Hiermit verbundene Schäden oder Verdienstauffälle sind dann selbstverständlich staatlich zu ersetzen, ohne daß es auch die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der fraglichen Maßnahme überhaupt ankäme.

Auch das Infektionsschutzgesetz geht davon aus, daß sich die in ihm vorgesehenen Maßnahmen im allgemeinen gegen Störer, also polizeipflichtige Personen richten; Störer im Sinne des Infektionsschutzgesetzes sind eben „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige

⁸ Ebenfalls prinzipiell unproblematisch ist der weitere Umstand, daß Personen, die durch irgendwelche Tatsachen in der Verdacht kamen, mit einer gefährlichen übertragbaren Krankheit infiziert zu sein, was sich dann aber später doch als unzutreffend herausstellte, in der Regel nichts dafür können werden, in diesen Verdacht geraten zu sein. Denn diejenigen Personen, die das IfSG eigentlich „meint“ und die also *wirklich* infiziert sind, so daß ihre Mitmenschen wirklich vor ihnen geschützt werden müssen, können ja in aller Regel ebenfalls nichts für diesen Umstand. Kriterien der Schuld und der individuellen Vorwerfbarkeit spielen im Hinblick auf die Polizeiverantwortlichkeit, also die „Störer“-Eigenschaft, von vornherein keine Rolle; „Schuld“ ist ein Kriterium des Strafrechts, nicht des Polizei- und Ordnungsrechts.

⁹ Schulfall: eine ordnungsgemäß angemeldete politische Demonstration wird verboten, weil mit so starken und gewaltbereiten Gegenkundgebungen zu rechnen ist, daß die Polizei sich jedenfalls am fraglichen Termin nach den Umständen des Einzelfalles (z.B. mehrere weitere, zeitlich parallele Großveranstaltungen in derselben Gegend) unter allen Umständen außerstande sieht (also auch nicht durch Hinzuziehung von Polizisten z.B. aus anderen Bundesländern), die Sicherheit der Teilnehmer zu garantieren.

oder Ausscheider“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG). Diese sind deswegen „Störer“ (oder eben polizeipflichtige Personen), weil von ihnen eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht; daß es insofern nicht auf ein persönliches Verschulden oder eine individualisierte Vorwerfbarkeit ankommt, war schon erwähnt worden. Anscheinstörer müssen sich, jedenfalls zunächst, d.h. auf der gefahrenabwehrrechtlichen Primärebene, wie Störer behandeln lassen. Auf der Sekundärebene, also der Frage nach der Kostentragungspflicht oder dem möglichen Entschädigungsanspruch, kommt es dann darauf an, ob der Anscheinstörer, zumal in vorwerfbarer Weise, dazu beigetragen hat, den Eindruck zu erzeugen, er könnte Störer sein. Insofern gilt der polizei- und ordnungsrechtliche Satz, daß es für die Störereigenschaft auf das Verschulden oder eine persönliche Vorwerfbarkeit nicht ankomme, nur auf der Primärebene, also bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der Polizeimaßnahme selbst, nicht aber auch auf der Sekundärebene, also bei der Frage nach Kostentragung und Schadensersatz.

Auch das Infektionsschutzgesetz geht davon aus, daß Maßnahmen in aller Regel gegen „Störer“ im Sinne des Infektionsschutzgesetzes getroffen werden, also Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider: vergleiche nur § 28 Abs. 1 Satz 1 1. HS, § 29, § 30 Abs. 1, § 31 IfSG. Auch der in § 56 IfSG explizit geregelte Entschädigungsanspruch bezieht sich auf diesen Personenkreis, sofern die Störer auch einem beruflichen Tätigkeitsverbot im Sinne von § 31 IfSG unterlegen haben bzw. „abgesondert“ worden sind.

Allerdings beschränkt das Infektionsschutzgesetz Maßnahmen nicht auf den genannten Kreis der Störer, sondern sieht u.U. auch Maßnahmen gegen Nichtstörer vor. (Daß diese freilich nur dann ergriffen werden dürften, wenn Maßnahmen allein gegen Störer nach den Umständen des Einzelfalles und bei pflichtgemäßer Beurteilung aus der Ex-ante-Perspektive zur effektiven Bekämpfung der Infektionsgefahren nicht hinreichend wirksam sind, versteht sich dabei nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehrrechts sowie vor dem Hintergrund des Übermaßverbotes des Grundgesetzes von selber und muß daher im Infektionsschutzgesetz nicht ausgeführt werden).

Die zeigt sich etwa im Wortlaut der Vorschrift aus § 28 Abs. 1 Satz 1 2. HS IfSG,

„sie [= die zuständige Behörde] kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten.“

Schon durch den Wortlaut „Personen“ (statt: die oben bezeichneten oder genannten Personen, also Kranke, Krankheitsverdächtige usw.) wird klargestellt, daß hier auch Gesunde und nicht Krankheitsverdächtige gemeint sind; dies wird bestätigt durch den Wortlaut des Satzes 2 der genannten Vorschrift,

„Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen“,

da ja von vorherein nicht zu vermuten ist, daß *alle* Besucher der Veranstaltungen oder sonstiger Ansammlungen bzw. alle Benutzer der Badeanstalten oder der Gemeinschaftseinrichtungen auch *selber* krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig usw. sind, dies auch technisch (bei einem vorab unbestimmten und unbegrenzten, unbekanntem Personenkreis) gar nicht festgestellt werden könnte und es daher vom Wortlaut der Vorschrift auch gerade nicht vorausgesetzt wird.

Für den Fall der Inanspruchnahme auch von Nichtstörern sieht das Infektionsschutzgesetz (§ 56 Abs. 1a)¹⁰ außerdem einen, soweit erkennbar, bislang im Polizei- und Ordnungsrecht des Bundes wie der Bundesländer rechtlich unbekanntem, *neuen* Schadensersatzanspruch vor, nämlich für Eltern, die aufgrund der Schließung von Schulen und Kindertagesstätten ihre Kinder auch tagsüber selbst versorgen müssen und deswegen einen Verdienstaufschlag erleiden:

„Werden Einrichtungen zur Betreuung von Kindern oder Schulen von der zuständigen Behörde zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten auf Grund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen oder deren Betreten untersagt und müssen erwerbstätige Sorgeberechtigte von Kindern, die das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder behindert und auf Hilfe angewiesen sind, in diesem Zeitraum die Kinder selbst betreuen, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen können, und erleiden sie dadurch einen Verdienstaufschlag, erhalten sie eine Entschädigung in Geld.“

Auch hierdurch wird ja übrigens klargestellt, daß die Schließung entsprechender Einrichtungen in vollkommen „kollektiver“ Weise erfolgen kann und nicht etwa den Infektionsverdacht gegenüber jedem der bisherigen Benutzer voraussetzen würde. Klargestellt wird aber auch – deswegen mußte ja die genannte, Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes erfolgen – *daß die Inanspruchnahme auch von Nichtstörern den Staat allemal schadensersatzpflichtig macht*, weswegen beim Auftauchen neuer, bislang unbekannter Nichtstörerkonstellationen – hier also eben: Verdienstaufschlag bei den Eltern, weil ihre Kinder tagsüber beaufsichtigt werden müssen – eben auch unverzüglich neue Schadensersatzansprüche geschaffen werden müssen. Hätte der Bundesgesetzgeber demgegenüber die Möglichkeit der infektionsgefahrbedingten, nennenswerten Zeiträume umfassenden Schließung von Betreuungseinrichtungen vorgesehen, *ohne* den daraus folgenden Verdienstaufschlag bei betroffenen Nichtstörern zu berücksichtigen, so wäre die entsprechende Änderung des Infektionsschutzgesetzes partiell verfassungswidrig gewesen.

II. Die Corona-Verordnungen in Baden-Württemberg

Seit Februar 2020 kam es, offenbar von China ausgehend, infolge der Ausbreitung des neuartigen Sars-CoV-2-Virus zunehmend zu einer weltweiten Corona-Pandemie, die die Bundesrepublik Deutschland und ihre staatlichen wie speziell auch parlamentarischen Stellen vor das Problem stellte, daß zur Abwendung von jedenfalls aus der Ex-ante-Perspektive zu befürchtender, massiver Gefahren für die Gesundheit zahlreicher Personen sowie zwecks Abwendung

¹⁰ Eingefügt durch Art. 1 Nr. 7 Buchstabe a des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020, BGBl. 2020-I, S. 587 (590).

einer möglichen Überlastung der Krankenhäuser und des Gesundheitssystems überhaupt die Verhängung einer Art „faktischen viralen Ausnahmezustands“ angezeigt erschien, für den zugleich die verfassungsrechtlichen Grundlagen offensichtlich fehlten.¹¹ Das Grundgesetz regelt den Ausnahmezustand nur höchst rudimentär¹²; die insofern bestehenden, im Jahr 1968 in das Grundgesetz eingefügten Vorschriften waren entweder offensichtlich nicht einschlägig (Art. 115a ff.: Verteidigungsfall) oder sahen jedenfalls keine freiheitsbeschränkende Maßnahmen derjenigen Art vor, wie man sie jetzt für erforderlich hielt (Art. 35 Abs. 1 und 2).

In dieser Situation entschlossen sich die für die Gefahrenabwehr primär zuständigen Bundesländer (jedenfalls anfangs in enger Abstimmung mit dem Bund), die Verordnungsermächtigung aus § 32 i.V.m. §§ 28 ff. IfSG zur Einführung eines umfangreichen Notstandsregimes heranzuziehen. **Die Fragestellung dieses Gutachtens ist es eben, ob den von diesen Rechtsverordnungen auf Landesebene betroffenen Gastwirte und Gewerbetreibende, und zwar in demjenigen allgemein typischen Fall, daß sie als Nichtstörer gelten müssen, ebenfalls ein Schadensersatzanspruch zusteht, obwohl dieser explizit im Infektionsschutzgesetz nicht erwähnt wird.**

1. Die Erste Corona-Verordnung vom 16. März 2020

Am 16. März 2020 beschloß die Landesregierung die erste Corona-Verordnung¹³, die bis zum 15. Juni 2020 gelten sollte (§ 9 Abs. 1). In ihr wurde nicht nur die Einstellung des Betriebs an „Schulen, Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflegestellen“ (§ 1) und an Hochschulen jeweils bis zum 19. April 2020 (§ 2) sowie die weitere Betreuung der Kinder von Eltern, die im Bereiche der „kritischen Infrastruktur“ tätig und dort unabkömmlich sind (§ 1 Abs. 4 ff.) geregelt, sondern auch ein grundsätzliches Verbot von Versammlungen und sonstigen Veranstaltungen erlassen (§ 3), weiter wurde auch der Betrieb von Kultureinrichtungen, Schwimmbädern, Vergnügungsstätten, Kinos, Fitneßstudios usw. untersagt (§ 4). Der Betrieb von Gaststätten wurde nur grundsätzlich untersagt, sollte aber erlaubt bleiben, wenn an Sitz- und Stehplätzen jeweils ein Abstand von 1,5 Metern zwischen den Gästen gewährleistet werden könne (§ 5).

2. Die Zweite Corona-Verordnung vom 17. März 2020

Bereits am folgenden Tag wurde diese Verordnung durch eine Zweite Corona-Verordnung¹⁴ ersetzt (§ 9), die ebenfalls bis zum 15. Juni 2020 gelten sollte (§ 10 Abs. 1). Durch sie wurden die Vorkehrungen der Ersten Corona-Verordnung erheblich präzisiert und verfeinert, aber

¹¹ Kritisch etwa *Josef Isensee*, Virokratie, in: FAZ Nr. 128 vom 4. Juni 2020, S. 7: „Die hierzulande obwaltende Notstandsphobie und Notstandsprüderie hat verhindert, daß in ruhigen Tagen hinreichende und ausgewogene Regelungen für die Bewältigung von Epidemien und Pandemien geschaffen wurden.“

¹² Grundlegend zum Ganzen bereits *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 ff. („Der verdrängte Ausnahmezustand“).

¹³ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200316_StM_VO_IfSG_Corona_1.pdf

¹⁴ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/200317_StM_VO_IfSG_Corona.pdf

auch merklich verschärft. So wurde nun nicht nur der Betrieb von „Spielhallen, Spielbanken, Wettannahmestellen untersagt“ (§ 4 Nr. 8; sofern jedenfalls dieser noch nicht dem bereits dem Verbot des Betriebs von „Vergnügungsstätten“ unterfallen war), sondern auch von Eisdielen, Bars, Shisha-Bars, Clubs, Diskotheken, Kneipen „und ähnlichen Einrichtungen“ (§ 4 Nr. 10) sowie von Messen, Ausstellungen, Freizeit- und Tierparks, Spezialmärkten (Nr. 11) sowie Verkaufsstellen des Einzelhandels überhaupt, sofern diese nicht der Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln, Gegenständen des täglichen Bedarfs und speziell Hygieneartikeln sowie Medikamenten dienten (vergl. § 4 Abs. 3). Apotheken, Postfilialen, Banken, Zeitungsläden, Bau- und Gartenmärkte konnten unter bestimmten Bedingungen weiter geöffnet bleiben, aber zunächst auch Friseure (ebda.).

Die Speisegastronomie erhielt nunmehr die zusätzliche Auflage, nur zwischen sechs Uhr und 18 Uhr öffnen zu dürfen (§ 5 Abs. 2 Nr. 3).

3. Erste Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 20. März 2020

Durch die erste Novelle der Zweiten Corona-Verordnung¹⁵ wurden Versammlungen und Ansammlung im öffentlichen Straßenland für mehr als drei Personen, im übrigen Versammlungen und Veranstaltungen mit mehr als fünf Personen grundsätzlich untersagt (§ 3 Abs. 1 und 2); für Familien und Personen, die in häuslicher Gemeinschaft lebten, galten Ausnahmen (Abs. 3). „Fahrten und Reisen“ ohne triftigen Grund wurden verboten (§ 3a).

Gaststätten mußten nunmehr geschlossen werden (Aufhebung des § 5 und Einführung des Begriffs „Gaststätten“ in § 4 Nr. 10). Ebenso mußten nun Friseure, Tattoo- und Piercingstudios, Massagestudios, Kosmetikstudios, Nagelstudios, Studios für kosmetische Fußpflege sowie Sonnenstudios, Beherbergungsbetriebe, Campingplätze und Wohnmobilstellplätze geschlossen werden (§ 4 Nr. 14 und 15)¹⁶.

Im Hinblick auf den Lebensmittel-Einzelhandel wurde präzisiert, daß unter diesen nicht „reine Wein- und Spirituosenhandlungen“ fallen würden¹⁷ (§ 4 Abs. 3 n.F.).

¹⁵ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200320_Verordnung_zur_Aenderung_der_CoronaVO_1.pdf

¹⁶ „Prostitutionsstätten“ waren schon durch die Erste Corona-Verordnung geschlossen worden (§ 4 Abs. 1 Nr. 9), die Zweite Corona-Verordnung erweiterte dies auf „Prostitutionsstätten, Bordelle und ähnliche Einrichtungen“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 9).

¹⁷ Vergl. jedoch VG Aachen, Beschl. vom 3. April 2020, 7 L 259/20: Wein sei zwar ein Genußmittel und rechne nicht unbedingt zur „Grundversorgung der Bevölkerung“, gehöre aber dessenungeachtet zu den „Lebensmitteln“ und müsse daher auch in Fachgeschäften verkäuflich bleiben; möglicherweise auch aufgrund dieser Entscheidung wird das Verbot des reinen Weinhandels in Baden-Württemberg dann durch die 5. Änderungs-VO vom 17. April 2020 aufgehoben (s.u.).

4. Zweite Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 22. März 2020

Die zweite Novelle der Zweiten Corona-Verordnung¹⁸ brachte Klarstellungen wie auch weitere Verschärfungen zum Aufenthalt im öffentlichen Raum bzw. zu den Veranstaltungen und Versammlungen, die – abgesehen von wenigen Ausnahmen – als verboten gelten mußten (§ 3). Andererseits wurde nun klargestellt, daß auch Bäckereien und Metzgereien zu dem nicht zu schließenden „Einzelhandel für Lebensmittel und Getränke“ rechnen (§ 4 Abs. 3 n.F.).

Ferner wurde die durch die erste Änderungsverordnung vom 20. März 2020 eingeführte Regelung über Mischsortimente im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen § 4 Abs. 1 und Abs. 3, betreffend also das Problem, wenn eine ansonsten offenbar zu schließende Verkaufsstelle teilweise auch Lebensmittel, Gegenstände des täglichen Bedarfs, Hygieneartikel, Zeitungen usw. anbot,

„Wenn Stellen nach Absatz 1 Mischsortimente anbieten, sind Warenbereiche, die nicht von der Ausnahme nach Satz 1 umfaßt sind, für den Publikumsverkehr abzusperren; der Verkauf ist insoweit einzustellen. Die Ausnahme nach Satz 1 gilt nur dann, wenn die Einhaltung der erforderlichen Hygienestandards sichergestellt ist. Die Öffnung ist an allen Sonn- und Feiertagen beschränkt auf den Zeitraum von 12 bis 18 Uhr zulässig, sofern eine Öffnung der jeweiligen Einrichtungen an Sonn- und Feiertagen nicht ohnehin schon nach sonstigen Vorschriften zulässig ist. Die Öffnung von Einkaufszentren und Kaufhäusern ist nur für die in Satz 1 genannten Ausnahmen erlaubt. Das Wirtschaftsministerium wird ermächtigt, dazu Auflagen festzulegen“

nunmehr durch die Regelung ersetzt,

„Wenn Mischsortimente angeboten werden, dürfen Sortimentsteile, deren Verkauf nicht nach Satz 1 gestattet ist, verkauft werden, wenn der erlaubte Sortimentsteil überwiegt; diese Stellen dürfen dann alle Sortimente vertreiben, die sie gewöhnlich auch verkaufen. Wenn bei einer Stelle der verbotene Teil des Sortiments überwiegt, darf der erlaubte Teil allein weiter verkauft werden, wenn eine räumliche Abtrennung möglich ist.“

Diese Neuregelung warf indessen mehr Fragen auf, als sie löste, da kaum zu bestimmen war, wann und inwiefern der erlaubte oder der verbotene Sortimentsteil „überwiegen“ sollte: ging es nach der Anzahl der jeweils angebotenen Artikel ohne Rücksicht auf deren jeweiligen Anteil am Umsatz, oder aber um den Anteil eines Sortimentartikels am Umsatz, auch wenn er seiner Art nach – indem er also erlaubt oder verboten war – möglicherweise für das Gesamtsortiment völlig untypisch war?

¹⁸ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200322_Zweite_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

5. Dritte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 28. März 2020

In der dritten Novelle der Zweiten Corona-Verordnung¹⁹ wurde zunächst geregelt, daß die Untersagung des Schul- und Hochschulunterrichts nicht für Schulen der Alten- und Krankenpflege gilt und nicht der Weiterqualifikation medizinischen Hilfspersonals und speziell der Intensivkrankenpfleger im Wege stehen soll (§ 1 Abs. 2 n.F.).²⁰

Das Verbot der „Wettannahmestellen“ in § 4 Nr. 8 der Zweiten Corona-Verordnung wurde durch das Wort „Wettvermittlungsstellen“ ersetzt – wohl deswegen, weil „Wettannahmestellen“ ja außerdem auch in § 4 Nr. 11 verboten wurden.

Die Aufrechterhaltung des Betriebs von Poststellen und Paketdiensten wurde präzisierend neugefaßt, insbesondere wurde klargestellt, daß ein Nebensortiment nicht weiterverkauft werden darf, wenn dieses gegenüber dem mit Post- und Paketdiensten erwirtschaftetem Umsatz die eigentlich dominierende geschäftliche Rolle spielt. „Keinesfalls dürfen zusätzlich zu Poststellen oder Paketdiensten Einrichtungen gemäß Absatz 1 Nummern 9 und 14“ (d.h. Prostitutionsstätten, Friseure, Tatto-/Piercingstudios, Nagelstudios usw.) „betrieben werden“ (§ 4 Abs. 3a, neu).²¹

Außerdem wurden Verstöße gegen zahlreiche bestehende Verbote nunmehr als Ordnungswidrigkeiten im Sinne von § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG definiert und mithin sanktionsbewehrt.

6. Vierte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 9. April 2020

In der vierten Novelle der Zweiten Corona-Verordnung²² wurde zunächst das Sozialministerium seitens der Landesregierung gemäß § 32 Satz 2 IfSG ermächtigt, berufliche Tätigkeitsverbote gegen Ein- und Rückreisende zu verhängen sowie allgemein gegen Personen, die ihren Wohnsitz außerhalb Baden-Württembergs haben (§ 3a n.F.).

Der Betrieb von Sportboothäfen wurde untersagt (§ 4 Abs. 1 Nr. 5a, neu), § 4 Abs. 1 Nr. 9 wurde dahingehend erweitert bzw. präzisiert, daß nunmehr „jede Ausübung des Prostitutionsgewerbes“ untersagt wurde.

¹⁹ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200328_Dritte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

²⁰ Ob es im Bundesland Baden-Württemberg private, gewinnorientierte Schulen für Alten- und Krankenpfleger und Notfallsanitäter bzw. zur Weiterbildung von Intensivkrankenpflegern gibt, die im Zeitraum zwischen dem 16. und dem 28. März 2020 einen Gewinnausfall erlitten haben, kann hier nicht beurteilt werden.

²¹ Wie der Landes-Verordnungsgeber auf diesen Gedanken kam – also ob geschäftstüchtige Paketannahmestellenbetreiber tatsächlich versucht haben, ihren Kunden nebenher Friseurdienstleistungen anzubieten – kann hier wiederum nicht beurteilt werden.

²² https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200409_Vierte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

Das Sozialministerium wurde wiederum gemäß § 32 Satz 2 IfSG ermächtigt, auch den Betrieb weiterer, in der Verordnung gar nicht genannter Einrichtungen zu untersagen oder von Auflagen abhängig zu machen.

7. Fünfte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 17. April 2020

Durch die fünfte Novelle der Zweiten Corona-Verordnung²³ wurde die in § 1 Abs. 1 (hinsichtlich des Betriebs von Bildungseinrichtungen) und § 4 Abs. 1 (im Hinblick u.a. auch auf Gewerbebetriebe und Verkaufsstellen) genannte ursprüngliche Befristung der Betriebsverbote bis zum 19. April 2020 aufgehoben und nunmehr der 3. Mai 2020 als neues Fristende eingeführt.

Die Ausnahme reiner Wein- und Spirituosenhandlungen von der für den Lebensmittelhandel geltenden Erlaubnis wurde aufgehoben.

Der Außer-Haus-Verkauf wurde nicht nur Gaststätten, sondern nun auch „Cafés und Eisdiele“ gestattet.

Der Handel mit Kraftfahrzeugen und mit Fahrrädern wurde wieder erlaubt, auch durfte der Buchhandel wieder öffnen.

Einzelhandelsgeschäfte „mit einer Verkaufsfläche von nicht mehr als 800 Quadratmetern“ durften wieder öffnen und sollten insofern den Bau- und Gartenbaumärkten sowie den Geschäften für Tierbedarf gleichgestellt werden.²⁴

8. Sechste Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 23. April 2020

Durch die sechste Novelle der Zweiten Corona-Verordnung²⁵ wurde in einem neugeschaffenen § 1a das Recht der „erweiterten Notbetreuung“ für Kinder unabhkömmlicher Eltern ausführlich und differenziert neu geregelt.

Es wurde eine Pflicht zum Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen im öffentlichen Personennahverkehr sowie in Verkaufsräumen eingeführt.

²³ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200417_Fuenfte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

²⁴ Der VGH Mannheim, Beschl. v. 30. April 2020, 1 S 1101/20, hielt dies – zumal im Vergleich zu den Fahrrad- und Buchläden, die ohne weitere Begründung im Gegensatz zu Einzelhandelsgeschäften, die weniger als 800 Quadratmeter Verkaufsfläche haben, aufmachen durften, obwohl es in ihnen aber oft recht eng zugeht – für gleichheitswidrig, bestätigte aber gleichwohl die Fortgeltung der Regelung bis zum 3. Mai 2020.

²⁵ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200423_Sechste_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

9. Siebte Verordnung zur Änderung der [Zweiten] Corona-Verordnung vom 2. Mai 2020

Durch die siebte Novelle der Zweiten Corona-Verordnung²⁶ wurde das erst durch die sechste Novelle reformierte Recht der Beschulung und des Notunterrichtsbetriebes abermals neugefaßt, die Befristung bis zum 15. Juni 2020 bleibt erhalten.

Das Verbot des Betriebes von Einrichtungen im Sinne von § 4 der [Zweiten] Corona-Verordnung wurde bis zum 10. Mai 2020 angeordnet; Museen, Freilichtmuseen, Ausstellungshäuser und Gedenkstätten sowie zoologische und botanische Gärten durften am dem 6. Mai 2020 öffnen. Auch wurde klargestellt, daß der Betrieb von Autokinos erlaubt ist.

10. Die Dritte Corona-Verordnung vom 9. Mai 2020

Durch die Dritte Corona-Verordnung²⁷ wurde das Verbot des Betriebes von Einrichtungen im Sinne des (insofern beibehaltenen) § 4 der Verordnung, also u.a. Kinos, Schwimmbäder, Sportstätten usw. bis zum 24. Mai 2020 verlängert; Speisewirtschaften durften aber seit dem 18. Mai 2020 wieder öffnen, und die Beherbergung durften ab dem 11. Mai 2020 (§ 10 Abs. 2) in Ausnahmefällen, also v.a. aus beruflichem wie dienstlichem Anlaß bzw. bei privaten Härtefällen, wieder erfolgen.

11. Erste Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 16. Mai 2020

Durch die erste Novelle der Dritten Corona-Verordnung²⁸ wurde das Verbot des Betriebes von Einrichtungen im Sinne von § 4 der Verordnung (s.o.) bis zum 5. Juni 2020 verlängert. Cafés und Eisdielen durften ab dem 18. Mai 2020 wieder öffnen (Art. 2), auch durften Freizeitaktivitäten außerhalb geschlossener Räume (außer Freizeitparks) ab diesem Tag wieder angeboten werden. Freizeitparks durften ab dem 29. Mai 2020 wieder öffnen.

Ab dem 2. Juni 2020 sollten Sportanlagen und Sportstätten, wie z.B. Fitneßstudios und Tanzschulen, wieder öffnen dürfen, desselbengeleichen Schwimm- und Hallenbäder unter Auflagen. Ab diesem Tag wurde auch die Fahrgastschiffahrt wieder zulässig.

Bereits am dem 18. Mai 2020 durften Campingplätze wieder öffnen, sofern keine Gemeinschaftseinrichtungen erfolgte, sowie Ferienwohnungen wieder vermietet werden, sofern dort

²⁶ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200502_Siebte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

²⁷ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200509_Corona-Verordnung.pdf

²⁸ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200516_Erste_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

Selbstversorgung bestand. Ab dem 29. Mai waren Beherbergungsbetriebe sowie Camping- und Wohnmobilstellplätze allgemein wieder geöffnet.

12. Zweite Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 26. Mai 2020

Durch die zweite Novelle der Dritten Corona-Verordnung²⁹ wurden u.a. die Beschränkungen öffentlicher Versammlungen und Ansammlungen sowie die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung bis zum 14. Juni 2020 verlängert. Veranstaltungen mit bis zu 500 Teilnehmern sollten nun wieder erlaubt sein (was ab dem 1. Juli dann aber wieder zurückgenommen bzw. korrigiert wurde), größere Veranstaltungen bleiben bis zum 31. August 2020 verboten.

Auch die noch bestehenden Betriebsverbote gemäß § 4 Abs. 1 (also z.B. im Hinblick auf Kinos und Theater) wurden bis zum 14. Juni 2020 verlängert.

13. Dritte Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 9. Juni 2020

Infolge der dritten Novelle der Dritten Corona-Verordnung³⁰ durften u.a. auch Spaßbäder und Saunen wieder öffnen, ab dem 15. Juni wurde der Betrieb von Reisebussen und touristischem Verkehr grundsätzlich erlaubt.

14. Vierte Verordnung zur Änderung der [Dritten] Corona-Verordnung vom 16. Juni 2020

Diese Novelle³¹ betrifft v.a. die näheren Regeln der Wiederaufnahme des Schulbetriebs.

15. Die Vierte Corona-Verordnung vom 23. Juni 2020

Zum 1. Juni 2020 tritt die Dritte Corona-Verordnung in der Fassung der vierten Novelle vom 16. Juni 2020 außer Kraft und wird durch die Vierte Corona-Verordnung³² ersetzt. Die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung u.a. in öffentlichen Verkehrsmitteln, beim Friseur, in Arztpraxen usw. bleibt, bis auf weiteres befristet bis zum 31. August 2020, aufrechterhalten. Veranstaltungen mit über 100 Teilnehmern sind – unter Korrektur der Rechtslage seit der

²⁹ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200526_Zweite_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

³⁰ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200609_Dritte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

³¹ https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200616_Vierte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf

³² https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/200623_Corona-Verordnung.pdf

zweiten Novelle der Vierten Corona-Verordnung – grundsätzlich bis zum 31. Juli 2020, mit über 500 Teilnehmern bis zum 31. Oktober 2020 verboten, unter bestimmten Umständen (feste Sitzplätze und festgelegtes Programm) sind bis zum 31. Juli 2020 auch Veranstaltungen mit bis zu 250 Teilnehmern möglich. (Für Versammlungen i.S.v. Art. 8 GG gilt jedoch eine Ausnahme).

Clubs und Discotheken bleiben geschlossen, jede Ausübung des Prostitutionsgewerbes untersagt.

Gewerbe mit Publikumsverkehr muß eine Reihe von hygienischen Vorkehrungen einhalten und ein Hygienekonzept erstellen sowie (mit Ausnahme des Einzelhandels) die Kontaktdaten aller Kunden erheben.

Es fragt sich also, ob Gewerbetreibende und Gastwirte Anspruch gegen das Land Baden-Württemberg auf Ersatz ihres infolge der oben skizzierten behördlichen Anordnungen und Einschränkungen entgangenen Gewinns haben.

B. Verfassungsrechtliche Probleme und Abgrenzungen

Mit der Anwendung und auch den Änderungen des Infektionsschutzgesetzes seit etwa Februar 2020 verbinden sich so viele verfassungsrechtliche wie einfachrechtliche Probleme – über die auch in den Medien verschiedentlich berichtet wurde und wird – daß es zumal aus Laiensicht schwer werden könnte, sie auseinanderzuhalten und voneinander abzugrenzen. Deswegen sei hier kurz rekapituliert, um welche (anderweitig wichtige) verfassungsrechtlichen Fragen es hier *nicht* geht.

Im Bundesland Baden-Württemberg gibt es kein eigenes „Landesinfektionsschutzgesetz“, sondern das (Bundes-)Infektionsschutzgesetz wird, wie in § 32 IfSG auch vorgesehen, auf Landesebene durch Verordnungen konkretisiert (s.o. → **A.II.**). Soweit erkennbar, hat nur das Bundesland Bayern sich ein eigenes Infektionsschutzgesetz auf Landesebene gegeben. Dies dürfte aber schon aus formellen, d.h. kompetenzrechtlichen Gründen, verfassungswidrig sein, da der Bund durch die Schaffung und mehrmalige Änderung des am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Infektionsschutzgesetzes seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen [...]“ gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG wohl *abschließend* ausgeübt haben dürfte, so daß gemäß Art. 72 Abs. 1 GG kein Raum mehr für ein Landesgesetz ist.³³ Aber in Baden-Württemberg gibt es eben auch kein Landesgesetz.

³³ Vergl. zum Ganzen etwa *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 27 m.w.N.

Der Bund hat das Infektionsschutzgesetz zuletzt durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020³⁴ und sodann durch das Zweite Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020³⁵ geändert. Zumal durch das erste Reformgesetz wurde § 5 IfSG völlig neugefaßt und enthält jetzt zahlreiche Ermächtigungen unmittelbar des *Bundesgesundheitsministers* (teilweise im Benehmen mit dem ansonsten zuständigen Fachminister), einerseits Verwaltungsakte, andererseits gesetzesändernde Rechtsverordnungen³⁶ *ohne* Zustimmung des Bundesrates erlassen, durch die vielfach von zahllosen Gesetzen, die *ihrerseits* der Zustimmung des Bundesrates bedürftig waren, abgewichen werden kann. Daher dürfte § 5 n.F. IfSG verfassungswidrig sein, weil er Art. 80 Abs. 1, Art. 80 Abs. 2 und Art. 83 GG verletzt.³⁷ Auch darum geht es hier nicht, weil der neugefaßte § 5 IfSG für die Verordnungsgebung im Land Baden-Württemberg keine Rolle gespielt hat.

Die verfassungsrechtliche „Generalproblematik“, die die gesamte Anwendung des Infektionsschutzgesetzes seit März 2020 in allen Bundesländern grundiert und durchzieht, ist der oben (→ **A.II.** am Anfang) bereits kurz angesprochene Versuch des Bundes und v.a. auch der Länder, einen allgemeinen Notstand bzw. Ausnahmezustand mit den Mitteln des einfachen Gesetzesrechts, hier also einiger Vorschriften aus dem Besonderen Verwaltungsrecht, eben dem Infektionsschutzgesetz, ins Werk zu setzen. Es ist aber nach allen hergebrachten Grundsätzen des Verfassungsrechts kaum möglich, zahlreiche Grundrechte wie u.a. Berufs- und Gewerbe-freiheit, Eigentumsfreiheit, Freizügigkeit im Bundesgebiet, Versammlungsfreiheit, Religionsausübungsfreiheit, Privatschulfreiheit und die Allgemeine Handlungsfreiheit³⁸ überhaupt unter Berufung auf einzelne Normen des Gefahrenabwehrrechts großflächig und längerfristig faktisch außer Kraft zu setzen. Hierfür müßte nach allen hergebrachten Grundsätzen ein seuchenpolizeiliches Notstandsregime *auf verfassungsrechtlicher Ebene* geben³⁹, also eine Art Kreuzung aus Art. 35 Abs. 3 und Art. 115a ff. GG.⁴⁰ An einem solchen fehlte und fehlt es aber.

Auch hiervon einmal abgesehen, würde das Gefahrenabwehrrecht stets unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stehen⁴¹; das staatlich gewählte Mittel muß insofern geboten sein, als es das mildeste erforderliche Mittel zur Erreichung des jeweiligen Zieles darstellt, und es dürfte, selbst wenn es *an sich* erforderlich und geboten ist⁴² und fernerhin auch nicht einzelne

³⁴ BGBl. 2020, I-587 ff.

³⁵ BGBl. 2020, I-1018 ff.

³⁶ Zum Begriff: *Mann*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 11.

³⁷ Diese Umstand ist Gegenstand einer vom Verfasser dieses Gutachtens abgefaßten abstrakten Normenkontrollklage, die – nach dem derzeitigen Stand der Dinge – nach der Sommerpause im September 2020 den Abgeordneten des Deutschen Bundestages unterbreitet werden soll mit dem Ziel, daß möglichst viele Bundestagsabgeordnete aller Fraktionen sich ihr anschließen; gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sind für eine zulässige abstrakte Normenkontrollklage 25% der Bundestagsabgeordneten, also derzeit 178 Abgeordnete, erforderlich.

³⁸ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36).

³⁹ Vergl. aber auch *Vosgerau*, AöR 133 (2008), 346 (370 ff.).

⁴⁰ Art. 35 Abs. 3 GG erlaubt den Einsatz u.a. der Bundeswehr bei Naturkatastrophen und Unglücksfällen, sieht jedoch keinerlei erleichterten Grundrechtseingriffe vor; dies ist bei Art. 115a ff. GG der Fall („Notstandsgesetze“), die jedoch nur im Verteidigungsfall gelten.

⁴¹ Grundlegend *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999.

⁴² Vergl. etwa *Zippelius/Württenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 19 Rn. 84 ff.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II (2010), § 51 Rn. 85 ff.

Gruppen von Grundrechtsträgern willkürlich gegenüber anderen benachteiligt⁴³, im Sinne einer Gesamtabwägung und Folgenabschätzung jedenfalls keine unverhältnismäßigen Folgen zeitigen, selbst wenn es als solches durchaus wirksam war. In diesem Sinne war es im bisherigen Verlauf der Corona-Krise immer schon zweifelhaft, ob nicht eine Konzentration der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen auf die Risikogruppen einerseits und potentiell infizierte Gefährder andererseits einerseits vielleicht bereits wirksamer, andererseits jedenfalls aber schonender gewesen wäre als die wochenlange Schließung fast aller gastronomischen Betriebe und der meisten Verkaufsstätten sowie ein faktisches Berufsverbot für Künstler.⁴⁴

Im Hinblick auf das eine wie das andere generelle Rechtmäßigkeitsproblem – also einmal der Frage, ob ein wochenlanger Ausnahmezustand mit aus der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik völlig unbekanntem, kollektiven Grundrechtseinschränkungen nicht von vornherein mangels *verfassungsrechtlicher* Vorkehrungen, wie sie etwa für den „Verteidigungsfall“ gelten, verfassungswidrig ist, und außerdem der Frage, ob nicht etliche der in Baden-Württemberg nach den bisher ergangenen Corona-Verordnungen und ihren zahlreichen Novellen ergangenen Verbote übermäßig gewesen sind – gilt hier, daß es im Sinne des Erkenntnisinteresses dieser Untersuchung hierauf gar nicht im einzelnen ankommt. Denn im Gefahrenabwehrrecht gilt ganz allgemein der Grundsatz, daß der polizeilich in Anspruch genommene Nichtstörer einen Anspruch auf Ersatz der ihm aus der gefahrenrechtlichen Inanspruchnahme entstandenen Schäden hat, jedenfalls sofern die ergriffenen Maßnahmen nicht speziell seinem eigenen, individuellen Schutz vor einer Gefahr dienen sollten, sondern Dritten oder der Allgemeinheit zugute kamen; dieser Schadensersatzanspruch hängt keineswegs davon ab, ob die hoheitlich ergriffenen Maßnahmen rechtswidrig gewesen sind. Entscheidend ist vielmehr, daß der Nichtstörer sie nicht *veranlaßt* hat, sondern genötigt wurde, vermögenswerte Rechte der Allgemeinheit aufzuopfern.

Der Entschädigungsanspruch des Nichtstörers ist in den Polizei- und Ordnungs- bzw. Sicherheitsbehördengesetzen aller Bundesländer sehr ähnlich und teils wortgleich geregelt. Dies wiederum liegt daran, daß die Gewährleistung dieses Entschädigungsanspruchs keine kontingente Entscheidung des Landesgesetzgebers ist, sondern sich bereits aus der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes ergibt (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG); es handelt sich in der Sache um den bereits seit dem aufgeklärten Absolutismus Preußens tradierten, erstmal in den §§ 74 und 75 der Einführung zum Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 positivierten sogenannten Aufopferungsanspruch.

⁴³ Beispiele im Verlauf der Corona-Krise etwa: nur Läden mit kleiner Verkaufsfläche dürfen öffnen, nicht aber solche mit großer Verkaufsfläche (obwohl Schutz vor Ansteckung in großen Räumen mit Ausweichmöglichkeiten eher bewirkt werden kann als in kleinen, engen Räumen), oder: grundsätzlich dürfen nur Läden mit großer Verkaufsfläche öffnen, außerdem dann aber auch Fahrradläden und Buchhandlungen, obwohl es in diesen vielfach eher eng zugeht.

⁴⁴ Vergl. zum Ganzen etwa Murswiek, Raus aus dem Ausnahmezustand!, in: Tichys Einblick Online, 31. März 2020, <https://www.printfriendly.com/p/g/LimDkU>

C. Der Ersatzanspruch des Nichtstörers

I. Die Regelungen im Landespolizeirecht und ihre verfassungsrechtliche Einordnung

1. Schadensersatz und Entschädigung

In den Polizeigesetzen der Länder (s.u. → 2.) wird dem gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommenen Nichtstörer kein „Schadensersatzanspruch“, sondern ein Anspruch auf „Entschädigung“ zugestanden. „Entschädigung“ ist ein „angemessener Ausgleich in Geld“, wobei das Sonderopfer, das dem Geschädigten durch die hoheitliche Maßnahme unmittelbar abverlangt wurde, auszugleichen ist.⁴⁵ Das würde hier bedeuten, daß bei zwangsweiser Schließung eines gastronomischen Betriebs, eines Kinos oder eines Ladengeschäfts letztlich der entgangene Gewinn ersetzt werden müßte, wobei ein gewisser Abschlag in Betracht zu ziehen wäre, wenn z.B. die Landesregierung geltend macht, die Schließung habe nicht nur und nicht primär, aber eben *auch* dem Schutz des Ladenbetreibers selber und seines Personals gedient.⁴⁶

Aus dem Gebrauch des Begriffes „Entschädigung“ in den polizeirechtlichen Rechtstexten ist *nicht* zu schließen, daß immaterielle Schäden (§ 253 BGB) oder der hier v.a. interessierende entgangene Gewinn (§ 252 BGB) nicht ersatzfähig wären⁴⁷, weil diese im BGB Aspekte des „Schadensersatzes“ (§ 249 BGB) bilden, den man sich herkömmlicherweise irgendwie umfassender und satter vorstellte als eine bloße „Entschädigung“. Mit dem Gebrauch eines anderen Rechtsbegriffes, eben „Entschädigung“ statt „Schadensersatz“, wollten die Polizeigesetze der Länder vielmehr nur den Unterschied zum Schadensersatzanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG herausstellen, da der schadensersatzpflichtig machende Amtshaftungsanspruch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten eines Amtsträgers voraussetzt, der allgemeine Aufopferungsanspruch jedoch normalerweise von rechtmäßigem, jedoch schädigendem Behördenverhalten ausgeht. Dies ändert jedoch nichts daran, daß die Entschädigungspflicht im Rahmen einer gerichtlich vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Sach- und Rechtslage unter geeigneten Umständen nicht nur ein Schmerzensgeld bei immateriellen Schäden, sondern v.a. auch den hier interessierenden Ersatz des entgangenen Gewinns umfassen kann.

Autoren⁴⁸, die den entgangenen Gewinn *nicht* auch unter den Entschädigungsanspruch des in Anspruch genommenen Nichtstörers subsumieren wollen⁴⁹, gehen in der Regel von Konstellationen und Fällen aus, in denen dem Nichtstörer die Nutzungsmöglichkeit eines einzelnen

⁴⁵ *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 9 Rn. 13.

⁴⁶ Vergl. OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396: 10% Abschlag bei Räumung einer Diskothek wegen einer Bombendrohung, weil die Räumung nicht ausschließlich der Sicherheit der Gäste, sondern auch der Sicherheit des Diskothekbetreibers selber gedient habe.

⁴⁷ Vergl. *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Rn. 14; *Stephan/Deger*, Polizeigesetz in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2014, § 55 Rn. 16; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 689.

⁴⁸ In diese Richtung wohl *Belz/Musmann/Kahlert/Sander*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, § 55 Rn. 4; *Ruder/Schmitt*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2015, Rn. 733.

⁴⁹ Nicht ganz begrifflich *Heckmann*, in: *Becker/Heckmann/Kempen/Mannsen*, Öffentliches Recht in Bayern, 5. Aufl. 2011, einerseits III/Rn. 459: „Vorenthaltung der Nutzungsmöglichkeit“ ist als Sonderopfer zu kompensieren; dann aber III/Rn. 461: kein Ersatz für entgangenen Gewinn, da kein „umfassender“ Schadensersatz.

Gegenstandes, z.B. seines Autos, für nur kurze Zeit genommen wird; über die nötige Kompensation für wochenlange Geschäftsschließungen, bei denen der entstandene Schaden einerseits sehr erheblich ist und andererseits gerade im entgangenen Gewinn besteht, haben sie sich *nicht* geäußert. Es ist übrigens bezeichnend, daß diejenigen Autoren, die aus dem sprachlichen Unterschied zwischen „Entschädigung“ im Sinne von § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW und „Schadensersatz“ im Sinne von § 249 BGB den Schluß ziehen wollen, daß entgangener Gewinn nicht entschädigt werde, also gewissermaßen der allgemeine Rechtsgedanke aus § 252 BGB nicht herangezogen werden solle, nicht zögern, den allgemeinen Rechtsgedanken aus § 254 BGB – nämlich: Kürzung der Ansprüche des Geschädigten bei Mitverschulden – heranzuziehen. Es kann aber nicht richtig sein, daß das BGB zur *Verkürzung* von Entschädigungsansprüchen auch im Polizeirecht und im Staatshaftungsrecht unumschränkt analogiefähig ist, zur *Begründung* solcher Ansprüche jedoch nicht in Betracht kommt.

Daher umfaßt der Entschädigungsanspruch des Nichtstörers *auch* den entgangenen Gewinn⁵⁰; dieser besteht in dem gewöhnlichen Verdienst des Gewerbetreibenden, eine sogar hierüber hinausgehende Entschädigung kommt im Einzelfall in Betracht, um unbillige Härten abzuwenden⁵¹. Nur so kann dem Satz genüge getan werden, die „Entschädigung“ wegen eines Sonderopfers sei zwar nicht immer denknotwendig ein „voller“ Schadensausgleich, müsse aber jedenfalls das Sonderopfer als solches „voll kompensieren“.⁵²

2. Entschädigungsanspruch aus § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW

In Baden-Württemberg regelt das Polizeigesetz unmittelbar:

§ 9 Maßnahmen gegenüber unbeteiligten Personen

(1) Gegenüber anderen als den in den §§ 6 und 7 bezeichneten Personen⁵³ kann die Polizei ihre Maßnahmen nur dann treffen, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene Störung nicht beseitigt werden kann, insbesondere wenn die eigenen Mittel der Polizei nicht ausreichen oder wenn durch Maßnahmen nach den §§ 6 bis 8 ein Schaden herbeigeführt würde, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.

(2) Maßnahmen dieser Art dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen.

⁵⁰ *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Rn. 14 m.w.N.; *Dietlein*, in: ders./Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 2014, § 3 Rn. 287.

⁵¹ Vergl. *Wolfgang/Hendricks/Merz*, Polizei- und Ordnungsrecht in NRW, Rn. 629 i.V.m. Rn. 586.

⁵² Vergl. BGHZ 7, 331 (334); 22, 43 (50); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 146.

⁵³ In diesen beiden Rechtsnormen werden die Störer, also die allgemein polizeipflichtigen und entsprechend in erster Linie in Anspruch zu nehmenden Personen definiert: nämlich der Handlungsstörer (§ 6), dessen Verhalten jedenfalls dem äußeren Anschein nach eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (vergl. § 1 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW) begründet, und der Zustandsstörer (§ 7), also der Inhaber (vergl. Art. 14 Abs. 2 Satz 1 GG: „Eigentum verpflichtet“) oder wenigstens Besitzer einer Sache, von der eine entsprechende Gefahr ausgeht.

Entschädigung

§ 55 Voraussetzungen

(1) ¹In den Fällen des § 9 Abs. 1 kann derjenige, gegenüber dem die Polizei eine Maßnahme getroffen hat, eine angemessene Entschädigung für den ihm durch die Maßnahme entstandenen Schaden verlangen. ²Bei der Bemessung sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere Art und Vorhersehbarkeit des Schadens und ob der Geschädigte oder sein Vermögen durch die Maßnahme der Polizei geschützt worden sind. ³Haben Umstände, die der Geschädigte zu vertreten hat, auf die Entstehung oder Erhöhung des Schadens eingewirkt, so hängt der Umfang des Ausgleichs insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem Geschädigten oder durch die Polizei verursacht worden ist.

(2) Soweit die Entschädigungspflicht wegen Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 in besonderen gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, finden diese Vorschriften Anwendung.

Dabei dürfte die Vorschrift aus § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 PolG-BW nicht *unmittelbar* die Anspruchsgrundlage eines Gastronomen, Künstlers oder Ladenbetreibers bilden, der aufgrund der Corona-Verordnungen seinen Beruf geraume Zeit nicht ausüben und sein Gewerbe nicht betreiben durfte⁵⁴, weil die seitens der Landesregierung gemäß § 32 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen⁵⁵ keine „Polizeiverordnungen“ i.S.v. §§ 10 ff. PolG-BW sind, schon weil die Rechtsverordnungen nicht der Wahrnehmung einer Aufgabe nach dem Polizeigesetz Baden-Württemberg diene (vergl. § 10 Abs. 1 PolG-BW); auch ist die Landesregierung als solche keine Polizeibehörde i.S.v. §§ 61 ff. PolG-BW. Mithin kann der Erlaß der Corona-Verordnungen also nicht als „Maßnahme“ gerade i.S.v. § 9 Abs. 1 PolG-BW gelten.

Aber dies ändert nicht viel am Ergebnis: denn der Anspruch aus § 55 Abs. 1 PolG-BW stellt nur eine *punktueller Positivierung* des allgemeinen Aufopferungsanspruches dar (zur Terminologie noch sogleich unter → 3.).⁵⁶ Es macht daher im Ergebnis keinen Unterschied, ob man Entschädigungsansprüche von Personen, die in Baden-Württemberg seitens des Landes im Rahmen gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen, die sie nicht veranlaßt hatten und die auch jedenfalls in erster Linie nicht ihrem eigenen Schutz, sondern dem Schutz anderer Personen und der Allgemeinheit dienten, ohne aber im technischen Sinne „Maßnahmen“ gemäß § 9 Abs. 1 PolG-BW zu sein, auf eine *Analogie* zu § 55 Abs. 1 PolG-BW stützt oder aber ohne weiteres auf den grundrechtlich und in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 GG begründeten allgemeinen Aufopferungsanspruch⁵⁷: Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Ersatzanspruches sind stets gleich⁵⁸. Und dies liegt eben wiederum daran, daß die Vorschrift aus § 55 Abs. 1

⁵⁴ Eine *analoge* Heranziehung des *allgemeinen Rechtsgedankens* aus § 55 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW kommt aber jedenfalls in Betracht und ist alles andere als fernliegend.

⁵⁵ Vergl. auch Art. 83 GG: „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.“

⁵⁶ *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 9 Rn. 5.

⁵⁷ So *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, a.a.O., die dann aber dennoch darauf insistieren, das unmittelbare Abstellen auf den Aufopferungsanspruch sei gegenüber einer Analogie zu § 55 Abs. 1 PolG-BW jedenfalls vorzugswürdig, vergl. ebda., Rn. 6; Rn. 27.

⁵⁸ a.A. wohl *Cornils/Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 492 f.: beim polizeirechtlich positivierten Aufopferungsanspruch brauche kein „Sonderopfer“ geltend gemacht werden, beim allgemeinen Aufopferungsanspruch schon; dies steht dann allerdings in einem gewissen Gegensatz zu der gleichzeitig (S. 492) gemachten

Satz 1 PolG-BW den allgemeinen Aufopferungsanspruch nicht begründet, sondern nur für den Fall unmittelbar polizeirechtlicher Maßnahmen nach dem Landespolizeigesetz partiell positiviert.⁵⁹ Der Anspruch besteht aber unabhängig von seiner landespolizeirechtlichen Regelung auch sonst; und an diesem Umstand liegt es eben auch, daß nicht etwa in jedem Bundesland (in der Sache) andere und eigene Entschädigungsregeln gelten, sondern die Entschädigung des polizeirechtlich in Anspruch genommenen Nichtstörers sich überall nach denselben Prinzipien richtet⁶⁰, die aber eben auch gelten, wenn statt der Polizeibehörde die Landesregierung gehandelt hat.

3. Exkurs: landesrechtliche Regelungen in Bayern und Nordrhein-Westfalen

In allen anderen Bundesländern bestehen vergleichbare Regelungen, wodurch schon deutlich wird, (1) daß der Entschädigungsanspruch des Nichtstörers, wie er etwa in § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW geregelt ist, keine kontingente Entscheidung des baden-württembergischen Landesgesetzgebers ist, sondern verfassungsrechtlich grundierten und insofern auch bundesweit einheitlichen rechtlichen Vorgaben folgt, was zugleich schon indiziert, (2) daß dieser allgemeine, verfassungsrechtlich grundierte Entschädigungsanspruch des Nichtstörers dann auch offenbar *allen* entsprechend im Rahmen der Gefahrenabwehr in Anspruch genommenen Nichtstörern zugute kommen muß, auch wenn diese nach den Umständen des Einzelfalles nicht *unmittelbar* einer der landespolizeirechtlichen Anspruchsgrundlagen unterfallen.

In Bayern ist der Entschädigungsansprüche des in Anspruch genommenen Nichtstörers im Polizeiaufgabengesetz (PAG) geregelt:

Art. 10 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

(1) Die Polizei kann Maßnahmen gegen andere Personen als die nach den Art. 7 oder 8 Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,
2. Maßnahmen gegen die nach den Art. 7 oder 8 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,
3. die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und
4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

Feststellung: „[der polizeirechtlich begründete Anspruch des Nichtstörers] stellt eine reine Verkörperung und Ausprägung des alten Aufopferungsgedankens dar.“

⁵⁹ Vergl. *Buchberger/Rachor*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, M Rn. 32 f.

⁶⁰ Vergl. *Cornils/Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 492.

(2) Die Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist.

(3) Art. 7 Abs. 4 gilt entsprechend.

Art. 87 Entschädigungsanspruch

(1) Erleidet jemand, gegen den Maßnahmen nach Art. 10 getroffen worden sind, einen Schaden, so ist dem Geschädigten dafür Entschädigung zu leisten, soweit der Schaden durch die polizeiliche Maßnahme entstanden ist und der Geschädigte nicht von einem anderen Ersatz zu erlangen vermag.

(2) ¹Das gleiche gilt, wenn jemand, der nicht nach den Art. 7 oder 8 verantwortlich ist und gegen den nicht Maßnahmen nach Art. 10 gerichtet worden sind, durch eine polizeiliche Maßnahme getötet oder verletzt wird oder einen nicht zumutbaren sonstigen Schaden erleidet. ²Die Entschädigung ist auch zu leisten, soweit die Maßnahme auf einer richterlichen Anordnung beruht.

(3) Im Fall der Tötung ist dem Unterhaltsberechtigten in entsprechender Anwendung von § 844 Abs. 2 BGB Entschädigung zu leisten.

(4) Ein Entschädigungsanspruch nach den Absätzen 1 bis 3 besteht nicht, soweit die Maßnahme auch unmittelbar dem Schutz der Person oder des Vermögens des Geschädigten gedient hat.

(5) Ist die Entschädigungspflicht aus Anlaß von Maßnahmen der Polizei in besonderen gesetzlichen Vorschriften geregelt, so gelten diese Vorschriften.

(6) Entschädigungspflichtig ist der Träger der Polizei, welche die zur Entschädigung verpflichtende Maßnahme getroffen hat.

(7) ¹Entschädigung nach den Absätzen 1 bis 3 wird für Vermögensschäden gewährt; dabei sind Vermögensvorteile, die dem Berechtigten aus der zur Entschädigung verpflichtenden Maßnahme entstehen, zu berücksichtigen. ²Bei Freiheitsentziehungen wird Entschädigung auch für Nichtvermögensschäden entsprechend § 7 Abs. 3 des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) gewährt. ³Ein mitwirkendes Verschulden des Berechtigten ist zu berücksichtigen. ⁴Die Entschädigung wird in Geld gewährt.

In der Sache entspricht die Regelung also der Gesetzeslage in Baden-Württemberg ziemlich genau, nur ist sie eben etwas detaillierter und enthält z.B. auch eine eigene Regelung über Unterhaltszahlungen im Fall der Tötung eines Nichtstörers (der hier nicht interessiert). Die Frage nach dem Entschädigungsanspruch des *rechtswidrig* in Anspruch genommenen Nichtstörers wird wie auch in Baden-Württemberg offengelassen (da Art. 10 BayPAG, genau wie § 9 PolG-BW, die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme des Nichtstörers voraussetzt), kann aber im Ergebnis – mit welcher genauen Konstruktion auch immer, also Rekurs auf den Allgemeinen Aufopferungsanspruch oder Analogie – jedenfalls dahingehend beantwortet werden, daß, wenn schon der *rechtmäßig* in Anspruch genommene Nichtstörer einen Entschädigungsan-

spruch hat, der rechtswidrig in Anspruch genommene Nichtstörer erst recht einen solchen Entschädigungsanspruch haben muß (argumentum a fortiori).

Im Bundesland Nordrhein-Westfalen enthält das Polizeigesetz selbst keine unmittelbare Regelung des Entschädigungsanspruches des Nichtstörers, sondern verweist in § 67 auf die Regelung aus dem Ordnungsbehördengesetz:

§ 67 Entschädigungsansprüche

Die §§ 39 bis 43 des Ordnungsbehördengesetzes finden entsprechende Anwendung.

Das Ordnungsbehördengesetz regelt insofern:

§ 19 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

(1) Die Ordnungsbehörde kann Maßnahmen gegen andere Personen als die nach den §§ 17 oder 18 Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,
2. Maßnahmen gegen die nach den §§ 17 oder 18 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,
3. die Ordnungsbehörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und
4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

(2) Die Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist.

(3) [...].

§ 39 Zur Entschädigung verpflichtende Maßnahmen

(1) Ein Schaden, den jemand durch Maßnahmen der Ordnungsbehörden erleidet, ist zu ersetzen, wenn er

- a) infolge einer Inanspruchnahme nach § 19 oder
- b) durch rechtswidrige Maßnahmen, gleichgültig, ob die Ordnungsbehörden ein Verschulden trifft oder nicht,
entstanden ist.

(2) Ein Ersatzanspruch besteht nicht,

- a) soweit die geschädigte Person auf andere Weise Ersatz erlangt hat oder

b) wenn durch die Maßnahme die Person oder das Vermögen der geschädigten Person geschützt worden ist.

(3) Soweit die Entschädigungspflicht wegen rechtmäßiger Maßnahmen der Ordnungsbehörden in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, finden diese Anwendung.

Das heißt: auch in Nordrhein-Westfalen besteht in der Sache dieselbe Regelung wie in Baden-Württemberg und Bayern; hier ist dann allerdings in Gestalt der Vorschrift aus § 39 Abs. 1 Buchstabe *b* OBG-NRW *auch* der rechtswidrig in Anspruch genommene Störer gesetzgeberisch mitberücksichtigt worden.

Der Entschädigungsanspruch des *rechtswidrig* in Anspruch genommenen Nichtstörers – in den hier interessierenden Fällen könnte sich eine der in den Baden-Württembergischen Corona-Verordnungen (s.o. → **A.II.**) als rechtswidrig erweisen, etwa weil sie übermäßig oder willkürlich war – kann (auch in Baden-Württemberg!) jedenfalls nicht hinter dem Entschädigungsanspruch des rechtmäßig in Anspruch genommenen Nichtstörers zurückbleiben. Es dürften sich im Vergleich zum echten „Schadensersatz“ (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) insofern eigentlich keine Unterschiede mehr ergeben.⁶¹

4. Die Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruches des Nichtstörers

a) Zur Terminologie: allgemeiner Aufopferungsanspruch und Aufopferungsanspruch im engeren Sinne

Die Darlegung der schon in der Sache hinlänglich komplizierten (und teils auch noch strittigen und ungeklärten) Ansprüche des Staatshaftungsrechts wird zusätzlich dadurch erschwert, daß die Terminologie nicht immer einheitlich verwendet wird bzw. mißverständlich sein kann. Dies liegt an der Heterogenität und der bislang auch fehlenden, überzeugenden und vereinheitlichten Systematik des heutigen Staatshaftungsrechts; dieses beruht eben einerseits – wie oben schon erwähnt – auf enorm alten rechtsstaatlichen Traditionen, die heute – jedenfalls zum Teil – als Elemente der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie gelten, es ist nur teilweise und fragmentarisch positiv-rechtlich geregelt, wobei die Gesetzgebungskompetenzen einerseits beim Bund, andererseits bei den Ländern liegen, und hat teilweise auch richter- bzw. gewohnheitsrechtlichen Charakter.⁶² Die Vereinheitlichung der Systematik oder aber jedenfalls der zu ihrer Darstellung gebrauchten Terminologie wird zusätzlich dadurch erschwert, daß die Materie teils in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (also letztlich des Bundesgerichtshofs) und teils in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit (also des Bundesverwaltungsgerichts) fällt, was in der Vergangenheit schon zu erheblichen Streitigkeiten zwischen BGH und BVerwG geführt hat (die der Gesetzgeber dann durch eine Neufassung des § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO aufzulösen versuchte).

⁶¹ Vergl. *Würtenberger/Heckmann/Tanneberger*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 9 Rn. 28.

⁶² Vergl. nur *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 2, Art. 14 Rn. 813.

Heuristisch sinnvoll ist zunächst die Unterscheidung zwischen der Haftung für rechtswidriges Staatshandeln („Staatsunrechtshaftung“) und der Haftung für rechtmäßiges Staatshandeln (eben: „Sonderopferhaftung“).⁶³ Zur Staatsunrechtshaftung zählen dabei etwa die Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) oder die Haftung wegen des enteignungsgleichen Eingriffs (das ist eine „faktische Enteignung“, die deswegen nicht „Enteignung“ heißt, weil sie *rechtswidrig* war, wohingegen Art. 14 Abs. 3 GG die „Enteignung“ ja vorsieht und also für rechtmäßig erachtet).⁶⁴ Zur hier primär interessierenden Sonderopferhaftung würden hingegen die Entschädigungspflicht bei einer regulären Enteignung zählen sowie eben der „allgemeine Aufopferungsanspruch“; dieser ist deswegen „allgemein“, weil er *sowohl* den „enteignenden Eingriff“ umfaßt, d.h. unzumutbare materielle Nebenfolgen einer an sich rechtmäßigen staatlichen Maßnahme, als auch den „Aufopferungsanspruch im engeren Sinne“, d.h. nichtvermögensrechtliche Sonderopfer eines Nichtstörers, wenn dieser also etwa an Leib, Leben und Gesundheit geschädigt wird.⁶⁵

In der Literatur wird demgegenüber häufig unter dem „Aufopferungsanspruch“ *nur* der Aufopferungsanspruch im engeren Sinne verstanden und also in diesem Sinne konstatiert, der Aufopferungsanspruch beziehe sich „nur auf nicht vermögenswerte Rechte“⁶⁶. Hier ist indes- sen vom *allgemeinen* Aufopferungsanspruch die Rede, also dem Entschädigungsanspruch des durch eine an sich wohl rechtmäßige staatliche Maßnahme in Anspruch genommenen Nichtstörers *unabhängig* davon, ob nun dessen vermögenswerten Rechte zur Nutzung seines Eigentums tangiert wurden oder dessen nichtvermögenswerte Rechte.

b) Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruches

Die Voraussetzungen des allgemeinen Aufopferungsanspruches sind⁶⁷:

- ein unmittelbarer hoheitlicher Eingriff,
- in ein subjektives Recht, wie v.a. das Eigentum, und
- ein daraus unmittelbar resultierendes Sonderopfer des Betroffenen.

So jedenfalls die wohl „herrschende Meinung“; würde man hingegen erstens die Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden nicht (unmittelbar) auf den allgemeinen Aufopferungsanspruch stützen, sondern auf eine *Analogie* zu § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW, und würde man zweitens mit *Ossenbühl/Cornils*⁶⁸ annehmen, daß es auf ein näher zu qualifizierendes Sonderopfer dann gar nicht mehr ankomme, da die Kodifikation eines Ersatzanspruches im Polizeigesetz bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen das Sonderopfer bereits als

⁶³ Vergl. *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, § 9 Rn. 3.

⁶⁴ *Dies.*, ebda.

⁶⁵ Ebda.

⁶⁶ Vergl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 2.

⁶⁷ Vergl. *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Rn. 5.

⁶⁸ Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 492 f. m.w.N.

gegeben voraussetzt, also gewissermaßen gesetzgeberisch positiviert, so würde das dritte genannte Kriterium eben entfallen.

Hält man mit der wohl h.M. am Kriterium des Sonderopfers als prinzipielle Anspruchsvoraussetzung fest, so ist hierunter ein die „Opfergrenze“ überschreitendes und daher unzumutbares Opfer zu verstehen, d.h. eins, das über sozialadäquate Beeinträchtigungen hinausgeht, die das Gemeinwesen seinen Bürgern abverlangen kann.⁶⁹ Dies ist bei nur vorübergehender Beeinträchtigung der Nutzung einer Sache jedenfalls nicht ohne weiteres der Fall,

so etwa nicht bei gewissen Umsatzeinbußen eines Ladengeschäfts wegen zeitweiser Sperrung einer Straße aufgrund der Entschärfung einer Fliegerbombe;⁷⁰

aber: schon Sonderopfer, wenn eine Diskothek aufgrund einer Bombendrohung geräumt wird und deswegen die meisten Gäste sofort gehen, ohne ihr Getränk zu bezahlen; von der zu ersetzenden Umsatzeinbuße muß der Wirt sich lediglich 10% anrechnen lassen, da die Räumung zu einem gewissen Teil auch seiner eigenen Sicherheit gedient habe.⁷¹

Bei der unmittelbar auf die von der Landesregierung geschaffene Verordnungslage zurückgehende, teils wochenlange Schließung eines Restaurants, Kinos oder Ladengeschäfts, die zu meist auf einen Totalausfall des Umsatzes bei weithin weiterlaufenden Kosten, wie z.B. Mietkosten hinauslief, kann die Annahme eines Sonderopfers des Gewerbetreibenden – sollte dies trotz der gesetzgeberischen Wertung aus § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW überhaupt gesondert darlegungsbedürftig sein – ein vermögensmäßiges und eigentumsbezogenes Sonderopfer von Ladenbetreibern oder Gastronomen offensichtlich nicht in Abrede gestellt werden.

5. Ausschluß von Ansprüchen durch das IfSG?

Ausweislich eines Berichts im SPIEGEL sollen die Bundesländer bei ihnen geltend gemachte Entschädigungsansprüche derzeit mit der Begründung ablehnen, entsprechende Entschädigungsansprüche etwa von Hotel- und Gaststättenbetrieben wegen deren Schließung, die „alle Betriebe gleichermaßen“ betreffen würde, seien Entschädigungsansprüche – wohl durch das Infektionsschutzgesetz – „ausdrücklich“ ausgeschlossen.⁷²

Wenn diese Berichterstattung zutrifft, so wäre die Rechtsauffassung der Bundesländer bereits in rein formeller Weise offensichtlich unzutreffend. Denn das IfSG schließt „ausdrücklich“ keinerlei Entschädigungsansprüche aus; sondern es gewährt *specialiter* solche Entschädigungsansprüche, die *nicht* schon aus anderen Gesetzen, der Verfassung oder dem Richter- oder Gewohnheitsrecht folgen. Dazu gehört v.a. der Entschädigungsanspruch für Personen, die als Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider aufgrund von § 31 IfSG einem Berufsverbot unterlagen oder als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige gemäß § 30 IfSG abgesondert wurden (§ 56 Abs. 1 IfSG), der Entschädigungsanspruch für den

⁶⁹ Vergl. *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Rn. 9.

⁷⁰ Vergl. OLG Koblenz, MDR 2010, 153.

⁷¹ Vergl. OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396; zum Ganzen *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, Rn. 16.

⁷² Vergl. *Kröger/Seith*, Das Sonderopfer, DER SPIEGEL Nr. 26/2020, S. 38 f.

Verdienstaufschlag von Eltern, die wegen der Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 33 IfSG ihre Kinder unerwartet selber betreuen mußten (§ 56 Abs. 1a IfSG), sowie der Versorgungsanspruch bei Impfschäden (§ 60 IfSG).

Durch die Gewährleistung dieser besonderen Entschädigungsansprüche werden aber die übrigen, ganz unabhängig von den Vorkehrungen des Infektionsschutzgesetzes ohnehin bestehenden Entschädigungsansprüche von gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommenen Nichtstörern durch das Infektionsschutzgesetz nicht – auch nicht „implizit“ – ausgeschlossen. Dies wäre denn auch gar nicht möglich, da der allgemeine Aufopferungsanspruch des gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommenen Nichtstörers – wie bereits gezeigt – nicht auf eine kontingente gesetzgeberische Entscheidung zurückgeht, sondern in der Eigentumsgarantie und dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes wurzelt, weswegen der Entschädigungsanspruch des Nichtstörers ja in den Polizeigesetzen der Länder jeweils praktisch inhaltsgleich geregelt ist.

II. Nichtstörer oder Jedermann?

Dem könnte seitens der Bundesländer auch nicht entgegengehalten werden – wie es wohl mit der Wendung, daß die fraglichen Corona-Maßnahmen und v.a. Schließungen „alle Betriebe gleichermaßen betreffen“, ebenfalls angedeutet werden soll – es handele sich bei den Schließungen und Betriebsunterbrechungen gar nicht eigentlich um die gefahrenrechtliche Inanspruchnahme von *Nichtstörern*, sondern eher um eine „*Jedermann*“-Maßnahme.

Unter einer Jedermann-Maßnahme – die es aber eigentlich ohnehin nur im echten, also technischen Polizeirecht gibt und unter denen ohnehin Polizeiverfügungen, kaum aber Rechtsnormen wie hier die Corona-Verordnungen der Landesregierung zu verstehen sein würden – sind polizeiliche Maßnahmen zu verstehen, bei denen die Unterscheidung zwischen der Inanspruchnahme von Störern und Nichtstörern keinen Sinn machen würde, da die fragliche Maßnahme an das Kriterium, eine bestimmte Maßnahme veranlaßt zu haben, d.h. eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder jedenfalls deren Anschein geschaffen zu haben, gar nicht anknüpft, sondern völlig unterschiedslos durchgeführt wird – wie etwa bei der allgemeinen Personenkontrolle an besonderen Orten gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 6 PolG-BW.

Davon einmal abgesehen, daß unter „Jedermann“-Maßnahmen ohnehin nur punktuell und kurzfristig durchgeführte, individualisierte Polizeimaßnahmen zu verstehen sind wie eben Personenkontrollen, nicht aber Verordnungen der Landesregierung mit weitreichenden Rechtsfolgen für Gewerbetreibende, würde die rein polizeirechtliche Unterscheidung zwischen „Jedermann“-Maßnahme und „Inanspruchnahme des Nichtstörers“ in den meisten Fällen ohnehin im Ergebnis keinen Unterschied machen, da der als „jedermann“ Kontrollierte in dem Falle, daß er nicht zu dem gesuchten Personenkreis gehört, dann eben als in Anspruch genommener Nichtstörer behandelt werden müßte. Eine Mindermeinung⁷³ tritt dem entgegen mit dem Argument, auch nach erfolgloser Kontrolle sei der Jedermann kein in Anspruch

⁷³ *Buchberger/Rachor*, in: *Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl. 2018, M Rn. 55.

genommener Nichtstörer, da er wegen des Jedermann-Charakters der Kontrollmaßnahme eben kein „Sonderopfer“ habe erbringen müssen⁷⁴.

Gerade dies versteht sich aber vor dem Hintergrund, daß es sich bei Polizeiverfügungen, die unter Hintanstellung der ansonsten gebotenen Unterscheidung von Störern und Nichtstörern als „Jedermann“-Maßnahmen zu qualifizieren sind, immer nur um solche Maßnahmen handeln kann, die aufgrund ihres punktuellen, vorübergehenden Charakters unter das „allgemeine Lebensrisiko“ der Betroffenen fallen und typischerweise nicht mit nennenswerten Beeinträchtigungen von deren Interessen oder gar Grundrechten einhergehen; dies könnte allenfalls aufgrund besonderer, untypischer Umstände des Einzelfalles – z.B.: der Kontrollierte versucht mit äußerster Eile, sein Flugzeug noch zu erreichen, und kommt wegen einer kurzen Personenkontrolle dann doch zu spät⁷⁵ – doch einmal der Fall sein, ohne daß dies aber verallgemeinerbar wäre.

Jedenfalls sind allgemeine Personenkontrollen der Polizei an bestimmten Orten, die typischerweise nicht mit Grundrechtsbeeinträchtigungen der Betroffenen verbunden sind, ganz allgemein nicht mit Rechtsverordnungen der Landesregierung zu vergleichen, die zahlreichen Gewerbetreibenden für geraume Zeit die Schließung ihrer Geschäfte aufgeben; auch wenn dies im Ergebnis massenhaft passiert und die Betroffenen insofern alle in ähnlicher Weise betroffen sind. Dies macht eine Gewerbeuntersagung durch Rechtsverordnung nicht zu einer polizeilichen „Jedermann“-Maßnahme.

D. Verfassungsrechtliche Einordnung und Rechtswegproblem

Der Entschädigungsanspruch der Gewerbetreibenden, Künstler, Gastwirte, Kinobetreiber usw. in Baden-Württemberg, so lange sie infolge der zahlreichen Corona-Verordnungen der Landesregierung seit dem 16. März 2020 von Schließungsanordnungen, Auftrittsverboten oder sonstigen Auflagen, die einen normalen Geschäftsbetrieb mit halbwegs auskömmlichen Umsätzen faktisch unmöglich gemacht haben, betroffen gewesen sind, folgt entweder aus der *analogen* Heranziehung der Vorschrift aus § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW oder aber aus dem gewohnheits- und richterrechtlich anerkannten⁷⁶, in der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) grundierten *allgemeinen* Aufopferungsanspruch⁷⁷, was *in der Sache* keinen Unterschied machen würde.

⁷⁴ Daß *Ossenbühl/Cornils* a.a.O. das Kriterium des „Sonderopfers“ jedenfalls bei Bejahung der Tatbestandsvoraussetzungen von § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW für entbehrlich halten, war bereits erwähnt worden.

⁷⁵ Beispiele bei *Buchberger/Rachor*, a.a.O.

⁷⁶ BGHZ 90, 17 (29 f.); zum Ganzen *Sieckmann*, in: *BerIK*, Bd. 2, Art. 14 Rn. 201 [Stand: XI/2014]; *Papier/Shirvani*, in: *Maunz/Dürig, GG*, Bd. 2, Art. 14 Rn. 786 [Stand: IV/2018].

⁷⁷ Wenn z.B. *Dietlein*, in: *ders./Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen*, 5. Aufl. 2014, § 3 Rn. 283 den „Aufopferungsanspruch“ und den Anspruch aus „enteignendem Eingriff“ kategorial gegenüberstellt und dabei den Aufopferungsanspruch auf „immaterielle Schäden“ beschränken will, so liegt dies daran, daß er unter dem „Aufopferungsanspruch“ – wie z.B. auch *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 2 – nur den Aufopferungsanspruch *im engeren Sinne* verstehen will, während wir hier vom *allgemeinen* Aufopferungsanspruch handeln. In diesem Sinne ist der Anspruch aus enteignendem Eingriff in Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruches, vergl. bereits oben, → **C.I.4.a**).

Dies gilt schon dann, wenn man unterstellt, daß die zahlreichen Corona-Lockdown-Maßnahmen, die die Landesregierung in Gestalt der bisherigen Rechtsverordnungen erlassen hat, als solche *rechtmäßig* gewesen sind; es gilt aber auch und um so mehr, wenn einzelne der in den Verordnungen getroffenen Maßnahmen sich bei gerichtlicher Überprüfung in Hauptsacheverfahren – z.B. wegen Verletzung des Übermaßverbots oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw. Willkürverbots – als rechtswidrig herausstellen sollten. Der staatshaftungsrechtliche Unterschied zwischen einem Gewerbetreibenden, der als Nichtstörer von einer einschneidenden Maßnahme betroffen ist, die ihm auf Wochen hinaus die Nutzung seines Eigentums unmöglich macht, und einem anderen Gewerbetreibenden, bei dem sich diese Maßnahme im Nachhinein auch noch *per se* als rechtswidrig herausstellt (so daß also nicht nur der polizeipflichtig gemachte Nichtstörer, sondern – hypothetisch – sogar der polizeirechtlich als Störer in Anspruch Genommene einen Schadensersatzanspruch haben müßte!), würde in praktischer Hinsicht eigentlich nur darin bestehen, daß es auf den Nachweis eines wirtschaftlichen, gleichheitswidrigen und unzumutbaren „Sonderopfers“ im engeren Sinne nicht ankommen könnte, weil die rechtswidrige Belangung schon *per se* ein „Sonderopfer“ begründen würde.⁷⁸

I. Allgemeiner Aufopferungsanspruch und enteignender Eingriff

Der „allgemeine Aufopferungsanspruch“ der Staatshaftungsrechts ist, wie bereits gezeigt, ein Oberbegriff, der zwei Teilaspekte umfaßt, nämlich einerseits den „Aufopferungsanspruch im engeren Sinne“, der auf die Kompensation von Schäden an nichtvermögenswerten Rechten (wie Leben und Gesundheit) gerichtet ist, und den hier v.a. interessierenden staatshaftungsrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen „enteignenden Eingriffs“, der auf den Ausgleich von Vermögensschäden abzielt⁷⁹ und – jedenfalls nach richtiger Auffassung (s.o. → C.I.1.) – dabei den *entgangenen Gewinn* miteinbezieht.

Der „enteignende Eingriff“ bezeichnet dabei den Umstand, daß durch eine an sich rechtmäßige staatliche Maßnahme, die keine technische oder formale „Enteignung“ i.S.v. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG darstellt, in bestimmten Fällen dennoch das Eigentum von Personen in einer die Opfergrenze (s.o. → C.I.4.b) überschreitenden Weise in Anspruch genommen, beschädigt oder auch wirtschaftlich entwertet wird. Das in der Literatur vielfach weiterhin aufgestellte Kriterium, diese Inanspruchnahme, Schädigung oder Entwertung müsse die „unbeabsichtigte Nebenfolge“ der fraglichen Maßnahme sein⁸⁰, ist hingegen nicht überzubewerten und meint eigentlich nur, daß die Maßnahme eben nicht direkt auf „Enteignung“ abzielen darf, sondern andere Ziele verfolgt, bei deren Verfolgung dann aber das Eigentum oder dessen Nutzungsmöglichkeit mancher Personen auf der Strecke bleibt; es ist nicht etwa dahingehend zu

⁷⁸ Grundlegend BGH 32, 208 (211); wie *Sieckmann*, in: *BerLK*, Bd. 2, Art. 14 Rn. 207 aus BGH, NJW 1984, 2516 ff. eine Aufgabe dieses Grundsatzes ableiten will, kann hier nicht nachvollzogen werden; wie hier etwa auch *Papier/Shirvani*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. 2, Art. 14 Rn. 791 und 805, jew. m.w.N. [Stand: IV/2018].

⁷⁹ Vergl. BVerfG, NJW 1998, 3264; BGHZ 91, 20 (60 ff.); *Papier*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 180 Rn. 71 a.E.

⁸⁰ Vergl. etwa *Wolffgang/Hendricks/Merz*, Polizei- und Ordnungsrecht in NRW, Rn. 604-620.

deuten, die Schädigung müsse (was hier nicht der Fall wäre) überraschend und unvorhersehbar eingetreten sein.

Dies folgt schon daraus, daß die Vorschrift aus § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW – die hier auch ohne weiteres analog angewendet werden könnte – diesen enteignenden Eingriff positiv-rechtlich konkretisiert und dabei die *Inanspruchnahme* des Nichtstörers voraussetzt. „Inanspruchnahme“ des Nichtstörers bedeutet, daß dieser *gezielt* von der Polizei als ausnahmsweise Polizeipflichtiger herangezogen wird; dies wäre polizeirechtlich abzugrenzen von den Ansprüchen des *unbeteiligten Dritten*, der durch polizeiliches Handeln geschädigt wird.⁸¹ Der Schaden, der dem in Anspruch genommenen Nichtstörer durch polizeiliches Handeln entsteht, war natürlich nicht *Ziel* oder Motivation dieses polizeilichen Handelns, sondern eine Nebenfolge, die eben in Kauf genommen werden mußte.

Daraus folgt für den gewohnheitsrechtlichen Entschädigungsanspruch wegen enteignenden Eingriffs auch jenseits einer einfachen Analogie zu § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW, daß auch *insofern* die wirtschaftlichen Folgen z.B. für Ladenbetreiber die Landesregierung nicht „überrascht“ haben müssen; es genügt für die Einschlägigkeit dieser Anspruchsgrundlage, daß die „faktische Enteignung“ der baden-württembergischen Gewerbetreibenden mit Kundenkontakt nicht das eigentliche *Ziel* der Corona-Verordnungen der Landesregierung gewesen ist.

Erweisen sich hingegen einzelne Corona-Verordnungen der Landesregierung, etwa wegen Verletzung des Übermaßverbots oder des Gleichbehandlungsgebots, als rechtswidrig, so wäre nicht vom enteignenden, sondern vom (rechtswidrigen) *enteignungsgleichen Eingriff* die Rede.⁸² Der Unterschied zwischen der Staatshaftung für an sich rechtmäßiges Handeln mit gravierenden wirtschaftlichen Folgen für betroffene Dritte und der Staatshaftung für an sich rechtswidriges Handeln mit ebensolchen Folgen wäre dann der, daß infolge der Rechtswidrigkeit der staatlichen Maßnahmen ein „Sonderopfer“ der betroffenen Unternehmer gar nicht dargelegt werden müßte⁸³ (was in den hier interessierenden Konstellationen aber eigentlich nicht besonders schwer sein dürfte), sondern kraft der Rechtswidrigkeit unterstellt werden könnte.⁸⁴

II. Vorrang des Primärrechtsschutzes?

Auch nach den Grundsätzen der Naßauskiesungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁵ kann geschädigten Gewerbetreibenden in Baden-Württemberg nicht entgegengehalten werden, sie hätten die sie jeweils betreffenden Corona-Verordnungen der Landesregierung

⁸¹ Schulfall: die Polizei schießt, und ein völlig unbeteiligter Passant wird von einem Querschläger getroffen. Dies ist natürlich keine „Inanspruchnahme“ gemäß § 9 Abs. 1 PolG-BW.

⁸² Vergl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 20.

⁸³ Es war bereits darauf hingewiesen worden, daß, wenn der Anspruch auf eine analoge Anwendung von § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW gestützt wird, jedenfalls nach *Ossenbühl/Cornils* die Darlegung eines „Sonderopfers“ selbst bei legalen Maßnahmen offenbar verzichtbar wäre (!).

⁸⁴ Vergl. *Maurer*, a.a.O., Rn. 21 f. m.w.N.; BGHZ 32, 108 (211 f.); anders *Sieckmann*, in: *BerlK*, Bd. 2, Art. 14 Rn. 207 m.N. [Stand: XI/2014].

⁸⁵ E 58, 300 ff.

erst *als solche* angreifen und deren Beseitigung verlangen müssen, etwa im Wege eines Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 4 BW-AGVwGO.

Dies liegt schon daran, daß die Gewerbetreibenden gar nicht behaupten müssen, die fraglichen, sie betreffenden Corona-Verordnungen seien rechtswidrig gewesen, sondern sie beanspruchen, als gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommene Nichtstörer entschädigt zu werden, was normalerweise ja gerade *rechtmäßiges* Behördenhandeln voraussetzt. Sollte sich im Verlauf des Verfahrens herausstellen, daß die sie belastenden Maßnahmen sogar *per se* rechtswidrig gewesen sind, so steht den Betroffenen hingegen der geltend gemachte Entschädigungsanspruch erst recht zu; Entschädigungsansprüche können ja nicht erlöschen, weil das sie begründende staatliche Handeln nicht nur im Einzelfall entschädigungsbedürftig, sondern von vornherein rechtswidrig gewesen ist.

Im übrigen wäre Gewerbetreibenden gar nicht zumutbar gewesen, unmittelbar im Wege des Primärrechtsschutzes gegen die Corona-Verordnungen vorzugehen. Zeitnah wäre dies ja ohnehin nur im Wege einstweiligen Rechtsschutzes möglich gewesen; insofern bestanden aber – schon wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache – , wie sich auch praktisch gezeigt hat, kaum Erfolgchancen. Außerdem befanden sich Ladenbetreiber, Gastronomen usw. nach den Schließungsanordnungen vielfach in einer wirtschaftlich existentiell bedrohlichen Situation, da ihre Umsätze meist vollumfänglich wegfielen, laufende Kosten (wie Mieten) aber blieben; daher mußten Unternehmer, die insofern in hohem Tempo auf ihren wirtschaftlichen Ruin zuliefen, ihre finanziellen Mittel auf das Überleben konzentrieren und konnten vernünftigerweise in der Regel keine Mittel abzwiegen, um rechtliche Beratung in vermutlich ohnehin aussichtslosen Konstellationen zu bezahlen.

III. Das Rechtswegproblem

Nicht mit letzter Klarheit kann vorliegend die Frage nach dem richtigen Rechtsweg beantwortet werden: Zivilgerichte (d.h. ab 5.000 € Gegenstandswert gemäß § 23 Nr. 1 GVG: die Landgerichte) oder aber Verwaltungsgerichte? Hier ist nämlich noch manches unklar, einen wirklichen staatshaftungsrechtlichen Präzedenzfall zu den Corona-Verordnungen gibt es eben nicht, und Zivilgerichte und Verwaltungsgerichte sehen hier manches unterschiedlich.⁸⁶ Wegen der Vorschrift aus § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG, nach der die Folge des Beschreitens des nach Ansicht des Erstgerichts „falschen“ Rechtsweges nicht die Unzulässigkeit der Klage, sondern deren Verweisung an das „richtige“ Gericht (das sich hiergegen nicht wehren könnte: § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG) ist, ist diese Restunsicherheit aber aus Sicht des Rechtssuchenden kein fundamentales Problem.

Der Rechtsweg richtet sich nach § 40 VwGO; diese Vorschrift wird von Zivil- und Verwaltungsgerichten seit je her teils unterschiedlich verstanden⁸⁷, was auch durch eine

⁸⁶ Vergl. etwa die Darstellung bei *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Bd. 1, § 40 Rn. 519 ff.

⁸⁷ Einerseits BVerwGE 94, 1 (2 ff.); andererseits BGHZ 128, 204 (208 f.).

gesetzgeberische Neufassung der Vorschrift aus § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO (im Sinne des Bundesverwaltungsgerichts) kaum endgültig aufgelöst werden konnte. Die Vorschrift lautet insgesamt:

§ 40 [Verwaltungsrechtsweg]

(1) ¹Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. ²Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

(2) ¹Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes. ²Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bleiben unberührt.

Das bedeutet in den hier interessierenden Konstellationen:

- Wird der Entschädigungsanspruch durchgreifend auf § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW *analog* gestützt und insofern betont, daß es auf den allgemeinen Aufopferungsanspruch zumal in seiner Ausprägung als Entschädigungsanspruch wegen eines enteignenden Eingriffs gar nicht mehr ankomme, so müßten die Verwaltungsgerichte schon gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO zuständig sein.
- Demgegenüber wären aber die Zivilgerichte zuständig, wenn der hier interessierende Entschädigungsanspruch ein „Aufopferungsanspruch“ im Sinne von § 40 Abs. 2 Satz 1 1. HS 1. Alt. VwGO wäre. Hier war ja betont worden, daß der hier interessierende Entschädigungsanspruch wegen enteignenden Eingriffs ein Unterfall des *allgemeinen* Aufopferungsanspruches ist; demgegenüber wird aber heute in der Literatur überwiegend unter dem „Aufopferungsanspruch“ nur der Aufopferungsanspruch *im engeren Sinne verstanden*, der also die Verletzung nicht-vermögenswerter Ansprüche (wie Leben und Gesundheit) zum Gegenstand hat. Dann wären die Zivilgerichte hier doch nicht zuständig.
- Dies wäre aber dennoch der Fall, wenn der Entschädigungsanspruch wegen enteignenden Eingriffs zwar vielleicht kein „Aufopferungsanspruch im prozessualen Sinne“, aber dann jedenfalls ein „Schadensersatzanspruch aus der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruht“, wäre: *dann* Zuständigkeit der Zivilgerichte gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 1. HS 3. Alt.

- Demgegenüber wollen aber zumal maßgebliche verwaltungsrechtliche Autoren⁸⁸ den Entschädigungsanspruch wegen eines enteignenden Eingriffs jedenfalls im prozessualen Sinne als einen „Ausgleichsanspruch im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes“ (also jedenfalls *insofern* als „ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung“) auffassen gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 2. HS VwGO mit der Folge der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

Daher können Ansprüche sowohl vor den Verwaltungsgerichten wie vor den Landgerichten geltend gemacht werden; in keinem Fall ist die Klage deswegen unzulässig, sondern das angerufene Gericht wird sich entweder für zuständig erklären oder verweisen. Wegen der größeren Sachnähe mag es ratsam sein, den Rechtsstreit zunächst vor die Verwaltungsgerichte zu bringen; auch sind vereinzelt erstaunliche harte Fehltritte des Bundesgerichtshofs zum Nachteil entschädigungsberechtigter Bürger bekanntgeworden.⁸⁹

⁸⁸ Vergl. *Maurer*, a.a.O., Rn. 117; *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl. 2011, § 11 Rn. 69 a.E.

⁸⁹ So etwa BGH, NJW 2011, 3157 f.

E. Wesentliche Ergebnisse

1. Gewerbetreibenden, Ladeninhabern, Gastronomen, Kinobesitzern, Künstlern usw., die aufgrund der vielfach novellierten Corona-Verordnungen der Regierung von Baden-Württemberg seit dem 16. März 2020, insbesondere wegen der angeordneten Schließung von Geschäften und Restaurants, gravierende Umsatzeinbußen erlitten haben, steht gegen das Land ein Entschädigungsanspruch zu; dieser umfaßt auch den entgangenen Gewinn im Sinne des gewöhnlichen Verdienstes.
2. Dies deswegen, weil die Gewerbetreibenden als Nichtstörer im Rahmen einer gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahme durch Schließungsanordnungen und dergl. unmittelbar gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommen worden sind und dadurch einen materiellen Schaden erlitten haben; denn weder hatten die Gewerbetreibenden und Ladenbesitzer die Gefahren durch das Corona-Virus verursacht, noch wurden ihre Geschäfte primär und in erster Linie zu ihrem eigenen Schutz geschlossen; sondern die Gewerbetreibenden mußten ihr Geschäft und ihren Umsatz zum Schutz der Allgemeinheit für geraume Zeit aufopfern.
3. Der Entschädigungsanspruch stützt sich auf eine analoge Heranziehung des allgemeinen Rechtsgedankens aus § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 PolG-BW oder aber auf den richter- und gewohnheitsrechtlich anerkannten, von Art. 14 des Grundgesetzes (Eigentumsgarantie) grundierten Entschädigungsanspruch wegen enteignenden Eingriffs als Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruches.
4. Es kommt dabei *nicht* darauf an, ob die in den Corona-Verordnungen des Landes angeordneten Schließungen und sonstige Auflagen rechtmäßig oder rechtswidrig gewesen sind. Der gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommene Nichtstörer, der durch diese Inanspruchnahme ohne sein Zutun einen Schaden erlitten hat, ist auch bei ansonsten völlig rechtmäßigen Gefahrenabwehrmaßnahmen entschädigungsberechtigt.
5. Gewerbetreibende, die von im Einzelfall *rechtswidrigen* Anordnungen aus den Corona-Verordnungen betroffen waren oder sind (weil diese z.B. dem Übermaßverbot oder dem Gleichbehandlungsgebot bzw. Willkürverbot widersprochen haben), sind erst recht entschädigungsberechtigt unter dem Aspekt des enteignungsgleichen Eingriffs. Bei rechtswidrigen staatlichen Maßnahmen müßte ein gleichheitswidriges „Sonderopfer“ der Gewerbetreibenden wohl gar nicht vor Gericht geltend gemacht werden; in den übrigen Fällen wäre es bei gravierenden Umsatzeinbußen bei weiterlaufenden Kosten wohl leicht zu begründen.
6. Die Gewerbetreibenden, die nun einen Entschädigungsanspruch geltend machen, müssen sich auch nicht im Sinne eines „Vorrangs des Primärrechtsschutzes“ vorhalten lassen, sie hätten zunächst unmittelbar gegen die sie betreffenden Corona-Verordnungen etwa im Wege der Normenkontrollklage gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO vorgehen müssen. Denn die Entschädigungsberechtigten behaupten gar nicht die Rechts-

widrigkeit der Corona-Verordnungen, sondern machen einen Entschädigungsanspruch als gefahrenabwehrrechtlich in Anspruch genommene Nichtstörer geltend, was im allgemeinen rechtmäßiges Staatshandeln voraussetzt; wo eine bestimmte Maßnahme aus einer Corona-Verordnung sich hingegen schon als per se rechtswidrig erweisen sollte, steht den Betroffenen der Entschädigungsanspruch erst recht zu, eine eigene vorherige Geltendmachung der möglichen Rechtswidrigkeit vor dem Verwaltungsgerichtshof wäre aber schon mangels Erfolgsaussichten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sowie nach den Umständen des Einzelfalles überhaupt unzumutbar gewesen.

7. Zahlungspflichtig ist das Land Baden-Württemberg als Rechtsträger der Landesregierung, die die Corona-Verordnungen erlassen hat und verantwortet.
8. Unklar ist aber der richtige Rechtsweg – Zivilgerichte oder Verwaltungsgerichte – da § 40 VwGO beide Deutungen zuläßt und die Rechtswegzuständigkeit in Staatshaftungssachen seit je her zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten strittig gewesen ist. Ein nennenswertes Prozeßrisiko ist für die Rechtssuchenden jedoch mit diesem Umstand nicht verbunden, da die Rechtsfolge der Beschreitung des aus Sicht des Erstgerichts „falschen“ Rechtsweges nicht die Abweisung der Klage als unzulässig, sondern gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG die Verweisung an das aus Sicht des Erstgerichts zuständige Gericht wäre, das sich hiergegen dann nicht wehren könnte (§ 17a Abs. 2 Satz 3 GVG). Hier wird empfohlen, es zuerst bei den Verwaltungsgerichten zu versuchen und dort die Analogie zum Fall aus § 55 Abs. 1 Satz 1 PolG-BW in den Vordergrund zu rücken.