

# Inhaltsübersicht

## *1. Teil*

<b>Einleitung</b>	27
1. Kapitel	
<b>Problematik und Zielsetzung</b>	27
2. Kapitel	
<b>Von der Pandemie zur Staatshaftung</b>	29
§ 1 Pandemie und Wirtschaft .....	29
§ 2 Staatshaftung .....	32
3. Kapitel	
<b>Gang der Untersuchung</b>	34
2. Teil	
<b>Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht</b>	36
1. Kapitel	
<b>Das Infektionsschutzgesetz als Instrumentarium</b>	37
§ 1 Gesetzeszweck und Rechtscharakter .....	37
§ 2 Gesetzeshistorie .....	40
§ 3 Regelungssystematik .....	45
§ 4 Qualifizierung der Inanspruchnahme der Betriebsinhaberinnen .....	67
2. Kapitel	
<b>Entschädigungsregelungen des Infektionsschutzgesetzes</b>	75
§ 1 Entwicklungsstadien des infektionsschutzrechtlichen Entschädigungsrechts ..	76
§ 2 Entschädigung nach § 56 IfSG .....	79

§ 3 Entschädigung nach § 65 IfSG .....	119
§ 4 Verfassungskonforme erweiternde Auslegung .....	125
§ 5 Entschädigung in analoger Anwendung .....	128
§ 6 Fazit: Entschädigungsregime des Infektionsschutzgesetzes defizitär .....	135

*3. Teil*

<b>Verdichtung zu einer Ausgleichspflicht qua Verfassungsrecht</b>	136
1. Kapitel	
<b>Statuierung einer Ausgleichspflicht aus den Grundrechten</b>	138
§ 1 Voraussetzungen der Ausgleichspflicht .....	139
§ 2 Grenzen der Ausgleichspflicht .....	141
§ 3 Rechtsschutz .....	143
§ 4 Anwendbarkeit auf Verletzungen der Berufsfreiheit .....	143
§ 5 Der Ausnahmecharakter der Ausgleichspflicht .....	148
2. Kapitel	
<b>Unzumutbarkeit der Belastung wegen unverhältnismäßiger und ungleicher Grundrechtseingriffe</b>	161
§ 1 Untersuchungsgegenstand und Überprüfungsmaßstab .....	161
§ 2 Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG .....	162
§ 3 Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG .....	268
§ 4 Unzumutbarkeit wegen gleichheitswidriger Belastung .....	274
§ 5 Regelungspflicht nur bei Regelungsfähigkeit .....	288
§ 6 Bewertung der Maßnahmen während der Corona-Pandemie .....	293
§ 7 Gesamtergebnis .....	302
3. Kapitel	
<b>Pflicht zum sozialstaatlichen Lastenausgleich</b>	303
4. Teil	
<b>Im Übrigen Entschädigung nach allgemeinen Grundsätzen</b>	309

1. Kapitel	
<b>Die Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes</b>	310
§ 1 Sperrwirkung gegenüber der Nichtstörer-Entschädigung des Polizeirechts . . . . .	310
§ 2 Sperrwirkung gegenüber der richterrechtlichen Eigentümerentschädigung . . . . .	314
2. Kapitel	
<b>Nichtstörer-Entschädigung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts</b>	317
§ 1 Anwendbarkeit bei sonderpolizeilichem Handeln . . . . .	318
§ 2 Handeln einer Polizei- und Ordnungsbehörde . . . . .	320
§ 3 Inanspruchnahme eines Nichtstörers . . . . .	321
§ 4 Zielgerichtete Inanspruchnahme durch eine polizeiliche Maßnahme . . . . .	321
§ 5 Anspruchshöhe und Haftungsbeschränkung . . . . .	323
3. Kapitel	
<b>Richterrechtliche Ausgleichsansprüche</b>	323
§ 1 Anspruch aus enteignendem Eingriff . . . . .	324
§ 2 Allgemeiner Aufopferungsanspruch . . . . .	332
5. Teil	
<b>Schlussbemerkungen und Zusammenfassung</b>	333
1. Kapitel	
<b>Handlungsbedarf im Infektionsschutzrecht</b>	333
2. Kapitel	
<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	335
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	341
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	357

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Teil*

<b>Einleitung</b>	27
<b>1. Kapitel</b>	
<b>Problematik und Zielsetzung</b>	27
<b>2. Kapitel</b>	
<b>Von der Pandemie zur Staatshaftung</b>	29
§ 1 Pandemie und Wirtschaft .....	29
§ 2 Staatshaftung .....	32
<b>3. Kapitel</b>	
<b>Gang der Untersuchung</b>	34

## *2. Teil*

<b>Defizitäres Infektionsschutz-Entschädigungsrecht</b>	36
<b>1. Kapitel</b>	
<b>Das Infektionsschutzgesetz als Instrumentarium</b>	37
§ 1 Gesetzeszweck und Rechtscharakter .....	37
§ 2 Gesetzeshistorie .....	40
A. Von der Seuchenbekämpfung zum präventiven Infektionsschutz .....	40
B. Neuregelungen im Zuge der Corona-Pandemie .....	42
§ 3 Regelungssystematik .....	45
A. Begriffsbestimmungen nach § 2 IfSG .....	45
B. Epidemische Lage von Nationaler Tragweite – § 5 IfSG .....	48
C. Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten – §§ 16–23a IfSG ..	49
D. Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten – §§ 24–32 IfSG ..	51
I. Maßnahmen nach §§ 29–31 IfSG .....	52
II. Schutzmaßnahmen nach §§ 28–28b IfSG .....	53

1. Verlassens- und Betretungsverbot – § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 IfSG .....	53
2. Veranstaltungsverbote und Einrichtungsschließungen – § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG .....	54
3. Generalklausel – § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG .....	55
a) Gefahrenlage .....	55
b) Adressaten .....	56
c) Notwendige Schutzmaßnahmen .....	57
4. Besondere Schutzmaßnahmen nach § 28a IfSG .....	58
5. Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen nach § 28b IfSG .....	60
III. Der Erlass von Rechtsverordnungen nach § 32 IfSG .....	62
E. Abgrenzung zwischen Verhütungs- und Bekämpfungsmaßnahmen .....	64
F. Zuständigkeiten .....	66
<b>§ 4 Qualifizierung der Inanspruchnahme der Betriebsinhaberinnen .....</b>	<b>67</b>
A. Inanspruchnahme als Störer .....	69
B. Störer in Gestalt des Zweckveranlassers .....	70
C. Inanspruchnahme als Nichtstörer .....	73
D. Betroffenheit durch Jedermann-Maßnahme .....	73
E. Kritik an der Kategorisierung .....	74

## 2. Kapitel

<b>Entschädigungsregelungen des Infektionsschutzgesetzes .....</b>	<b>75</b>
<b>§ 1 Entwicklungsstadien des infektionsschutzrechtlichen Entschädigungsrechts .....</b>	<b>76</b>
<b>§ 2 Entschädigung nach § 56 IfSG .....</b>	<b>79</b>
A. Der Anspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG .....	82
I. Tatbestand .....	82
1. Erwerbstätigkeitsverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes .....	82
a) Verbot der Ausübung der Erwerbstätigkeit – § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG .....	82
aa) Anwendbarkeit auch bei rechtswidrigem Verbot .....	83
bb) Bisherige Erwerbstätigkeit .....	85
cc) Umfang der Tätigkeitsverbote .....	85
b) Absonderung – § 56 Abs. 1 S. 2 IfSG .....	86
c) Vorsorgliche Selbstisolierung – § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG .....	87
2. Erfasster Personenkreis .....	88
a) Abgrenzungsproblem: Krankheitsverdächtiger oder Kranker .....	89
b) Exkurs: Kein Anspruch des arbeitsfähigen Kranken .....	91
c) Abgrenzungsproblem: Ansteckungsverdächtiger oder Nichtstörer .....	94
d) Insbesondere: Von Infektionsschutzmaßnahmen betroffene Unternehmen .....	95

3. Verdienstausfall .....	100
a) Anspruch gegen den Arbeitgeber aus § 3 Abs. 1 EFZG .....	101
b) Anspruch gegen die Arbeitgeberin aus § 616 BGB .....	102
4. Tatbestandsausschluss – § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG .....	106
II. Rechtsfolge: Entschädigung .....	109
B. Der Anspruch aus § 56 Abs. 1a IfSG .....	110
C. Der Anspruch aus § 56 Abs. 4 IfSG .....	113
D. Der Erstattungsanspruch nach § 56 Abs. 5 IfSG .....	116
E. Verfahren und Rechtsweg .....	117
§ 3 Entschädigung nach § 65 IfSG .....	119
A. Funktion der Norm im Wandel .....	120
B. Anwendbarkeit allein auf Verhütungsmaßnahmen .....	123
C. Gegenstandsbezogenheit der Entschädigung .....	123
§ 4 Verfassungskonforme erweiternde Auslegung .....	125
A. Erweiterung des Adressatenkreises in § 56 Abs. 1 IfSG .....	125
B. Erweiterung des § 65 IfSG auf die Phase der Bekämpfung .....	127
§ 5 Entschädigung in analoger Anwendung .....	128
A. Analogievoraussetzungen .....	128
B. Planwidrige Regelungslücke im Entschädigungsrecht des Infektionsschutzgesetzes .....	128
I. Nichtregelung im Entschädigungsregime .....	129
II. Wertende Betrachtung .....	129
1. Für das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke .....	130
2. Punktuelles Entschädigungsregime dem Regelungsplan entsprechend .....	131
C. Wertungsgleichheit der Interessenlage .....	133
§ 6 Fazit: Entschädigungsregime des Infektionsschutzgesetzes defizitär .....	135

### *3. Teil*

<b>Verdichtung zu einer Ausgleichspflicht qua Verfassungsrecht</b>	136
1. Kapitel	
<b>Statuierung einer Ausgleichspflicht aus den Grundrechten</b>	138
§ 1 Voraussetzungen der Ausgleichspflicht .....	139
§ 2 Grenzen der Ausgleichspflicht .....	141
§ 3 Rechtsschutz .....	143
§ 4 Anwendbarkeit auf Verletzungen der Berufsfreiheit .....	143

§ 5 Der Ausnahmecharakter der Ausgleichspflicht .....	148
A. Das Dogma des Ausnahmecharakters .....	149
I. Gegen die Anwendbarkeit des Rechtsinstituts als solches .....	150
II. Für die Qualifizierung des Ausnahmecharakters im Tatbestand .....	151
B. Faktische Einwände gegen die Anwendung der Konzeption .....	152
I. Ungeeignetheit zur Verarbeitung eines Großproblems .....	153
II. Grundrechtlich indizierte Anwendbarkeit keine Frage der Geeignetheit	153
C. Finanzielle Folgen als Ausschlusskriterium .....	156
I. Der Finanzierungsvorbehalt der Grundrechte .....	156
II. Parlamentsgesetz im Lichte der finanziellen Folgen erst recht erforderlich .....	157
D. Ergebnis .....	160

## 2. Kapitel

### **Unzumutbarkeit der Belastung wegen unverhältnismäßiger und ungleicher Grundrechtseingriffe** 161

§ 1 Untersuchungsgegenstand und Überprüfungsmaßstab .....	161
§ 2 Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG .....	162
A. Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie .....	162
I. Der Schutzgehalt der Eigentumsgarantie .....	162
1. Verfassungsrechtliche Beschränkungsmöglichkeiten .....	164
2. Überschneidungen mit dem Schutzgehalt der Berufsfreiheit .....	165
3. Der Schutz des Gewerbebetriebs im Lichte der Eigentumsgarantie ..	167
a) Bestimmung des Schutzmfangs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – wirtschaftliche Betrachtungsweise .....	169
b) Bestimmung des Schutzmfangs in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – normative Betrachtungsweise .....	170
c) Kritische Würdigung der Konzeptionen .....	173
aa) Eigene Überlegungen .....	174
bb) Vollständiger Verlust der Nutzungsmöglichkeit der Organisationseinheit .....	175
cc) Vollständiger Verlust des Unternehmens per se .....	176
dd) Vertrauenschutz .....	176
4. Kein Schutz bloßer Umsatz- und Gewinnchancen .....	177
II. Der eigentumsrechtliche Eingriffsbegriß .....	178
1. Bloße Ausgestaltung oder schon Eingriff .....	178
2. Vom klassischen zum modernen Eingriffsbegriß .....	180
3. Additive Grundrechtseingriffsintensität .....	182
4. Besondere Anforderungen an den eigentumsrechtlichen Eingriffs- begriff .....	184

III. Eingriff der Infektionsschutzmaßnahmen in das Eigentumsrecht .....	186
1. Maßnahmen mit eigentumsbeeinträchtigendem Potenzial .....	186
2. Gleichsetzung von Inhalts- und Schrankenbestimmung und Eingriff .....	190
3. Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit von Sach- und Grundeigentum .....	190
a) Schwerpunkt der Beeinträchtigung .....	192
b) Nicht bloß Umsatz- und Gewinnchance betroffen .....	193
c) Sonderkonstellation ohne Betriebsräumlichkeiten .....	194
d) Mittelbar-faktischer Eingriff bezüglich der Nutzung von Betriebsräumlichkeiten .....	195
4. Beschränkung der Ausübung des Hausrechts .....	196
5. Faktischer Entzug öffentlich-rechtlicher Genehmigungen und Vertrauenschutz .....	197
6. Eingriff in die Organisationseinheit des Gewerbebetriebes .....	199
a) Die Betroffenheit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bejahende Stimmen .....	199
b) Die Betroffenheit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verneinende Stimmen .....	201
c) Differenzierende eigene Ansicht .....	203
aa) Vollständige Aufhebung der Nutzungsmöglichkeit des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit .....	204
bb) Beeinträchtigung des ungestörten Funktionierens des Organismus .....	205
cc) Kein Vertrauenschutz bei Betriebsschließungen .....	205
d) Mittelbar-faktischer Eingriff auch durch bloße Gefährdung .....	206
7. Ergebnis .....	208
B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	208
I. Legitimer Zweck .....	210
1. Zwecksetzung bei unwägbarer wissenschaftlicher Kenntnislage .....	210
2. Konturenlosigkeit der Zwecksetzung im Infektionsschutzgesetz .....	212
3. Konkrete Zielsetzung erforderlich .....	214
II. Geeignetheit .....	215
III. Erforderlichkeit .....	216
1. Relativierung der Erforderlichkeit der Kontaktreduzierung in Abhängigkeit zur Bekämpfungsstrategie .....	217
2. Ultima ratio der Betriebsschließungen erforderlich zur Kontaktreduzierung .....	220
IV. Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	221
1. Reichweite und Gewicht des Eingriffs im Lichte der Eigentumsgarantie .....	222
a) Intensität der Maßnahme .....	223

aa) Betriebsbeschränkungen im engeren Sinne .....	223
bb) Öffnungsverbote .....	224
cc) Betriebsschließungen .....	225
b) Anhaltende Eingriffsdauer .....	225
c) Fortsetzung und Addition von Eingriffen .....	226
d) Eingriffsgewicht durch Regelungstechnik .....	228
e) Wertungsgewicht und spezifisches Sonderrisiko kontaktintensiver Gewerbe .....	229
aa) Versicherbarkeit des Risikos als Schadensbegrenzung .....	229
bb) Sozialer Bezug publikumsnaher Gewerbe und Gemeinwohlbindung .....	231
f) Abmilderung des Schadens durch staatliche Hilfsleistungen .....	233
g) Zwischenergebnis .....	235
2. Überragender Gemeinwohlbelang .....	236
a) Kein absoluter Vorrang des Gesundheits- und Lebensschutzes ..	236
b) „Pandemie“-Schutzverantwortung des Staates .....	238
c) Konfusion – Schutz auch zugunsten der Betroffenen .....	241
d) Zwischenergebnis .....	242
3. Angemessener Ausgleich der Interessen .....	242
a) Kein einseitiger Vorrang des Gemeinwohlziels .....	243
aa) In der Pandemie doch in dubio pro Leben und Gesundheit ..	243
(1) Unsicherheit über das Ausmaß der Gefahr .....	246
(2) Unsicherheit über den Erfolg der Maßnahmen .....	246
bb) Pflicht zur Erforschung freiheitsschonender Maßnahmen ..	247
cc) Kein grenzenloser Vorrang des Gemeinwohlziels .....	248
(1) Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze .....	249
(a) Grundsätzlich keine Beseitigung des vermögensrechtlichen Kerngehalts .....	250
(b) Dennoch keine absolute Eingriffsschranke .....	250
(2) Durch die Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen der Unzumutbarkeit .....	251
(a) Erhaltungskosten überschreiten Verkehrswert .....	252
(b) Entzug der Lebensgrundlage .....	252
(c) Intensität gleicht einer „Quasi-Enteignung“ .....	253
(d) Abgrenzung von Verantwortungssphären .....	254
(e) Vollständige wirtschaftliche Entwertung als ultima ratio zumutbar .....	256
dd) Zwischenergebnis .....	258
b) Verhältnismäßigkeit durch Ausgestaltung .....	258
aa) Verlagerung der Abwägung durch eine Generalklausel .....	258
(1) Konturenlosigkeit der Zweckbestimmung .....	259

(a) Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG .....	260
(b) Spielräume, Staatsaufgaben und Verantwortlichkeit .....	262
(2) Begrenzung der Ermächtigung durch Befristung und Vorbehalt .....	262
bb) Abwägungsfeste Entscheidung durch selbstvollziehendes Gesetz .....	263
cc) Ausnahme- und Dispensregelungen .....	264
dd) Monitoring und Reevaluation .....	267
ee) Zwischenergebnis .....	267
C. Ergebnis .....	268
§ 3 Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG .....	268
A. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit .....	268
I. Der Schutzgehalt der Berufsfreiheit .....	269
II. Eingriff .....	269
B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	271
I. Eingriffsintensität nach der Dreistufenlehre .....	271
II. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit .....	273
III. Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....	273
C. Ergebnis .....	274
§ 4 Unzumutbarkeit wegen gleichheitswidriger Belastung .....	274
A. Ausgleichspflicht bei gleichheitswidriger Belastung .....	274
B. Vergleichsgruppen- und Maßstabsbildung .....	275
C. Sonderopfer im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung .....	276
I. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte .....	277
1. Keine wesentliche Gleichheit der Vergleichsgruppen .....	278
2. Ungleichbehandlung durch Inanspruchnahme als Nichtstörer .....	278
3. Belastungsspitze bei gleichmäßiger Grundbelastung .....	279
II. Im Übrigen sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	280
D. Sonderopfer im Verhältnis der Normadressaten .....	281
I. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte .....	281
1. Wesentliche Gleichheit der Normadressaten .....	281
2. Differenzierung aufgrund der Publikumsnähe .....	282
3. Unzumutbare Ungleichbehandlung .....	283
a) Bestimmung der Belastungsspitze .....	284
aa) Vollständiger Verlust des Bestands der Eigentumsposition ..	284
bb) Vollständiger Verlust der (vorübergehenden) Nutzungsmöglichkeit .....	285
b) Zurechenbarkeit des Sonderopfers – Beeinflussbarkeit durch den Normadressaten .....	286
II. Auferlegung der Sonderlast im Verhältnis zum Gemeinwohlinteresse ..	287

E. Ergebnis .....	288
§ 5 Regelungspflicht nur bei Regelungsfähigkeit .....	288
A. Wirtschaftliche Folgen grundsätzlich vorhersehbar .....	289
B. Vorhersehbarkeit des unzumutbaren Sonderopfers .....	290
C. Probleme der praktischen Regelungsfähigkeit .....	291
D. Abseits der engen Regelungspflicht .....	293
§ 6 Bewertung der Maßnahmen während der Corona-Pandemie .....	293
A. Erstmaliger Lockdown .....	294
B. Erneuter Lockdown .....	296
C. Differenzierte Öffnungsstrategie und Bundesnotbremse .....	300
§ 7 Gesamtergebnis .....	302

### 3. Kapitel

<b>Pflicht zum sozialstaatlichen Lastenausgleich</b>	303
--	-----

#### 4. Teil

<b>Im Übrigen Entschädigung nach allgemeinen Grundsätzen</b>	309
--	-----

### 1. Kapitel

<b>Die Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes</b>	310
--	-----

§ 1 Sperrwirkung gegenüber der Nichtstörer-Entschädigung des Polizeirechts ....	310
A. Uneindeutige Gesetzesmaterialien .....	311
B. Eindeutige Haftungsbegrenzung .....	312
§ 2 Sperrwirkung gegenüber der richterrechtlichen Eigentümerentschädigung ....	314
A. Ebenso uneindeutige Gesetzesmaterialien .....	315
B. Keine gesetzliche Haftungsbegrenzung für verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich .....	315

### 2. Kapitel

<b>Nichtstörer-Entschädigung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts</b>	317
--	-----

§ 1 Anwendbarkeit bei sonderpolizeilichem Handeln .....	318
§ 2 Handeln einer Polizei- und Ordnungsbehörde .....	320
§ 3 Inanspruchnahme eines Nichtstörers .....	321
§ 4 Zielgerichtete Inanspruchnahme durch eine polizeiliche Maßnahme .....	321
§ 5 Anspruchshöhe und Haftungsbeschränkung .....	323

<b>3. Kapitel</b>	
<b>Richterrechtliche Ausgleichsansprüche</b>	323
§ 1 Anspruch aus enteignendem Eingriff .....	324
A. Unmittelbarer Eingriff in eine Eigentumsposition .....	325
B. Abverlangen eines Sonderopfers .....	326
C. Anwendbarkeit .....	327
I. Anspruch bei Legislativfolgen mit Ausnahmeharakter .....	327
II. Atypizität und Unvorhersehbarkeit des Schadens .....	330
§ 2 Allgemeiner Aufopferungsanspruch .....	332
<b>5. Teil</b>	
<b>Schlussbemerkungen und Zusammenfassung</b>	333
1. Kapitel	
<b>Handlungsbedarf im Infektionsschutzrecht</b>	333
2. Kapitel	
<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	335
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	341
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	357