

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Regensburg, 26.04.2021

Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90ff.BVerfGG)

und

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 32 Abs. 1 BVerfGG)

betreffend

Vorschriften des 4. Bevölkerungsschutzgesetzes vom 22.04.2021

Namens und im Auftrag

1. des Herrn Christian Lindner, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
2. des Herrn Wolfgang Kubicki, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
3. des Herrn Dr. Hermann Otto Solms, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
4. des Herrn Dr. Marco Buschmann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

5. der Frau Bettina Stark-Watzinger, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
6. des Herrn Dr. Florian Toncar, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
7. der Frau Katja Suding, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
8. des Herrn Michael Theurer, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
9. des Herrn Stephan Thomae, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
10. des Herrn Alexander Graf Lambsdorff, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
11. des Herrn Christian Dürr, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
12. des Herrn Frank Sitta, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
13. des Herrn Grigorios Aggelidis, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
14. der Frau Renata Alt, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
15. der Frau Christine Aschenberg-Dugnus, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
16. der Frau Nicole Bauer, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
17. des Herrn Jens Uwe Beeck, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
18. des Herrn Jens Brandenburg, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
19. des Herrn Mario Brandenburg, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

20. der Frau Sandra Bubendorfer-Licht, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
21. des Herrn Karlheinz Busen, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
22. des Herrn Carl-Julius Cronenberg, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
23. der Frau Britta Dassler Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
24. des Herrn Bijan Djir-Sarai, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
25. des Herrn Hartmut Ebbing, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
26. des Herrn Marcus Faber, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
27. des Herrn Daniel Föst, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
28. des Herrn Otto Fricke, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
29. des Herrn Thomas Hacker, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
30. des Herrn Reginald Hanke, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
31. des Herrn Peter Heidt, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
32. der Frau Katrin Helling-Plahr, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
33. des Herrn Markus Herbrand, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
34. des Herrn Torsten Herbst, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

- 35. der Frau Katja Hessel, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 36. des Herrn Gero Hocker, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 37. des Herrn Manuel Höferlin, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 38. des Herrn Christoph Hoffmann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 39. des Herrn Reinhard Houben, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 40. der Frau Ulla Ihnen, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 41. des Herrn Olaf in der Beeck, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 42. der Frau Gyde Jensen, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 43. des Herrn Christian Jung, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 44. des Herrn Karsten Klein, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 45. des Herrn Dr. Marcel Klinge, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 46. der Frau Daniela Kluckert, , Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 47. des Herrn Pascal Kober, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 48. des Herrn Dr. Lukas Köhler, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
- 49. der Frau Carina Konrad, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

50. des Herrn Konstantin Kuhle, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
51. des Herrn Alexander Kulitz, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
52. des Herrn Ulrich Werner Maria Lechte, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
53. des Herrn Michael Georg Link, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
54. des Herrn Oliver Luksic, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
55. des Herrn Till Mansmann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
56. des Herrn Dr. Jürgen Martens, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
57. des Herrn Christoph Meyer, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
58. des Herrn Alexander Müller, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
59. des Herrn Roman Müller-Böhm, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
60. des Herrn Frank Müller-Rosentritt, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
61. des Herrn Prof. Dr. Martin Neumann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
62. des Herrn Matthias Nölke, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
63. des Herrn Hagen Reinhold, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
64. des Herrn Bernd Reuther, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

65. des Herrn Dr. Thomas Sattelberger Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
66. des Herrn Christian Sauter, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
67. des Herrn Frank Schäffler, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
68. des Herrn Dr. Wieland Schinnenburg, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
69. des Herrn Matthias Seestern-Pauly, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
70. der Frau Judith Skudelny, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
71. der Frau Dr. Marie-Agnes Strack-Zimmermann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
72. des Herrn Benjamin Strasser, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
73. der Frau Linda Teuteberg, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
74. des Herrn Manfred Todtenhausen, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
75. des Herrn Prof. Dr. Andrew Ullmann, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
76. des Herrn Gerald Ullrich, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
77. des Herrn Johannes Vogel, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
78. der Frau Sandra Weeser, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)
79. der Frau Nicole Westig, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...)

80. der Frau Katharina Willkomm, Mitglied des Deutschen Bundestages,
(...),

- Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sowie Antragstellerinnen und Antragsteller zu 1) bis 80) -

beantrage ich,

- I. im Verfahren der Verfassungsbeschwerde folgende Vorschriften wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3/Art. 104 Abs. 1 GG (Freiheit der Person); Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie) sowie das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG):
 1. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG, soweit er auch Personen, bei denen von einer vollständigen Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum untersagt;
 2. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG;
 3. § 73 Abs. 1a Nr. 11b IfSG, soweit er regelt, dass auch private Zusammenkünfte von Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 infolge Impfung oder als Genesene auszugehen ist, ordnungswidrig sind und
 4. § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG.
- II. Im Verfahren des Antrags auf einstweilige Anordnung beantrage ich zur Abwehr schwerwiegender Nachteile für die Grundrechte der Beschwerdeführer:
 1. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG wird einstweilen außer Kraft gesetzt, soweit er Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 infolge Impfung oder als Genesene auszugehen ist, private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum untersagt.
 2. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG wird einstweilen außer Kraft gesetzt.
 3. § 73 Abs. 1a Nr. 11b IfSG wird einstweilen außer Kraft gesetzt, soweit er regelt, dass auch private Zusammenkünfte von Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 infolge Impfung oder als Genesene auszugehen ist, ordnungswidrig sind.
 4. § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG wird einstweilen außer Kraft gesetzt.

Die erforderlichen Vollmachten (§ 22 Abs. 2 BVerfGG) liegen als **Anlagenkonvolut 1** im Original bei. Die drei fehlenden Originalvollmachten werden kurzfristig nachgereicht. In **Anlage 2** finden sich personenbezogene Angaben der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen/Antragsteller und Antragstellerinnen. Wir bitten darum, beide Anlagen vertraulich zu behandeln, da sie teils sensible personenbezogene Daten enthalten, und diese daher anderen Beteiligten und Äußerungsberechtigten nicht zur Verfügung zu stellen.

Die Verfassungsbeschwerde und der Antrag auf einstweilige Anordnung sind grob wie folgt gegliedert:

Teil 1 Sachverhalt	10
Teil 2: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	13
A. Beschwerdefähigkeit	13
B. Beschwerdegegenstand	13
C. Beschwerdebefugnis	13
D. Rechtsschutzbedürfnis	14
I. Fehlende Vollzugsbedürftigkeit der angegriffenen Vorschriften	14
II. Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes bei nicht vollzugsbedürftigen Gesetzen	15
1. Negative Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO	15
2. Normenkontrolle, § 47 VwGO	22
III. Zwischenergebnis	24
IV. Hilfsweise: Ausnahme vom Grundsatz der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG	24
E. Frist	25
F. Annahmeveraussetzungen	25
G. Ergebnis	25
Teil 3: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	26
A. Fehlende Zustimmung des Bundesrates	26
B. Grundrechtseingriffe	30
I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	30
II. Art. 6 Abs. 1 GG (Familie)	32
III. Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG	33
1. Schutzbereich	33
2. Eingriff: Freiheitsbeschränkung	46

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe	47
I. Gesetzesvorbehalte	47
1. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG	47
2. Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG	47
II. Verhältnismäßigkeit der Eingriffe	51
1. Maßstab	52
a) Art und Umfang des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers	52
b) Nachvollzug der tatsächlichen Grundlagen und der wissenschaftlichen Methodik	53
c) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht	55
d) Rechtsprechung und rechtswissenschaftliches Schrifttum	56
e) Konsequenzen für die Reichweite des Antrags der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen	56
2. Nächtliche Ausgangsbeschränkungen, § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG	56
a) Nachvollzug der wissenschaftlichen Methodik	56
b) Rechtsprechung und rechtswissenschaftliches Schrifttum	60
c) Verhältnismäßigkeit gesetzlich angeordneter nächtlicher Ausgangsbeschränkungen	62
aa) Geeignetheit	63
(1) Unmittelbarer Effekt: Verhinderung des Aufenthalts im Freien	63
(2) Mittelbarer Effekt: Unterbindung sozialer Kontakte in Innenräumen	64
bb) Erforderlichkeit und Angemessenheit	65
(1) Vollständiger Abwägungsausfall	65
(2) Primat staatlicher Normdurchsetzung	67
(3) Streubreite	67
(4) Anknüpfung an Inzidenzwerte	68
(5) Keine Freistellung von vollständig Geimpften und Genesenen	71
d) Fazit	76
3. Kontaktbeschränkungen, § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG	77
IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) durch § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG	78
V. Zusammenfassung	79
4. Teil: Antrag auf einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG	81

Teil 1: Sachverhalt

Die Verfassungsbeschwerde und der Antrag auf einstweilige Anordnung richten sich gegen Vorschriften des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.04.2021,¹ das in seinen hier relevanten Teilen gemäß seinem Art. 4 Abs. 2 am 23.04.2021 in Kraft getreten ist.

1. Die für die Verfassungsbeschwerde und den Antrag auf einstweilige Anordnung wesentlichen Bestimmungen finden sich in § 28b und § 28c IfSG, die hier wegen ihrer Länge nur auszugsweise wiedergegeben werden:

§ 28b Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronaviruserkrankung-2019 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen, Verordnungsermächtigung

(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt;

2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:

a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,

b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,

c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,

d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,

e) der Versorgung von Tieren,

f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder

¹ BGBl. I, S. 802 22.04.2021.

g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen;

3. – 10. [...]

Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/inzidenzen> für alle Landkreise und kreisfreien Städte fortlaufend die Sieben-Tage-Inzidenz der letzten 14 aufeinander folgenden Tage. Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. Die Bekanntmachung nach Satz 3 erfolgt unverzüglich, nachdem aufgrund der Veröffentlichung nach Satz 2 erkennbar wurde, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 eingetreten sind.

(2) Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt.

(3)–(4) [...]

(5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt.

(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen:

1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19),

2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.

(7)–(9) [...]

(10) Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. Dies gilt auch für Rechtsverordnungen nach Absatz 6.

(11) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), 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 eingeschränkt und können auch durch Rechtsverordnungen nach Absatz 6 eingeschränkt werden.

§ 28c Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.

2. Die Beschwerdeführerinnen/Antragstellerinnen sowie Beschwerdeführer/Antragssteller sind Mitglieder des Deutschen Bundestages und gehören der Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag an. Sie machen vorliegend jedoch keine Rechte als Parlamentarier geltend, sondern ihre Grundrechte, wie sie jedermann i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zustehen. Sie sehen sich durch die angegriffenen Vorschriften in ihren Individualrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person) und Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie) verletzt.

3. Der Schriftsatz behandelt in den nachfolgenden Teilen 2 und 3 zunächst Zulässigkeit und Begründetheit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90ff. BVerfGG) und sodann in Teil 4 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Teil 2: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90ff. BVerfGG.

A. Beschwerdefähigkeit

Die Beschwerdeführer sind gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdefähig. Sie behaupten in ihrer Eigenschaft als natürliche Personen, in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

B. Beschwerdegegenstand

Die angegriffenen Bestimmungen des 4. Bevölkerungsschutzgesetzes sind als Parlamentsgesetze Akte der öffentlichen Gewalt und damit taugliche Beschwerdegegenstände.

C. Beschwerdebefugnis

I. Betroffenheit in eigenen Grundrechten

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind durch die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG verfügten Kontaktverbote und die in § 28 Abs. 1 Nr. 2 IfSG angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen selbst und gegenwärtig (nämlich im wahrsten Sinne des Wortes Tag und Nacht) in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG verletzt.

Die Beschwerdebefugnis in Bezug auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG ergibt sich bereits daraus, dass die Beschwerdeführer gehindert sind, während der Ausgangssperre gemeinsam mit ihren Familienangehörigen oder engen Freunden einen Spaziergang zwischen 22.00 Uhr und 24.00 Uhr zu unternehmen oder danach sogar allein das Haus zu verlassen. Durch die Kontaktbeschränkungen wird ihnen das Zusammenkommen mit Freunden und sogar Familienmitgliedern, die nicht mehr im gleichen Haushalt leben, verwehrt. Dies gilt auch dann, wenn diese Personen vollständig nach den Empfehlungen der STIKO – wie auch der Beschwerdeführer zu 3 – geimpft sind oder diese Personen – wie auch eine Reihe von Beschwerdeführern – eine Infektion mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 durchstanden hat.

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer haben ihre Beschwer noch einmal in eigenen Worten plastisch beschrieben. Ihre Angaben sind als **Anlage 2** beigefügt.

II. Gegenwärtige Beschwer

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind auch unmittelbar in ihren Grundrechten beschwert. Die Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG gelten ganz überwiegend in den Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen sie leben (vgl. jeweils die Angabe im Rubrum) oder die sie in den späten Abend und Nachtstunden zumindest durchqueren.² Als Mitglieder des Deutschen Bundestages verbringen die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer aber auch einen erheblichen Teil ihrer Zeit in Berlin. Sie arbeiten hier nicht nur, sondern leben hier auch, treffen Freunde und bewegen sich in der Stadt. In Berlin gelten seit dem 24.04.2021 die angegriffenen Regelungen.³

III. Unmittelbare Beschwer

Sie sind auch unmittelbar beschwert, denn § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG bedürfen keines Vollzugsaktes. Die unmittelbare Beschwer wird auch nicht durch die Möglichkeit in Frage gestellt, gegen Bußgeldbescheide vorzugehen. Denn zu den Vollzugsakten zählen nicht die Sanktionen des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts, da ihr Abwarten dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann.⁴

D. Rechtsschutzbedürfnis

I. Fehlende Vollzugsbedürftigkeit der angegriffenen Vorschriften

Gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss der Rechtsweg erschöpft sein. Das setzt voraus, dass die bestehenden Möglichkeiten, fachgerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, ausgeschöpft sind.

Fachgerichtlicher Rechtsschutz kann und muss vorrangig in Anspruch genommen werden, wenn die angegriffenen Regelungen noch des Vollzugs bedürfen; dann kann nämlich gegen den Vollzugsakt vor den Fachgerichten um Rechtsschutz nachgesucht werden. Die hier angegriffenen Vorschriften bedürfen aber keines Vollzugs. Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG angeordneten Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen treten aber qua Gesetzes („so gelten ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen“) ein, sind also „self-executing“. Das unterscheidet sie von den auf § 32 i.V.m. § 28a IfSG beruhenden Landes-

² Vgl. <https://www.rki.de/inzidenzen>; dort werden nach § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG die maßgeblichen Sieben-Tage-Inzidenzen veröffentlicht.

³ <https://www.berlin.de/aktuelles/berlin/6520825-958092-bundesnotbremse-diese-regelungen-gelten-.html>

⁴ BVerfGE 81, 70 (82f.).

Rechtsverordnungen, gegen die verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft ist.

II. Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes bei nicht vollzugsbedürftigen Gesetzen

1. Negative Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO

Zum vorrangigen fachgerichtlichen Rechtsschutz zählt das Bundesverfassungsgericht jedenfalls im Hauptsacheverfahren die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO. Sie sei auch bei Rechtsnormen, die – wie hier – keines Vollzuges bedürfen, statthaft, wenn die Feststellung begehrt wird, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu einem anderen Beteiligten begründet ist.⁵ Mit dieser sog. negativen Feststellungsklage wird den Fachgerichten eine inzidente Normenkontrolle ermöglicht.⁶ Mit ihr „soll neben der Entlastung des Bundesverfassungsgerichts erreicht werden, dass dieses nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage entscheiden muss.“⁷

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts I: Kernaussagen

Das Bundesverfassungsgericht sieht die negative Feststellungsklage daher stets als vorrangig zu erhebenden fachgerichtlichen Rechtsbehelf an, wenn einfach-rechtliche oder tatsächliche Vorfragen für die verfassungsrechtliche Beurteilung noch nicht geklärt sind. Dabei müssen die Fachgerichte auch eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG prüfen. Sie haben in diesem Zusammenhang die Aufgabe, „die Anwendbarkeit und Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Norm sorgfältig“ zu prüfen, dabei „auf naheliegende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte eingehen“ und „unter Umständen auch eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht zu ziehen;“⁸ anderenfalls ist nämlich eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG unzulässig.

Eine vorrangige, durch die negative Feststellungsklage ausgelöste fachgerichtliche Prüfung ist aber entbehrlich,

„wenn von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung keine verbesserte Entscheidungsgrundlage für die vom BVerfG vorzunehmende verfassungsrechtliche Bewertung zu erwarten wäre. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Sachverhalt allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, deren Beantwortung weder von der näheren Sachverhaltsermittlung noch von der Ausle-

⁵ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 Rn. 6.

⁶ Dazu Barczak, DVBl. 2019, 1040.

⁷ BVerfGE 102, 197 (207); ferner etwa BVerfGE 138, 261 (271).

⁸ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 Rn. 10.

gung und Anwendung von Vorschriften des einfachen Rechts durch die Fachgerichte, sondern allein von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt.“⁹

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts II: Fallrecht

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur negativen Feststellungsklage bildet die funktionale Rollenteilung zwischen der für die Klärung der tatsächlichen Fragen und der Auslegung des einfachen Rechts zuständigen Fachgerichtsbarkeit auf der einen und dem für die verbindliche verfassungsrechtliche Bewertung zuständigen Bundesverfassungsgerichts auf der anderen Seite ab. Weil aber auch die Fachgerichte das Verfassungsrecht auslegen müssen, um ggfs. einfaches Recht verfassungskonform auszulegen oder eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu prüfen, kann es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Fachgerichten und Bundesverfassungsgericht kommen. Es lassen sich zwei Grundsätze für die Abgrenzung der Zuständigkeiten aufstellen, die auch für den Rechtsschutz gegen die hier angegriffenen Normen tragend sind:

aa) Allein verfassungsrechtliche Fragestellung

(1) Das Bundesverfassungsgericht hat auf der einen Seite Verfassungsbeschwerden stets für unzulässig erklärt, wenn es klärungsbedürftige einfach-rechtliche Fragen identifizieren konnte.

So hat es eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Norm des hessischen Spielbankengesetzes für unzulässig erklärt, die die Verpflichtung enthielt, an einem Spielersperrsystem mitzuwirken und die damit gesetzlich verbundenen Pflichten einschließlich der Pflicht zur Videoüberwachung zu erfüllen, weil einfach-rechtlich noch ungeklärt sei, „unter welchen Voraussetzungen eine Fremdsperre auszusprechen ist.“ Es liege „keine fachgerichtliche Rechtsprechung dazu vor, wann eine Person nach Maßgabe der einschlägigen Vorschrift ‚spielsuchtgefährdet‘ oder ‚überschuldet‘ ist, wann sie ‚ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommt‘ oder ‚Spieleinsätze riskiert, die in keinem Verhältnis zu ihrem Einkommen oder Vermögen stehen‘“. Schließlich müsse „die Reichweite der vom Gesetz vorausgesetzten Zutrittskontrollen zu den Spielhallen muss zunächst von den Fachgerichten geklärt werden, bevor über die Verfassungsmäßigkeit solcher Kontrollen entschieden werden kann.“¹⁰

⁹ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 Rn. 12.

¹⁰ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 Rn. 13.

Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf eine Rechtsverordnung des Bundes entschieden, die Einwohner verschiedener Länder bei der Gewährung landwirtschaftlicher Ausgleichszahlungen unterschiedlich behandelte. Insoweit gab es mehrere Auslegungsvarianten der einschlägigen Vorschrift der Rechtsverordnung, um den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) gerecht zu werden, d.h. es bestand die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung, ohne dass es erforderlich gewesen wäre, das Bundesverfassungsgericht zu befassen.¹¹ Die Verfassungsbeschwerde war daher unzulässig.

Schließlich hat es im Hinblick auf Vorschriften des Berliner Spielhallengesetzes judiziert, diese enthielten „auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe. Von deren Auslegung und Anwendung hängt maßgeblich ab, inwieweit die Beschwerdeführerinnen durch die angegriffenen Regelungen tatsächlich und rechtlich beschwert sind.“¹²

(2) Auf der anderen Seite gibt es Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht den Vorrang des fachgerichtlichen Rechtsschutzes verneint hat, weil sich allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen gestellt haben. Zulässig war danach etwa eine Verfassungsbeschwerde gegen eine mit der Begründung fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes angegriffene Bestimmung des Ladenöffnungsrechts Thüringen, wonach im Verkauf Beschäftigte zwingend zwei Samstage im Monat arbeitsfrei gestellt werden müssen. Davon konnten zwar im Verordnungswege Ausnahmen zugelassen werden, was aber nicht geschehen ist. Eine negative Feststellungsklage hielt das Bundesverfassungsgericht für entbehrlich: Bei der einschlägigen Bestimmung handele es sich um „ein unmittelbar geltendes Beschäftigungsverbot ohne jeden Auslegungsspielraum.“ Es sei „nicht ersichtlich, dass die weitere Fallanschauung der Fachgerichte die Entscheidungsgrundlage des Bundesverfassungsgerichts verbessern könnte. Im Mittelpunkt der Verfassungsbeschwerde stehen Fragen der Gesetzgebungskompetenz, deren Klärung ohnehin letztlich dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.“¹³

Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht bereits eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Rechtsnorm, bei der es um die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Gewährung staatlicher Mittel an Religionsgesellschaften ging, für zulässig erklärt, weil der Fall spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwarf, „die das Bundesverfassungsgericht beantworten kann,

¹¹ BVerfGE 115, 81 (93f.).

¹² BVerfGE 145, 20 Rn. 86.

¹³ BVerfGE 138, 261 Rn. 24.

ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären.“¹⁴

(3) In seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung zur automatisierten Kennzeichenkontrollen hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

„Wenn sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, kann [...] auch die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage zu den zuvor zu ergreifenden Rechtsbehelfen gehören. Das ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vorschriften abschließend gefasst sind und die fachgerichtliche Prüfung für den Beschwerdeführer günstigstenfalls dazu führen kann, dass das angegriffene Gesetz gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wird. Entscheidend ist, ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermeiden, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Ein solcher Fall wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit ein Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert ist (vgl. BVerfGE 145, 20 [54 f. Rn. 86]). Anders liegt das, soweit es allein um die sich unmittelbar aus der Verfassung ergebenden Grenzen für die Auslegung der Normen geht. Soweit die Beurteilung einer Norm allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die das Bundesverfassungsgericht zu beantworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären, bedarf es einer vorangehenden fachgerichtlichen Entscheidung nicht (vgl. BVerfGE 123, 148 [172 f.]; 138, 261 [271 f. Rn. 23]; 143, 246 [322 Rn. 211]; stRspr). Insoweit bleibt es dabei, dass Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen ein Gesetz weithin auch ohne vorherige Anrufung der Fachgerichte zulässig sind.“¹⁵

(4) Aus der Zusammenschau dieser Entscheidungen lässt sich ableiten, dass das Bundesverfassungsgericht fachgerichtlichen Rechtsschutz stets für nicht vorrangig hält, wenn streitentscheidend Rechtsnormen sind, über deren sachlichen und personalen Anwendungsbereich keine ernsthaften Zweifel bestehen wie namentlich bei der Bestimmung des Thüringer Ladenöffnungsgesetzes, bei der sowohl hinsichtlich der Adressaten (= alle Verkaufsstellen im Sinne des Gesetzes) als auch in der Sache (= zwei Samstage pro Monat arbeitsfrei) keine einfach-rechtlichen Zweifelsfragen bestanden.

bb) Effektivität des Rechtsschutzes

In dem zuletzt genannten Fall hat das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit unmittelbaren verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes auch damit begründet, dass „eine vorheri-

¹⁴ BVerfGE 123, 148 (173).

¹⁵ BVerfGE 150, 1 Rn. 44.

ge Ausschöpfung des Rechtswegs dem Beschwerdeführer zu 1. auch im Hinblick auf einen in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht effektiven Rechtsschutz nicht zumutbar“ sei.¹⁶

Dieses Problem stellt sich auch im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes. Wenn in Fällen der Eilbedürftigkeit zunächst verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden muss, das Verwaltungsgericht aber von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist und daher nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegt, kann es zu Spannungen mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG kommen, weil eine Vorlage die Entscheidung regelmäßig verzögert.¹⁷ In einem solchen Fall kann vorläufiger Rechtsschutz nur noch vom Bundesverfassungsgericht selbst über eine einstweilige Anordnung gewährt werden.¹⁸

Aus diesen Gründen gibt es zu Anträgen auf einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG, die sich gegen die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen richten, bislang keine einzige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die die Antragsteller auf die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage verweisen würde. Alle Entscheidungen betrafen jeweils Hauptsacheverfahren.

c) Schlussfolgerung: Entbehrlichkeit des fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen die angegriffenen Bestimmungen

Beide aus der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Abgrenzung zwischen inzidenter Normenkontrolle durch die Fachgerichte und prinzipialer Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht sprechen im Hinblick auf § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG (sowie die entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestände) gegen die Notwendigkeit, vor der Verfassungsbeschwerde zunächst eine negative Feststellungsklage beim jeweils zuständigen Verwaltungsgericht zu erheben:

aa) Allein verfassungsrechtliche Fragestellung

Die einschlägigen Bestimmungen werfen keinerlei einfach-rechtliche Auslegungsprobleme auf; es geht allein um verfassungsrechtliche Fragestellungen:

- In personaler Hinsicht ist jedermann Adressat. Noch weniger als bei der Auslegung des Begriffs „Verkaufsstellen“ im Thüringer Ladenöffnungsgesetz ist hier also fraglich,

¹⁶ BVerfGE 123, 148 (173).

¹⁷ Sieckmann/Kessal-Wulf, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 9.

¹⁸ Dazu Dederer, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 100 [2013] Rn. 152.

wer adressiert wird. Niemand ist ausgenommen, insbesondere auch nicht Personen, die über einen hinreichenden Impfschutz verfügen oder von denen als Genesene nur ein geringes Infektionsrisiko ausgeht. Es ist auch nicht möglich, diesen Personenkreis im Wege verfassungskonformer Auslegung von den Anwendungsbereichen der beiden Tatbestände auszunehmen, weil sich aus § 28c IfSG ergibt, dass diese Entscheidung der Bundesregierung vorbehalten sein soll. Aufgrund der in § 28b Abs. 1 S. 2-4 sowie Abs. 2 IfSG vorgesehenen Bekanntmachungen der jeweils festgestellten Sieben-Tage-Inzidenz lässt sich auch ohne weitere fachgerichtliche Prüfung stattfinden, wer in regionaler Hinsicht in den Anwendungsbereich der Normen fällt.

- Auch in sachlicher Hinsicht wird jeweils genau beschrieben, welche Kontakte erlaubt sind (Nr. 1) und in welchen Zeiträumen man die eigene Wohnung und Unterkunft nicht verlassen darf. Einfach-rechtliche Zweifelsfragen, die für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen bedeutsam wären, gibt es nicht. Auch die Ausnahmetatbestände in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG, die sich vielfach an den Formulierungen der Landes-Rechtsverordnungen orientieren, haben in der Rechtsprechungspraxis der Oberverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe bislang keine Auslegungsprobleme aufgeworfen.
- Wenn zudem Fragen der Verhältnismäßigkeit von Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen aufgeworfen werden, ging es schon bislang (also im Kontext der Landes-Rechtsverordnungen) nicht um die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall, sondern stets um die Verhältnismäßigkeit der Normen. Auch dieser Antrag wendet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allein als verfassungsrechtlichen Maßstab für die Frage an, ob die parlamentsgesetzlich geregelten Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen geeignet, erforderlich und angemessen sind.
- Zudem geht es um zwei weitere spezifisch verfassungsrechtliche Fragestellungen: Klärungsbedürftig ist erstens, ob in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG unmittelbar durch Gesetz eingegriffen werden darf. Zweitens bedarf es der verfassungsrechtlichen Klärung, ob Personen, von denen nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse keine nennenswerte Infektionsgefahr mehr ausgeht und die auch nicht mehr infiziert werden können, noch Adressaten von Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen sein dürfen.

bb) Effektivität des Rechtsschutzes

Effektiven Rechtsschutz i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG kann hier wegen der Eilbedürftigkeit nur das Bundesverfassungsgericht gewährleisten. Daher wird die hier geprüfte Verfassungsbeschwerde mit dem Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG verbunden.¹⁹

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG greift unmittelbar mit seinem Inkrafttreten (vgl. Art. 4 Abs. 2 4. BevSchG) schwerwiegend in Grundrechte ein. Er ermöglicht also nicht nur zukünftige Grundrechtseingriffe durch die Verwaltung, sondern verursacht unmittelbar seit dem Tag, der auf das Inkrafttreten des Gesetzes folgt (also seit dem 24.04.2021), erhebliche Belastungen, die auch nicht mehr nachträglich kompensiert werden können. Wenn zunächst negative Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten erhoben werden müsste, bestünde die Gefahr, dass sich ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe zunächst verstetigen. Es ist – auch angesichts der schon bislang uneinheitlichen Judikatur zu Ausgangsbeschränkungen²⁰ – wahrscheinlich, dass die Gerichte unterschiedlich urteilen werden und daher die jeweils unterlegenen Parteien Beschwerde (§ 146 VwGO) beim zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof einlegen werden, auch um den Rechtsweg zu erschöpfen. In dieser Zeit wirken die Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen weiter. Dabei ist zu bedenken, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer über ganz Deutschland verteilten Wohnsitze praktisch alle Verwaltungsgerichte und in der Folge ggfs. alle Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe befassen müssten. Es ist zudem damit zu rechnen, dass eine Vielzahl anderer Bürgerinnen und Bürger dies ebenso tun würden. Folge wäre nicht nur eine Überlastung der Verwaltungsgerichte, sondern auch eine uneinheitliche Rechtsprechung, die gerade dem Ziel des 4. Bevölkerungsschutzgesetzes zuwiderlaufen würde, bundesweit einheitlich geltende Schutzmaßnahmen im Kampf gegen die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 festzulegen.

Besonders problematisch wäre die Fallkonstellation, in der die Fachgerichte die hier begründeten verfassungsrechtlichen Bedenken teilen. Sie könnten allenfalls einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO gewähren der dann aber nur für den einzelnen Antragsteller gilt. Zudem müssten sie, weil sie kein Normverwerfungsrecht haben, die für verfassungswidrig erachteten Bestimmungen nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorle-

¹⁹ Dazu die Ausführungen in Teil 4.

²⁰ S. unten 3. Teil C. II. 2. b).

gen. Wegen der Eilbedürftigkeit besteht in solchen Fällen die Gefahr, dass Vorlagen aus Zeitgründen nicht hinreichend substantiiert werden können und daher vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig zurückgewiesen werden.

Ein vorrangiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz über eine negative Feststellungsklage würde daher nicht nur den Rechtsschutz in problematischer Weise zeitlich verzögern. Auch gerieten die Verwaltungsgerichte in die prozessual schwierige Situation, einerseits effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu müssen, andererseits aber nicht zu können, weil sie kein Normverwerfungsrecht haben. Dadurch kann es zu einem problematischen Ping-Pong-Effekt zwischen Verwaltungsgerichten und Bundesverfassungsgericht kommen, der zu Lasten des effektiven Rechtsschutzes der Betroffenen und letztlich auch der notwendigen Rechtssicherheit geht.

Eine primäre Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur inzidenten Normenkontrolle würde schließlich auch einen Fremdkörper in dem nunmehr dualen System des Infektionsschutzes bilden: Während für die Rechtmäßigkeitsprüfung der materiellen Gesetze (= Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 32 IfSG) die Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe zuständig sind, wären ausgerechnet für das höherrangige formelle Gesetz zunächst die unterinstanzlichen Verwaltungsgerichte zuständig. Da über § 28b Abs. 1 IfSG hinausgehende Schutzmaßnahmen in den Landes-Rechtsverordnungen nach wie vor Gültigkeit behalten (§ 28b Abs. 5 IfSG), würde das zu einem der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutz abträglichen Nebeneinander von verwaltungsgerichtlicher Kontrolle des Gesetzes und oberverwaltungsgerichtlicher Kontrolle der einschlägigen Rechtsverordnung führen.

Diese drohenden Verwerfungen beim Rechtsschutz zeigen, dass die negative Feststellungsklage in Verfahren nach § 32 Abs. 1 BVerfGG schon strukturell ungeeignet ist, vorrangigen fachgerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten.

2. Normenkontrolle, § 47 Abs. 6 VwGO

Eine weitere theoretisch denkbare Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes wäre ein Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO gegen die auf § 32 IfSG beruhenden Landes-Rechtsverordnungen. Diese enthalten mit § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG weitgehend übereinstimmende Regelungen zu privaten Zusammenkünften und teilweise auch nächtliche Ausgangsbeschränkungen wie sie in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG vorgesehen sind. Soweit diese landesrechtlichen Regelungen über § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bzw. 2 IfSG hinausgehen, handelt es sich um „weitergehende Schutzmaßnahmen“ im Sinne von § 28b Abs. 5 IfSG.

Man könnte nun argumentieren, dass gegen die mit § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG übereinstimmenden oder sogar über diesen hinausgehenden landesrechtlichen Regelungen ein Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO beim zuständigen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof gestellt werden könnte. Aber selbst wenn dieser erfolgreich sein sollte (was angesichts der bisherigen Rechtsprechung zu nächtlichen Ausgangsbeschränkungen²¹ jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann), wären damit nur die landesrechtlichen Regelungen außer Vollzug gesetzt, nicht aber die bundesunmittelbaren legislativen Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen. Nun könnte man zwar argumentieren, dass auch umgekehrt eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. ein erfolgreicher Antrag nach § 32 Abs. 1 BVerfGG nur dazu führen würden, dass § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG für nichtig bzw. vorläufig außer Kraft gesetzt werden und die landesrechtlichen Regelungen weiter gelten würden. Aber das verkennt die Folgewirkungen einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die – anders als bei Entscheidungen eines Fachgerichts – verfassungsrechtliche Maßstäbe über den Einzelfall hinaus setzt. Wenn das Bundesverfassungsgericht § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG in dem hier beantragten Umfang außer Kraft setzen würde, würden und müssten auch die Landesregierungen die Regelungen in ihren Rechtsverordnungen entsprechend anpassen. Mit anderen Worten: Wenn die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer die aus ihrer Sicht verfassungswidrigen Eingriffe in ihre Grundrechte beseitigen wollen, müssen sie in den meisten Fällen zumindest zwei Verfahren führen. Der weitaus effektivere Weg ist es jedoch, zunächst das Bundesverfassungsgericht anzurufen.

Dieses (unnötig komplizierte und der Effektivität der Gefahrenabwehr eher abträgliche) Nebeneinander von Bundesgesetz und den mit diesem inhaltlich partiell übereinstimmenden Landes-Rechtsverordnungen zeigt einmal mehr, dass auch ein verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz nach § 43 Abs. 1 VwGO²² hier gänzlich dysfunktional wäre. Ein in einem Landkreis oder kreisfreien Stadt mit einer Inzidenz über 100 wohnender Beschwerdeführer, der sich gegen Ausgangs- und/oder Kontaktbeschränkungen effektiv zur Wehr setzen wollte, müsste – um effektiven Rechtsschutz zu erlangen – gleichzeitig Anträge nach § 47 Abs. 6 VwGO beim Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof gegen die Landes-Rechtsverordnung und nach § 123 Abs. 1 i.V. m. § 43 Abs. 1 VwGO beim Verwaltungsgericht gegen das Bundesgesetz stellen. Nachdem die Judikatur zu nächtlichen Ausgangsbeschrän-

²¹ 3. Teil C. II. 2. b).

²² S. vorstehend 1.

kungen bislang sehr uneinheitlich ist, müsste der Antragsteller mit unterschiedlichen Entscheidungen rechnen, die ihm nicht weiterhelfen würden, weil eine der beiden Regelungen aufrecht erhalten bliebe. In dieser Konstellation kann nur eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die notwendige Rechtssicherheit herbeiführen.

III. Zwischenergebnis

Für die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG besteht ein Rechtsschutzbedürfnis; insbesondere kommt kein fachgerichtlicher Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten und Oberverwaltungsgerichten/Verwaltungsgerichtshöfen in Betracht.

IV. Hilfsweise: Ausnahme vom Grundsatz der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in einem Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten einen möglichen Rechtsbehelf sehen würde, wäre gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG eine Erschöpfung des Rechtsweges nicht erforderlich. § 90 Abs. 2 S. 2 1. Alt. BVerfGG erlaubt es dem BVerfG, auch über eine Verfassungsbeschwerde von „allgemeiner Bedeutung“ zu entscheiden, ohne dass der Rechtsweg erschöpft ist. Hierzu führt das BVerfG in ständiger Rechtsprechung aus: „Allgemeine Bedeutung hat eine Verfassungsbeschwerde, wenn sie die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt oder über den Fall des Bf. hinaus zahlreiche gleich gelagerte Fälle praktisch mitentschieden werden.“²³

Der Zweck der Rechtswegerschöpfung ist gerade nicht berührt, wenn ein Durchlaufen des Rechtsweges zu Voraussetzungen für eine Entscheidung des BVerfG nicht verbessern würde; dies ist insbesondere dann der Fall, „wenn der Sachverhalt allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, deren Beantwortung weder von der näheren Sachverhaltsermittlung noch von der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des einfachen Rechts durch die Fachgerichte, sondern allein von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt.“²⁴

Genau diese Voraussetzungen liegen – wie oben dargelegt – vor: Es handelt sich um grundsätzliche rechtliche Fragestellungen, die allein im Verfassungsrecht wurzeln, und das gesamte gesellschaftliche Leben betreffen. Eine Regelung, die das Merkmal „allgemeine Bedeutung“ besser erfüllen würde als diese, ist kaum denkbar.

²³ BVerfG NJW 2018, 1532 Rn. 15.

²⁴ BVerfG NVwZ 2016, 1 Rn. 11.

E. Frist

Die Beschwerdefrist von einem Jahr (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) wurde eingehalten.

F. Annahmenvoraussetzungen

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen, denn sie hat gemäß § 93a Absatz 2 lit. a) grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung und hat eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung, wie oben bereits ausgeführt worden ist.

G. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Teil 3: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, denn die hier angegriffenen Vorschriften sind im Hinblick auf die fehlende Zustimmung des Bundesrates formell verfassungswidrig und verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3/Art. 104 Abs. 1 G (Freiheit der Person) sowie Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie).

A. Fehlende Zustimmung des Bundesrates

Die Verfassungsbeschwerde ist bereits deshalb begründet, weil die angegriffenen Regelungen entgegen Art. 104a Abs. 4 GG ohne die Zustimmung des Bundesrates zustande gekommen sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts darf in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger nur durch ein Gesetz eingegriffen werden, das nicht mit der verfassungsmäßigen Ordnung vollständig in Einklang steht. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz sowohl die formellen als die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes einhält.²⁵ Zu den formellen Vorgaben des Grundgesetzes, die so über eine Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können, gehört auch die fehlende Zustimmung des Bundesrates.²⁶

I. Zustimmungspflicht, Art. 104a Abs. 4 GG

Eine Zustimmung des Bundesrates war nach Art. 104a Abs. 4 GG erforderlich. Für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates kommt es nicht auf die einzelne Regelung an. Es reicht vielmehr aus, wenn das Gesetz insgesamt eine zustimmungspflichtige Regelung enthält. Zustimmungspflichtig ist nur das „Bundesgesetz“ als solches, nicht seine einzelnen Teile.²⁷ Jede andere Betrachtung würde vernachlässigen, dass nur das Gesetz als Ganzes beschlossen wird und Gegenstand der Willensbildung im Bundesrat ist – nicht einzelne Vorschriften. Auch eine Ausweitung der Zustimmungspflichten des Bundesrates ist kein überzeugendes Argument, denn es steht dem Gesetzgeber frei, ein Gesetzesvorhaben in verschiedene Teile aufzuspalten. Dies ist in der Staatspraxis aber unüblich.

1. Nach Art. 104a Abs. 4 GG sind Bundesgesetze zustimmungspflichtig, wenn sie die Länder zu Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten verpflichten und die Länder dieses Gesetz als eigene Angelegenheit ausführen oder im Auftrage des Bundes nach Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG.

²⁵ Seit BVerfGE 6, 32 (37f.).

²⁶ Vgl. BVerfGE 75, 108 (149).

²⁷ BVerfGE 8, 274 (294f.); 55, 274 (319).

2. Die Zustimmungspflicht gemäß Art. 104a Abs. 4 GG ergibt sich vorliegend aus § 28b Absatz 3 S. 2 und 3 sowie S. 8 i.V.m. § 56 Abs. 1a, § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG.

a) § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG sieht vor, dass Schulen in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 in den Wechselunterricht übergehen müssen und ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 165 ganz auf Präsenzunterricht verzichten müssen. Letzteres gilt nach § 28b Abs. 3 S. 8 IfSG auch für Kinderhorte und Kindertagesstätten als Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nr. 1 und 2 IfSG. Folge dieser Maßnahmen ist, dass Kinder im Kindergartenalter sowie Schüler zumindest an einzelnen Tagen nicht mehr in der Schule bzw. Kindertagesstätte betreut werden. Dies müssen in vielen Fällen die Eltern übernehmen, was zu einem Verdienstausschlag führen kann. In § 56a Abs. 1a IfSG hat der Gesetzgeber einen Anspruch auf „Entschädigung“ begründet, der diese Ausfälle zumindest zeitweilig auffangen soll, wenn für ein Kind jünger als 12 Jahre eine andere zumutbare Kinderbetreuung nicht zur Verfügung steht. § 56 Abs. 1a IfSG erfasst als Unterfälle der Aufhebung der Präsenzpflcht gerade auch Wechselunterricht und digitalen Unterricht der Schulen.²⁸ Die Kosten für diese Entschädigung tragen nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG die Länder.

Seinem Wortlaut nach knüpft § 56 Abs. 1a IfSG an eine Schließung einer Einrichtung oder Aufhebung der Präsenzpflcht „durch die zuständige Behörde“ an. Nach seinem Sinn und Zweck werden aber auch Konstellationen erfasst, in denen diese Maßnahme im Wege einer Verordnung nach § 32 IfSG, einem Landesgesetz anstelle einer Verordnung nach § 32 IfSG gemäß Art. 80 Abs. 4 GG oder aber – wie im Falle des § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG unmittelbar durch ein Bundesgesetz und die Feststellung des Überschreitens der Schwellenwert durch das RKI nach § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG angeordnet wird. Ziel der Regelung ist eine Entlastung der betroffenen Eltern, aus deren Sicht die Form staatlichen Handelns nicht relevant ist.²⁹

b) Die Voraussetzungen des Art. 104a Abs. 4 GG liegen vor.

Das Infektionsschutzgesetz wird von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt. Bei § 56 Abs. 1a IfSG handelt es sich um eine Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG, deren Kosten die nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG allein die Länder tragen (dazu aa)). Die Fälle, in denen eine solche Geldleistung zu gewähren ist, werden durch das vorliegende Ge-

²⁸ BT-Drucks. 19/25323, 5.

²⁹ Eckart/Kruse, in: Eckart/Winkelmeier, BeckOK IfSG, 3. Edition, 1.1.2021, § 56 Rn. 50.

setz modifiziert und ausgeweitet; dies steht einer Begründung der Geldleistungspflicht gleich (bb)).

aa) Die Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG ist eine Geldleistung nach Art. 104a Abs. 4 GG. Geldleistungen nach Art. 104a Abs. 3 und 4 GG sind „gegenleistungsunabhängige, einmalige oder laufende, auch als Darlehen gewährte geldliche Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln an private oder ihnen gleichgestellte öffentliche Empfangsberechtigte.“³⁰ Bei einer Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG handelt es um eine freiwillige, nicht rückzahlbare Unterstützungsleistung des Staates; die Bezeichnung „Entschädigung“ kann insoweit irreführen, als sie den Eindruck vermittelt, der Staat wäre zu dieser Unterstützungsleistung verpflichtet.

Eine Geldleistung nach Art. 104a Abs. 4 GG zeichnet sich ferner dadurch aus, dass den Ländern bei ihrer Gewährung kein Spielraum bleibt, sondern diese vollständig durch das Bundesgesetz determiniert wird.³¹ Dies entspricht dem Ziel der Regelung: Sie soll verhindern, dass der Bund einseitig den Ländern finanzielle Lasten aufbürdet. Im Fall des § 56 Abs. 1a IfSG sind Voraussetzungen und – in den Absätzen 2 bis 8 – der Umfang der Geldleistungspflicht abschließend beschrieben. Sobald die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht erfüllt sind, hängt es allein von der Initiative der Anspruchsberechtigten ab, ob das Land eine Entschädigung zahlen muss.

bb) Die Geldleistungspflicht wird durch das vorliegende Gesetz begründet, auch wenn die Grundlage der Entschädigung in § 56 Abs. 1a IfSG formal unverändert bleibt.

(1) § 28b Abs. 3 S. 2, 3 und 8 IfSG legen nunmehr zwingend fest, wann – ohne weitere Entscheidungen der Länder – die Schulen in den Wechselunterricht übergehen, kein Präsenzunterricht mehr stattfindet sowie Kindertagesstätten geschlossen werden. Unmittelbare Folge des Überschreitens der Schwellenwerte in § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG ist, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1a automatisch vorliegen, weil Kinder zuhause betreut werden müssen. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage haben die Länder hier keinen Handlungsspielraum mehr und können damit den Eintritt der Entschädigungspflicht nicht mehr beeinflussen.

Hiermit ist nicht nur eine Verringerung der Entscheidungsspielräume der Länder verbunden. Es ist auch davon auszugehen, dass die Länder höhere finanzielle Belastungen treffen als vor

³⁰ *Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 82.

³¹ *Schwarz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 104a [2020] Rn. 80; vgl. auch BT-Drucks. 16/813, 18.

Erlass des § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG. Im Gesetzgebungsverfahren sind die Schwellenwerte gegenüber dem Gesetzentwurf herabgesetzt worden. Ziel dieser Änderung war es gerade, die als zu großzügig empfundene Praxis vieler Bundesländer zu beenden, auch bei höheren Inzidenzwerten Präsenzunterricht ganz oder teilweise aufrechtzuhalten. Damit ist aber auch eine stärkere finanzielle Belastung der Länder untrennbar verbunden.

(2) Aus dem Sinn und Zweck des Art. 104a Abs. 4 GG sowie der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich, dass es für die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit allein auf die finanziellen Auswirkungen einer Gesetzesänderung ankommt. Sinn und Zweck des Art. 104a Abs. 4 GG ist es, die Länder vor einer einseitigen Festlegung von Ausgaben durch den Bund möglichst umfassend zu schützen.³² Dies zeigt sich bereits daran, dass eine Erheblichkeitsschwelle im Rahmen der Föderalismusreform zwar diskutiert wurde, aber keinen Eingang in den Verfassungstext gefunden hat.³³ Somit reicht jede finanzielle Mehrbelastung aus, um die Zustimmungspflicht des Bundesrates zu begründen.

II. Keine Umdeutung des fehlenden Einspruchs in eine Zustimmung

Eine Entscheidung des Bundesrates, von einem Einspruch nach Art. 77 Abs. 3 GG abzusehen, kann auch nicht in eine Zustimmung umgedeutet werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche Umdeutung – wie auch der weit überwiegende Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur³⁴ – grundsätzlich abgelehnt³⁵ und darauf verwiesen, dass die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates bei einem Zustimmungsgesetz ungleich stärker seien als bei einem Einspruchsgesetz. Hieraus folge, dass der Bundesrat bewusst seine Zustimmung erteilen müsse.³⁶ Dies entspricht auch der generellen Rechtsprechung des Gerichts, das die Formstrenge des Gesetzgebungsverfahrens betont.³⁷

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen eine Umdeutung eines Bundesratsbeschlusses vorgenommen,³⁸ in einem Fall die Umdeutung des Absehens von einem Einspruch in eine Zustimmung.³⁹ Das Gericht stellte in seiner Entscheidung auf die außerge-

³² *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 36.

³³ *Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 105; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 36.

³⁴ *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rn. 96; *Kersten*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 77 [2020] Rn. 104; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 77 Rn. 55.

³⁵ BVerfGE 8, 274 (296f.); 28, 66 (80).

³⁶ BVerfGE 8, 274 (296f.).

³⁷ Etwa BVerfGE 120, 56 (78).

³⁸ BVerfGE 8, 274 (296f.); 28, 66 (80).

³⁹ BVerfGE 8, 274 (296f.).

wöhnlichen Umstände des Einzelfalles ab, aus denen sich eindeutig ergeben habe, dass eine Zustimmung gewollt gewesen sei. Zudem betonte es, dass der Beschluss vor Inkrafttreten der aktuellen Geschäftsordnung des Bundesrates getroffen wurde.

§ 30 GOBR sieht jedoch nunmehr vor: „Im Gesetzgebungsverfahren nach den Artikeln 76 bis 78 des Grundgesetzes sind die Abstimmungsfragen so zu fassen, dass sich aus der Abstimmung zweifelsfrei ergibt, ob der Bundesrat mit der Mehrheit seiner Stimmen beschlossen hat, (...) einen vom Bundestag beschlossenen Gesetz zuzustimmen, (...) gegen ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz Einspruch einzulegen oder ihn zurückzunehmen.“ Damit gibt § 30 GOBR einen eindeutigen Interpretationsrahmen für Beschlüsse des Bundestages, der heute eine Umdeutung ausschließt.⁴⁰ Zudem lässt sich der Debatte des Vierten Bevölkerungsschutz im Bundesrat kein so eindeutiges Meinungsbild entnehmen, dass auch eine Zustimmung des Gesetzes in der vorliegenden Form in jedem Fall gewollt gewesen wäre.

III. Ergebnis

Die angegriffenen Bestimmungen sind schon wegen der fehlenden, aber verfassungsrechtlich zwingenden Zustimmung des Bundesrates verfassungswidrig.

B. Grundrechtseingriffe

I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG begründete allgemeine Persönlichkeitsrecht „schützt den engeren persönlichen Lebensbereich und die Erhaltung seiner Grundbedingungen. Es umfasst das Recht auf Achtung der Privatsphäre. Dazu gehören der familiäre Bereich und die persönlichen Beziehungen zu den anderen Familienmitgliedern.“⁴¹

Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang keine Gelegenheit zur Klärung der Frage, ob auch soziale Beziehungen jenseits der Familie durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt sind. Doch ist anerkannt, dass das Grundrecht einen Sozialbezug hat und damit auch seine Sozialkontakte jenseits der (ohnehin über Art. 6 Abs. 1 GG geschützten) Familie erfasst.⁴² Sozialkontakte sind, wie sich insbesondere in der Pandemie schmerzhaft gezeigt hat, ein unverzichtbarer Bestandteil für die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt mit dem Recht auf Selbstbewahrung nicht nur vor

⁴⁰ Masing, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 77 Rn. 96.

⁴¹ BVerfGE 121, 69 (90).

⁴² In diesem Sinne lässt sich BVerfGE 99, 185 (194) deuten.

ungewünschten Sozialkontakten,⁴³ sondern setzt ihn auch in Beziehung zu anderen und gewährleistet damit erwünschte Sozialkontakte. Im Schutz der Sozialität des Menschen durch Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG konkretisiert das dem Grundgesetz zugrunde liegende Menschenbild „von der Gemeinschaftsgebundenheit und Gemeinschaftsbezogenheit der Person.“⁴⁴

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt damit auch und gerade Sozialkontakte außerhalb der Familie.⁴⁵ In das Recht, diese Sozialkontakte zu leben und zu pflegen, greift insbesondere § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG ein, indem er private Zusammenkünfte mit höchstens einer haushaltsfremden Person erlaubt. Er löst eine kuriose und daher nur schwer nachvollziehbare Asymmetrie aus: Indem ein Treffen nur mit einer weiteren Person zugelassen ist, kann zwar ein Alleinstehender ein Paar besuchen, aber dieses nicht den Alleinstehenden. Ein Kind darf seine Eltern besuchen, aber die Eltern nicht das Kind.

Die Kontaktverbote bedeuten für die Beschwerdeführer eine zum Teil massive Belastung ihres Alltagslebens:

- Treffen mit den eigenen Kindern werden unmöglich, sobald sie in einem eigenen Hausstand leben, ebenso Treffen mit dem erwachsenen Kind und einem Enkel, der bereits älter als 16 Jahre ist. Auch ein Kind kann nicht beide Großeltern gleichzeitig treffen, um z.B. mit ihm Geburtstag zu feiern – selbst wenn diese geimpft sind. Folge einer solchen Regelung ist aber nicht, dass die Zahl der Kontakte reduziert wird, denn die Großeltern besuchen das Kind nacheinander.
- Nahezu alle Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer haben Eltern, die inzwischen geimpft sind. Ein Besuch beider Elternteile bei den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer ist dennoch nicht zulässig. Das wirft erhebliche Probleme auf, wenn ein Elternteil nicht mobil ist und darauf angewiesen ist, von seinem Partner oder seiner Partnerin transportiert zu werden. Probleme ergeben sich aufgrund der Begrenzung auf eine haushaltsfremde Person auch, wenn diese Person eine weitere Betreuung durch eine andere haushaltsfremde Person benötigt (z.B. Pflegerin oder anderes Familienmitglied, das in einem anderen Haushalt lebt, aber sich um diese Person kümmert). Es ist auch nicht möglich, eine andere Person bei Treffen mit drit-

⁴³ Dazu *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 444ff.

⁴⁴ BVerfGE 4, 7 (15f.).

⁴⁵ So auch *Kämmerer/Jischkowski*, GesR 2020, 341 (345) und im Anschluss daran *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1022).

ten Personen (z.B. Handwerker, Pflegekräfte, Ärzten bei Hausbesuchen) zu unterstützen; gerade ältere Menschen benötigen in diesen Fällen eine Unterstützung.

- Sobald eine haushaltsfremde Person anwesend ist, z.B. Babysitterin oder Haushälterin, sind sogar Treffen von Kindern mit anderen Kindern ausgeschlossen, weil die Ausnahme nur für die Kinder der haushaltsfremden Person gilt.
- Besuche können immer nur durch eine Person erfolgen. Reisen beispielsweise Personen länger zusammen an, muss der Besuch in Schichten erfolgen, obwohl in der Summe nicht mehr Kontakte entstehen, als wenn sich beide Gruppen zusammentreffen würden.
- Besondere Herausforderungen ergeben sich für Patchwork-Familien. Ein Beschwerdeführer teilt etwa im persönlichen Anschreiben mit: „Wir praktizieren das Wechselmodell, d.h. der Sohn meiner Frau wechselt wöchentlich sein Zuhause. Früher setzten wir uns beim Wechsel immer alle zusammen (meine Frau, sein kleiner Bruder und ich und sein Vater und dessen neue Partnerin) um es für den Sohn meiner Frau möglichst harmonisch zu gestalten. Dies ist nun in dieser Form unmöglich geworden.“
- Eine besondere Belastung ergibt sich, wenn Lebenspartner zwei Haushalte führen. Nach dem Wortlaut der Regelung ist es zweifelhaft, ob zu einem Treffen beider Lebenspartner in diesem Fall noch weitere Personen hinzukommen dürfen.
- Die Regelung ist eine große Belastung für Alleinstehende, die sich immer nur mit einer Person oder einem Haushalt treffen dürfen.

Auch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, indem er Paaren, die nicht zusammenleben, Verwandten, oder Freunden untersagt, sich abends nach 22 Uhr zu treffen bzw. Paaren verbietet, nach 22 Uhr gemeinsam im Freien spazieren zu gehen; auch das gilt wiederum für ungeimpfte und vollständig geimpfte Personen gleichermaßen.

II. Art. 6 Abs. 1 GG (Familie)

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG greifen darüber hinaus in Art. 6 Abs. 1 GG (Familie) ein, insoweit sie die familiäre Sozialität des Einzelnen unterbinden. Familie ist nicht nur die ohnehin meist in der Hausgemeinschaft gelebte Beziehung der Eltern bzw. eines Elternteils zu

ihren minderjährigen Kindern, sondern insbesondere auch die Beziehung von Enkeln zu ihren Großeltern:

„Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Familie zunächst als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern. Im Zusammenleben der Eltern mit ihren heranwachsenden Kindern entfaltet die familiäre Gemeinschaft besondere Bedeutung, weil die leibliche und seelische Entwicklung der prinzipiell schutzbedürftigen Kinder in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage findet [...]. Der Schutz des Familiengrundrechts reicht indes über den Zweck hinaus, einen besonderen personellen Raum kindlicher Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern. Er zielt generell auf den Schutz spezifisch familiärer Bindungen [...], wie sie auch zwischen erwachsenen Familienmitgliedern [...] und auch -- wenngleich regelmäßig weniger ausgeprägt -- über mehrere Generationen hinweg zwischen den Mitgliedern einer Großfamilie bestehen können. Familiäre Bindungen sind im Selbstverständnis des Individuums regelmäßig von hoher Bedeutung und haben im Lebensalltag der Familienmitglieder häufig besondere praktische Relevanz. Sie zeichnen sich durch schicksalhafte Gegebenheit aus und können von besonderer Nähe und Zuneigung, von Verantwortungsbewusstsein und Beistandsbereitschaft geprägt sein [...]. Nicht zuletzt wegen dieses eigenen Stellenwerts, der familiären Bindungen bei der Entfaltung der Persönlichkeit regelmäßig zukommt, hat das durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Gebot der Achtung der Entfaltungsfreiheit im privaten Lebensbereich durch die Verfassungsgarantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) eine besondere Verstärkung erfahren [...], die das Familienleben schützt und dem Individuum damit Chancen eröffnet, ein seinen familiären Bindungen gemäßes Leben zu führen.“⁴⁶

Für die vielfältigen und zum Teil erheblichen Eingriffe gilt das vorstehend zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Gesagte entsprechend.

III. Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs.1 GG

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift unmittelbar in das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG) ein.

1. Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG haben den gleichen Schutzbereich: die Freiheit der Person. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Freiheit der Person „die Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten der Bürger“ und räumt ihr daher „einen hohen Rang unter den Grundrechten“ ein. Art. 104 Abs. 1 GG knüpft an das zunächst in der englischen Verfassungsgeschichte entwickelte Institut des *habeas corpus* an. Dieses betrifft die rechtsstaatlichen Maßstäbe für Festnahmen und sonstige Freiheitsbeschränkungen durch die öffentliche Gewalt, die vor allem durch den Richter zu gewährleisten sind. Das Grund-

⁴⁶ BVerfGE 136, 382 Rn. 22.

recht soll also, was für den vorliegenden Antrag von erheblicher Bedeutung ist, die persönliche Freiheit vor allem durch Verfahrensregeln schützen.⁴⁷

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang wenig Gelegenheit, den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG näher zu bestimmen.

aa) BVerfGE 94, 166: Verfassungsmäßigkeit des asylrechtlichen Flughafenverfahrens

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der grundlegenden Änderungen des Asylrechts Mitte der 1990er Jahre hatte das Bundesverfassungsgericht auch über die Zulässigkeit des sog. Flughafenverfahrens (§ 18a AsylVfG) zu entscheiden. Nach § 18a Abs. 1 S. 1 AsylVfG ist bei Ausländern aus einem sicheren Herkunftsstaat (§ 29a), die über einen Flughafen einreisen wollen und bei der Grenzbehörde um Asyl nachsuchen, das Asylverfahren vor der Entscheidung über die Einreise im Flughafenbereich durchzuführen. Dies bedingt, dass die Betroffenen zunächst dort festgehalten werden. Darin sahen die Beschwerdeführer einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG. Das gab dem Bundesverfassungsgericht Anlass, den Schutzbereich des Grundrechts erstmals genauer zu bestimmen:

„Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schützt die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Sein Gewährleistungsinhalt umfaßt von vornherein nicht eine Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen. Demgemäß liegt eine Freiheitsbeschränkung nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist.“⁴⁸

Das Bundesverfassungsgericht sah den Schutzbereich aufgrund der spezifischen Situation nicht als berührt an, weil die Staatsgrenze als Hindernis der freien Bewegung nach der allgemeinen Rechtsordnung vorgegeben sei. Jeder Staat sei berechtigt, den freien Zutritt zu seinem Gebiet zu begrenzen und für Ausländer die Kriterien festzulegen, die zum Zutritt auf das Staatsgebiet berechtigen. Rechtliche und tatsächliche Hindernisse für das freie Überschreiten der Staatsgrenze berührten, so das Gericht, deshalb nicht den Gewährleistungsinhalt der durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützten körperlichen Bewegungsfreiheit.⁴⁹

bb) BVerfGE 96, 10: Räumliche Aufenthaltsbeschränkung für Asylbewerber

⁴⁷ Pohlreich, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104 [2019] Rn. 12

⁴⁸ BVerfGE 94, 166 (198).

⁴⁹ BVerfGE 94, 166 (198f.).

1997 konnte das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Bestimmungen über die räumliche Beschränkung der Aufenthaltsgestattung für Asylbewerber an die Entscheidung zu § 18a AsylVfG anknüpfen. Auch hier hat es den Schutzbereich verneint: Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schütze

„die tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung. Deshalb umfaßt sein Gewährleistungsinhalt von vornherein nicht eine Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen.“⁵⁰

cc) BVerfGE 149, 293: Fixierungen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung

Hingegen hat das Bundesverfassungsgericht bei Fixierungen von Patienten, die in Einrichtungen untergebracht werden einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts gesehen und den Schutzbereich wie folgt bestimmt:

„Geschützt wird die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen [...], also vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs.“⁵¹

dd) BVerfG, Beschl. v. 01.12.2020: Elektronische Fußfessel

Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts nochmals wie folgt zusammengefasst:

„Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schützt die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Sein Gewährleistungsinhalt umfasst von vornherein nicht eine Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu können. Demgemäß liegt eine Freiheitsbeschränkung nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen und sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist oder diesen zu verlassen. Der Tatbestand einer Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 GG) kommt nur in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin nicht nur kurzfristig aufgehoben wird [...].“⁵²

⁵⁰ BVerfGE 96, 10 (22).

⁵¹ BVerfGE 149, 293 Rn. 65.

⁵² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 01. Dezember 2020- 2 BvR 916/11 -, Rn. 222.

b) Schrifttum

Im Schrifttum wird die Interpretation von Art. 2 Abs. 2 S.2 und 104 Abs. 1 GG als Garantie der „körperlichen Bewegungsfreiheit“⁵³ bzw. der „Fortbewegungsfreiheit“⁵⁴ allgemein geteilt. Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG schützen den Einzelnen davor, „in seiner räumlichen Entfaltung gegen seinen Willen auf einen relativ begrenzten Raum beschränkt zu sein“⁵⁵, gewährleistet also, dass man „dort, wo man nicht bleiben will, auch nicht bleiben muss.“⁵⁶ Das Schrifttum behandelt im Anschluss an die Rechtsprechung im Wesentlichen zwei Problemkreise, die auch für die grundrechtsdogmatische Einordnungen der Ausgangsbeschränkungen relevant sind.

Erstens wird die Frage gestellt, wie die bundesverfassungsgerichtliche Formulierung „im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung“ zu verstehen sei. Man kann sie nämlich dahingehend missverstehen, dass die Freiheit der Person grundsätzlich nur nach Maßgabe der einfachen Gesetze gewährleistet wird, womit sie allerdings gegenüber der gesetzgebenden Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) leerlaufen würde. Aus diesem Grunde wird dieser Vorbehalt teilweise ganz abgelehnt,⁵⁷ aber auch alle diejenigen Autoren, die ihn aufgreifen betonen, dass sich die Formulierung nur auf allgemeine Gesetze beziehen könne, „die sich nach ihrer Zielrichtung nicht gegen die körperliche Bewegungsfreiheit richten“,“⁵⁸ also etwa „die sich aus dem Eigentum oder anderen bürgerlich-rechtlichen Positionen ergebenden Beschränkungen wie das Verbot, fremde Wohnungen ohne Erlaubnis des Wohnungsinhabers zu betreten, straßenverkehrsrechtliche Beschränkungen (etwa das Verbot, auf Autobahnen spazieren zu gehen), naturschutzrechtliche Betretungsverbote.“⁵⁹

⁵³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2020] Rn. 22; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 112; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 497; *Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 228; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 98.

⁵⁴ *Windthorst*, in: Gröpl/von Coelln/Windthorst (Hrsg.), Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 152.

⁵⁵ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 98.

⁵⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 1. Aufl. 1985, Rn. 474, übernommen durch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 497.

⁵⁷ *Kloepfer*, Verfassungsrecht Bd. II, 2010, § 58 Rn. 2; *Lorenz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 681.

⁵⁸ *Windthorst*, in: Gröpl/von Coelln/Windthorst (Hrsg.), Studienkommentar Grundgesetz, 3. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 154; ferner etwa *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 436; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2020] Rn. 26.

⁵⁹ *Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 235a.

Zweitens wird thematisiert, ob und inwieweit Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG „unmittelbaren Zwang“⁶⁰ voraussetzt. Teilweise wird das in dem Sinne interpretiert, dass das Grundrecht nur vor physischen Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit schützt,⁶¹ während andere die Ansicht vertreten, es seien alle Ge- und Verbote erfasst, die dem Adressaten verbieten, einen bestimmten Ort zu verlassen.⁶² Die Meinungsunterschiede sind bei genauerer Betrachtung allerdings praktisch kaum relevant.⁶³ In der Diskussion geht es zunächst um die Frage, ob man auch die bloße Begründung einer (normativen oder einzelfallbezogenen) Pflicht, zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu erscheinen (also etwa eine Vorladung), als vom Schutzbereich erfasst ansieht.⁶⁴ Das wird verbreitet mit der Begründung verneint, dass eine Freiheitsbeeinträchtigung zumindest ein gewisses Zwangselement voraussetzt, das sich zudem gerade auf die körperliche Bewegungsfreiheit beziehen muss; allgemeine Rechtspflichten fallen darunter nicht, weil anderenfalls die Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verschwimmen würde.⁶⁵

Bei genauerer Lektüre vertritt aber heute niemand mehr, dass eine Freiheitsbeschränkung i.S.v. Art. 104 Abs. 1 GG nur vorliegt, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit durch die Anwendung physischer Gewalt beeinträchtigt wird. Sowohl *Hans D. Jarass* und *Helmuth Schulze-Fielitz*, deren Ausführungen sich noch in diesem Sinne deuten lassen könnten, bejahen nämlich eine Freiheitsbeschränkung auch schon dann, wenn der Einzelne unter Zwangsandrohung freiwillig einer hoheitlichen Anordnung zum Bleiben oder Folgen nachkommt, also ohne dass körperliche Gewalt angewendet werden müsste.⁶⁶ Es besteht damit letztlich Einigkeit darüber, dass eine Freiheitsbeeinträchtigung konstitutiv staatlichen Zwang voraussetzt (sonst wäre die Bejahung eines staatlichen Eingriffs problematisch); diese „braucht aber nicht notwendig physischer Art zu sein und geht bereits mit staatlichen Geboten und Anordnungen, die auf eine Freiheitsbeschränkung gerichtet sind und diese antizipieren, ein-

⁶⁰ BVerfGE 105, 239 (247).

⁶¹ So wohl *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 112 und *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 104.

⁶² So explizit *Rixen*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 231: „Die h. M. sieht in Art. 2 II 2 [...] den Schutz der Bewegungsfreiheit als solcher verbürgt, nicht lediglich einen modalen Schutz gegen eine bestimmte Art und Weise der Beeinträchtigung dieser Freiheit.“ Ferner etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 497 und *Wittreck*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 9.

⁶³ So zutreffend *Lorenz*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 679.

⁶⁴ Zu diesem Zusammenhang *Kunig/Kaemmerer*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kaemmerer (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 139.

⁶⁵ *Kunig/Kaemmerer*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kaemmerer (Begr./Hrsg.), 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 139.

⁶⁶ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 116 und *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 103.

her.⁶⁷ Es ist also letztlich unbestritten, dass grundsätzlich sanktionsbewehrte Gebote, einen Raum nicht oder nur bei Vorliegen bestimmter Gründe zu verlassen, den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG betreffen.

c) Konsequenzen für die grundrechtsdogmatische Einordnung der Ausgangsbeschränkungen

Auf der Grundlage dieses allgemeinen Meinungsstands in Rechtsprechung und Schrifttum werden Ausgangsbeschränkungen überwiegend an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG/Art. 104 Abs. 1 GG gemessen. Allerdings beziehen sich die meisten Äußerungen auf allgemeine Ausgangsbeschränkungen, wie sie in einigen Bundesländern schon im Frühjahr 2020 erlassen wurden; in anderen Bundesländern galten lediglich Kontaktverbote. Trotz unterschiedlicher Bezeichnungen war der Unterschied der Kontaktverbote zu den Ausgangsbeschränkungen in der Praxis nicht sonderlich groß. Denn auch die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen beschränkten die Fortbewegungsfreiheit kaum, sondern waren der Sache nach vor allem Kontaktverbote.⁶⁸ Sie beeinflussten damit die durch Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG geschützte körperliche Bewegungsfreiheit kaum. Dennoch wurden bereits diese allgemeinen Ausgangsbeschränkungen überwiegend dem Grundrecht der Freiheit der Person unterstellt:

aa) Die Rechtsprechung ist insgesamt wenig ergiebig: Während sich das Bundesverfassungsgericht bislang nur am Rande mit Ausgangsbeschränkungen befassen musste und keine grundrechtliche Zuordnung vorgenommen hat,⁶⁹ gibt es zwar unzählige Entscheidungen der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe sowie vereinzelt der Landesverfassungsgerichte, die aber überwiegend keine grundrechtliche Zuordnung vornehmen und wegen des Prüfungsvorrangs des einfachen Rechts auch nicht vornehmen müssen.

Nur in wenigen Entscheidungen wird Art. 2 Abs. 2 S. 2 bzw. Art. 104 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab für Ausgangsbeschränkungen unterstellt, ohne dies aber näher zu begründen. Dies sind etwa:

- SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 28
- VGH Bayern, NJW 2021, 178 Rn. 45
- OVG Berlin-Brandenburg DVBl. 2020, 775 (776)

⁶⁷ So Lorenz, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 679, der das zu Recht für unstrittig hält, s. die Nachw. dort in Fn. 58.

⁶⁸ Kingreen, Jura 2020, 1019 (1022f.).

⁶⁹ BVerfG, NJW 2020, 1429.

- VG Ansbach, COVuR 2020, 150 Rn. 19

Eher beiläufig vertritt hingegen das OVG Niedersachsen die Meinung, selbst bei nächtlichen Ausgangsbeschränkungen sei nur die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen. Allerdings legt es dann letztlich den strengen Prüfungsmaßstab an, der für Freiheitsbeschränkungen nach Art. 104 Abs. 1 GG gelten und erklärt die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen auf dieser Grundlage für rechtswidrig:

„Die Ausgangsbeschränkung bewirkt einen ganz erheblichen Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit (vgl. zum Nichtvorliegen eines Eingriffs in das Freizügigkeitsrecht nach Art. 11 GG: Senatsbeschl. v. 29.10.2020 - 13 MN 396/20 -, juris Rn. 8; v. 15.10.2020 - 13 MN 371/20 -, juris Rn. 69). Sie hat für die von ihr betroffenen Personen zwar keine freiheitsentziehende Wirkung, die den Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG auslösen würde. Die mit ihr verbundene freiheitsbeschränkende Wirkung ist aber ganz erheblich, denn den betroffenen Personen wird für einen mehrstündigen Zeitraum an jedem Tag das Verlassen der eigenen Wohnung ohne triftigen Grund untersagt. Diese Untersagung kann letztlich auch im Wege des Verwaltungsvollzugs zwangsweise durchgesetzt werden, ungeachtet dessen, dass dies tatsächlich allenfalls punktuell und nicht flächendeckend geschehen könnte.“⁷⁰

Das OVG Niedersachsen bejaht nicht nur eine freiheitsbeschränkende Wirkung (was zur Anwendung von Art. 104 Abs. 1 GG führen müsste), sondern begründet den Eingriff auch in der Sache mit Erwägungen, die – nimmt man die zu Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG ergangene, allerdings offenbar schon wegen der Eilbedürftigkeit nicht aufgegriffene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Maßstab – zur Annahme einer Freiheitsbeschränkung i.S.v. Art. 104 Abs. 1 GG führen müssten, und das selbst nach der strengen Auffassung, die eine gewisse Zwangswirkung fordert.⁷¹

In einem der ersten Hauptsacheverfahren hat sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof näher mit der Frage auseinandergesetzt, ob allgemeine Ausgangsbeschränkungen, die das Verlassen der Wohnung nur aus triftigem Grund erlaubten, als Beeinträchtigung der Freiheit der Person angesehen werden können. Er hat das verneint, „weil keine durch unmittelbaren physischen Zwang oder vergleichbare psychische Zwangseinwirkung hervorgerufene Festhaltung der Normadressaten in ihren Wohnungen“ erfolgt sei.⁷²

⁷⁰ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 37.

⁷¹ Vgl. dazu die Ausführungen unter b).

⁷² BayVerfGH, Entsch. v. 09.02.2021, 6-VII-20, Rn. 64.

bb) Das Meinungsbild im Schrifttum ist einheitlicher. Nur beispielhaft seien erwähnt:

- *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 437: [...] können Rechtsakte wie eine Anordnung, die Wohnung nicht zu verlassen (vgl. § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 InfektionsschutzG) [...] die Verfügungsfreiheit des Einzelnen über sich selbst intensiv beschränken; jedenfalls bei ihnen ist die Freiheit der Person betroffen.“
- *Edenharter*, VerfBlog, 2020/3/19: „Auch in die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG greift die Ausgangssperre intensiv ein, und zwar mittels einer Freiheitsbeschränkung.“
- *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (680) bezogen auf polizeilich angeordneten Ausgangssperren: „Betroffene Anwohner haben vielmehr die Wahl, entweder mehrere Stunden im häuslichen „Arrest“ zu verbringen oder aber die eigene Wohnung mitsamt eigenem Stadtviertel völlig zu meiden. Damit verbunden ist ein intensiver Eingriff in die Schutzbereiche der Grundrechte nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 11 GG.“
- *Kaemmerer/Kunig*, in: von Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 132: „Quarantänemaßnahmen und Ausgangsbeschränkungen [...], die unzweifelhaft Eingriffe in die Freiheit der Person darstellen“ sowie *dies.* Rn 143: „Wird, insbesondere in einer Epidemie, der Bevölkerung untersagt, ihre Häuser (außer zu eng begrenzten Zwecken wie der Versorgung mit Lebensmitteln) zu verlassen, wird damit in die Freiheit der Person eingegriffen. Die Grenze zwischen einem Eingriff in dieses Grundrecht und einem Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 geschützte Recht auf Mobilität ist schwer zu ziehen. Eher letzteres ist betroffen, wenn kein prinzipielles Ausgangsverbot verhängt wird, sondern nur der Aufenthalt im Freien, etwa mit Blick auf die Zahl der Begleitpersonen und deren Abstand, reglementiert wird. Die Freiheit der Person ist beschränkt, wenn der Aufenthalt außerhalb der Wohnung nur für eine begrenzte Zahl von Zwecken gestattet wird.“
- *Papier*, DRiZ 2020, 180 (182): „Die beschlossenen Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen stellen [...] sehr einschneidende und schwerwiegende Grundrechtseingriffe dar. Betroffen sind vor allem die Grundrechte auf Freiheit der Person im Sinne einer Bewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 GG.“
- *Schwarz*, COVuR 2021, 257 (260): „Die in § 28 b Abs. 1 Nr. 2 IfSG normierten Ausgangsbeschränkungen stellen bei sachgerechter Beurteilung Eingriffe in die Bewegungsfreiheit und damit in die Freiheit, den Aufenthaltsort selbst bestimmen zu können.“
- *Wißgott*, VerfBlog 2021/04/24: „Dass die Ausgangsbeschränkung keine Freiheitsbeschränkung sei, lässt sich allerdings nur dann behaupten, wenn man für einen Eingriff einen unmittelbaren Zwang fordert (so Gerichte hier Rn. 46 ff. und hier Rn. 32). Aber: dass das Grundrecht in der ideengeschichtlichen Tradition des *habeas corpus* primär Freiheit vor physischem Zwang bieten sollte, kann nicht dazu führen, andere, vergleichbar schwere Eingriffe abzulehnen. Ein Verstoß gegen § 28b I 1 Nr. 2 IfSG wäre eine Ordnungswidrigkeit (§ 73 Ia Nr. 11c IfSG), für die man bis zu 25.000 Euro Bußgeld zahlen müsste (§ 73 II Hs. 2 IfSG, Einzelheiten nach § 17 OWiG), weil der Entwurf die neuen Ordnungswidrigkeiten nicht in die ausnahmsweise Reduktion der Höhe auf 2.500 Euro nach § 73 II Hs. 1 IfSG aufnimmt. Die Rhetorik rund um die „Notbremse“ und ihre Symbolwirkung dürften zudem auf viele einen darüberhinausgehenden psy-

chischen Druck, die Ausgangsbeschränkung einzuhalten, bewirken. Schließlich ist zu bedenken, dass man sich nach § 74 IfSG strafbar macht, wenn man gegen den § 28b I 1 Nr. 2 IfSG vorsätzlich verstößt und dabei das Corona-Virus „verbreitet.“ Ungeachtet der strafrechtlichen Probleme beim Thema Virus-Übertragung wird der dazu erforderliche Kausalitätsnachweis einer Übertragung in der Praxis kaum zu erbringen sein (*Lorenz/Oğlakcioğlu* in: Kießling, IfSG, 2020, Vor §§ 73 ff. Rn. 19) – die von § 74 IfSG in Aussicht gestellten bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe dürften bei den meisten Leuten aber für Abschreckung sorgen. Spätestens hier wird der Eingriffscharakter evident. Trotzdem einen unmittelbaren, d.h. physischen Zwang zu fordern, würde damit der speziellen Sachlage keinesfalls gerecht (vgl. insb. *Kießling* in: dies., a.a.O., § 28 Rn. 33; allgemein ähnlich *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Bd. III, Art. 104 Rn. 25; *Mehde* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 104 Rn. 67; *Gusy* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 104 Rn. 22/3). Richtigerweise haben Verwaltungsgerichte bei der Prüfung von Ausgangsbeschränkungen immer wieder einen Eingriff in Art. 2 II 2 GG angenommen.“

- Ohne weitere Begründung nehmen im Schrifttum Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab für Ausgangsbeschränkungen an:
 - ✓ *Schmitt*, NJW 2020, 1626 (1626)
 - ✓ *Ziekow* DVBl. 2020, 733 (734)

cc) Für die grundrechtsdogmatische Einordnung der in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen folgt aus alledem: § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG gibt sich schon nach seinem Wortlaut als Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG zu erkennen: Er untersagt grundsätzlich den „Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung und einer Unterkunft“ zwischen 22 bzw. 24 Uhr und 5 Uhr des Folgetages. Wer sich also um 22 und 24 Uhr in einer Wohnung aufhält, wird bis um 5.00 des Folgetages „durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten“⁷³, etwa eine andere Wohnung oder einen bestimmten Ort im Freien. Auch die beiden in Rechtsprechung und Schrifttum diskutierten Einschränkungen des grundrechtlichen Schutzbereichs⁷⁴ greifen, selbst wenn man sie als zutreffend unterstellte, hier nicht:

Erstens: § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG richtet sich explizit gegen die körperliche Bewegungsfreiheit, ist also nicht Bestandteil der allgemeinen Rechtsordnung, in dessen Rahmen das Bundesverfassungsgericht die Freiheit der Person nur gewährleisten möchte.

Zweitens: Nächtliche Ausgangsbeschränkungen berühren nach der vorstehend referierten herrschenden Rechtsprechung und Literatur den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2/Art. 104 Abs. 1 GG.

⁷³ BVerfGE 94, 166 (198).

⁷⁴ S. oben b).

Zwar hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof die in Bayern angeordneten Ausgangsbeschränkungen nicht Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (genauer: dem entsprechenden Grundrecht der Landesverfassung) unterstellt. Das lässt sich aber damit erklären, dass Gegenstand der Prüfung nicht eine nächtliche Ausgangsbeschränkung war, sondern nur die allgemeine Vorgabe, das eigene Haus nicht ohne triftigen Grund zu verlassen. Darin bestand aber keine relevante Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, weil Wohnung und Unterkunft schon allgemein für Besuche, das Einkaufen und die Bewegung an der frischen Luft verlassen werden durften. Insbesondere aufgrund des allgemeinen Bewegungsrechts im Freien führten die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen nicht zu einer relevanten Beschränkung der Freiheit der Person:

„Denn nach § 1 Abs. 5 Buchst. g der angegriffenen Verordnung war das Verlassen der Wohnung zum Zweck der „Bewegung an der frischen Luft“ ausdrücklich erlaubt; somit bestand - letztlich ohne einschränkende Bedingungen - die Möglichkeit, sich von der eigenen Wohnung fortzubewegen. Die beanstandete Ausgangsbeschränkung betraf somit in der Sache nicht das durch Art. 102 Abs. 1 BV geschützte Recht, sich frei bewegen zu können, sondern die Freiheit, sich an jedem beliebigen Ort in Bayern aufhalten zu können. Diese Freiheit wird nicht durch Art. 102 Abs. 1 BV geschützt, sondern durch Art. 109 Abs. 1 BV.“⁷⁵

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof geht in Abgrenzung zur Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG/Art. 109 Abs. 1 BV) zu Recht davon aus, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG/Art. 104 Abs. 1 GG keine allgemeine Freizügigkeits- und Mobilitätsgarantie enthält,⁷⁶ sondern spezifisch vor der staatlichen Anordnung schützt, einen bestimmten Raum nicht zu verlassen. Es ist daher jedenfalls vertretbar, dass allgemeine Ausgangsbeschränkungen, bei denen die triftigen Gründe für Ausnahmen so weit gefasst sind, dass sie letztlich keinen relevanten Zwang entfalten, nicht dem Grundrecht der Freiheit der Person unterstellt werden. Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG kann folglich nur greifen, wenn das Verlassen der Wohnung nicht nur eine allgemeine Rechtfertigungspflicht, sondern auch die Möglichkeit, die triftigen Gründe polizeilich zu kontrollieren, auslöst. Das ist nicht der Fall, wenn die Wohnung zu weitgehend beliebigen Gründen verlassen werden kann und Kontrollen schon deshalb unterbleiben, weil stets ein Grund für den Aufenthalt im öffentlichen Raum geltend gemacht werden kann und sich daher unzählige Menschen im Freien aufhalten. Die körperliche Fortbewegungsfreiheit wird also nicht in relevantem Umfang beschränkt.

⁷⁵ BayVerfGH, Entsch. v. 09.02.2021, 6-VII-20, Rn. 64. S. schon *Kingreen*, Jura 2020, 1019 (1023): „Die allgemeinen Ausgangsbeschränkungen führten [...] nicht dazu, dass Menschen in ihren Wohnungen unter Androhung polizeilichen Zwangs eingesperrt wurden. Vielmehr konnte man das eigene Zuhause insbesondere für sportliche und andere Freizeitaktivitäten ohne weitere Begründung verlassen.“

⁷⁶ Zu dieser allgemeinen Ansicht *Lorenz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 680.

Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen beschränken die triftigen Gründe für den Aufenthalt im öffentlichen Raum hingegen so weitgehend, dass die Normadressaten tatsächlich in ihrer Wohnung bleiben müssen. Damit wird ihre Fortbewegungsfreiheit erheblich eingeschränkt. Die Ausnahmetatbestände in lit. a)-f) beschränken sich letztlich auf Notfälle und bestimmte berufliche Aktivitäten, sofern diese nicht ohnehin untersagt sind. Lediglich im Zeitraum zwischen 22 und 24 Uhr ist die Beeinträchtigung etwas geringer. Es reicht nach lit. g) der Wunsch nach körperlicher Bewegung, aber schon die Fortbewegung mit dem eigenen Kraftfahrzeug und öffentlichen Verkehrsmitteln ist nicht gestattet. Das führt dazu, dass anders als bei allgemeinen Ausgangsbeschränkungen sich nur wenige Menschen im Freien aufhalten können und daher die Einhaltung der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen auch kontrolliert werden kann. Damit entsteht die Zwangswirkung, die Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG nach allgemeiner Ansicht fordert.⁷⁷ Insoweit wäre es sogar zulässig und praktikabel, selbst unmittelbaren physischen Zwang einzusetzen, wenn Personen, die sich rechtswidrigerweise nachts außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft aufhalten, einer Kontrolle der Polizei- und Ordnungsbehörden entziehen würden. Bereits diese Möglichkeit sowie die Furcht vor einem Bußgeld dürften die meisten rechtstreuen Bürgerinnen und Bürger davon abhalten, ihre Wohnung zu verlassen.

d) Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses

Vor dem Hintergrund dieses insgesamt konsolidierten Meinungsstands zur grundrechtsdogmatischen Einordnung der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen ist es einigermaßen überraschend, dass die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG lediglich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ansehen möchte:

„Insbesondere liegt auch kein Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 und Artikel 104 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz vor. Auch in der gerichtlichen Praxis wird von einem (erheblichen) Eingriff in die durch Artikel 2 Absatz 1 Grundgesetz geschützte allgemeine Handlungsfreiheit ausgegangen, siehe etwa OVG Lüneburg, Beschluss vom 6.4.2021 – 13 ME 166/21.“⁷⁸

Diese Passage war in der ursprünglichen Gesetzesbegründung der Koalitionsfraktionen⁷⁹ nicht enthalten. Der Gesundheitsausschuss hat sie aufgegriffen, nachdem in der Anhörung

⁷⁷ S. oben b).

⁷⁸ BT-Drucks. 19/28732, 17f.

⁷⁹ Dort hatte es geheißen: „Es handelt sich vorliegend nicht um eine Freiheitsentziehung, sondern lediglich um eine Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit zu regelmäßigen Ruhens- und Schlafenszeiten, die sich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit auswirkt“ (BT-Drucks. 19/28444, 12). Dazu mit Recht kritisch

des Gesundheitsausschusses am 16.04.2021 die Sachverständigen *Kießling*, *Kingreen* und *Möllers* die Auffassung vertreten hatten, dass die Ausgangsbeschränkungen die Freiheit der Person tangieren.⁸⁰

Es ist schon rechtspolitisch befremdlich, dass die Ausschussmehrheit eine Beschlussempfehlung, die immerhin auch der genetischen Auslegung der Norm, also der Ermittlung des Willens des Gesetzgebers dient, in einen anwaltlichen Schriftsatz umfunktioniert. Weder der Deutsche Bundestag noch einer seiner Ausschüsse haben jedenfalls die Befugnis zur autoritativen Interpretation der Grundrechte. Auch in der Sache handelt es sich um einen durchsichtigen Versuch, die von nächtlichen Ausgangssperren ausgehenden erheblichen Freiheitsbeeinträchtigungen zu verharmlosen:

- (1) Zunächst ist zwar richtig, dass die zitierte Entscheidung des OVG Niedersachsen hier von einem Eingriff nur in Art. 2 Abs. 1 GG spricht, der Sache nach aber einen Eingriff in die Freiheit der Person annimmt.⁸¹ Dass die Gesetzesbegründung hier ausgerechnet nur eine Entscheidung anführen kann, die die nächtliche Ausgangsbeschränkung gerade wegen der mit ihr einhergehenden erheblichen Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit für rechtswidrig erklärt hat, dokumentiert, dass es nicht so einfach ist, Quellen zu finden, die diese Rechtsauffassung stützen.
- (2) Der Gesetzgeber selbst behandelt schon allgemeine (also nicht nur nächtliche) Ausgangsbeschränkungen in § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG wegen der hohen Grundrechtsrelevanz in einem „Atemzug“ mit Beschränkungen der Religions- und Versammlungsfreiheit und von Besuchsrechten in Einrichtungen. § 28a Abs. 2 S. 1 IfSG stellt verschärfte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der dort genannten Maßnahmen und verlangt insbesondere, dass diese nur ergriffen werden dürfen, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre. Diese qualifizierte Anforderung an Ausgangsbeschränkungen wäre nicht erforderlich, wenn es sich bei ihnen „nur“ um Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG handeln würde. Ausgerechnet das in der Gesetzesbegründung zitierte OVG Niedersachsen hat die nächtlichen Ausgangsbe-

Wißgott, VerBlog 2021/04/24: „Die Aussage muss irritieren – immerhin ist die persönliche Bewegungsfreiheit Inhalt des klassischen Schutzbereichs der Freiheit der Person, und dies auch nachts.“

⁸⁰ Die Stellungnahmen können auf der Seite des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages abgerufen werden: <https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NIL2ExNC9hbmhvZXJ1bmdlbi84MzQwMjYtODM0MDI2&mod=mod795762>

⁸¹ Dazu schon oben c).

schränkungen in Niedersachsen wegen dieser erhöhten Anforderungen für rechtswidrig erklärt⁸² – was die Gesetzesbegründung leider verschweigt.

- (3)** Auch die Gesetzesbegründung zu § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG hatte auf die besondere Grundrechtssensibilität schon der allgemeinen Ausgangsbeschränkungen hingewiesen:

„Der neue Absatz 2 nimmt grundrechtsdeterminiert eine materielle Eingrenzung von Schutzmaßnahmen im Hinblick auf die spezifische Eingriffsintensität vor.“ [...] „Die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach Absatz 1 Nummer 3, wonach das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder Zwecken zulässig ist, ist aufgrund der erheblichen Eingriffsintensität in Individualgrundrechte nur nach den qualifizierten Voraussetzungen nach Absatz 2 Satz 1 möglich.“⁸³

Der Gesetzgeber müsste also zumindest begründen, warum im April 2021 nicht mehr gelten soll, was er im November 2020 noch selbst für richtig gehalten hat.

- (4)** Dass der Gesetzgeber seiner eigenen Begründung nicht so recht traut, zeigt aber vor allem die Tatsache, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG als eingeschränktes Grundrecht wegen des Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) sogar genannt wird (§ 28b Abs. 11 IfSG). Wären nächtliche Ausgangsbeschränkungen keine Eingriffe in die Freiheit der Person, wäre das überflüssig, denn keine der anderen Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG betrifft Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

Insgesamt vermag daher die Gesetzesbegründung die Auffassung, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen die Freiheit der Person tangieren, nicht zu erschüttern. Der etwas ungelencke Versuch, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ohne jede Begründung für irrelevant zu erklären, muss eher so verstanden werden, dass auch dem Gesetzgeber bewusst ist, dass die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG das nicht überwindbare verfassungsrechtliche Problem auslöst, dass Freiheitsbeschränkungen unmittelbar durch Gesetz verfassungswidrig sind.⁸⁴

e) Zwischenergebnis

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG berührt den Schutzbereich des Grundrechts der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG).

⁸² OVG Niedersachsen, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 18ff.

⁸³ BT-Drucks. 19/24334, 73.

⁸⁴ Dazu unten C. I. 2.

2. Eingriff: Freiheitsbeschränkung

Art. 104 GG enthält in Abs. 1 allgemeine Vorgaben für alle Freiheitsbeschränkungen und in Abs. 2-4 speziell für Freiheitsentziehungen. „Beschränkung“ und „Entziehung“ stehen also in einem gestuften Verhältnis⁸⁵ zueinander:

„Freiheitsbeschränkung (Art. 104 Abs. 1 GG) und Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 GG) grenzt das Bundesverfassungsgericht nach der Intensität des Eingriffs ab. Freiheitsentziehung ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung (vgl. BVerfGE 10, 302 [323]). Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist. Der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt nur in Betracht, wenn die -- tatsächlich und rechtlich an sich gegebene -- körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.“⁸⁶

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG beeinträchtigt die körperliche Bewegungsfreiheit, ohne sie aber gänzlich zu entziehen, weil es nach wie vor einige wenige triftige Gründe gibt, die Wohnung/Unterkunft zu verlassen. Daher liegt keine Freiheitsentziehung, sondern lediglich eine Freiheitsbeschränkung vor.

Diese Freiheitsbeeinträchtigung ist aber erheblich wie sich aus den vielen Hinweisen der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer aus der beigefügten Tabelle (**Anlage 2**) ersehen lässt:

- Ehepartner können nach 22 Uhr keine gemeinsamen Spaziergänge machen. Dies kommt aber gerade bei beruflich stark eingespannten Personen wie den Beschwerdeführern häufig vor, ebenso bei Eltern, da die Kinder erst dann im Bett sind.
- Die Ausgangsbeschränkung gilt selbst in dünn besiedelten Gebieten, in denen es sehr unwahrscheinlich ist, einer anderen Person auf der Straße zu begegnen.
- Die Regelung, wonach ein Spaziergang nur allein erfolgen darf, diskriminiert Frauen und gebrechliche Personen, die sich aus Angst vor Übergriffen nicht mehr nach 22.00 Uhr allein auf die Straße trauen bzw. wegen der Gefahr vor Stürzen begleitet werden müssen.
- Kommt jemand von einer Reise (wie häufig bei Mandatsträgern), ist es unzulässig, dass eine andere Person – selbst aus dem gleichen Haushalt – diese Person abholt.

⁸⁵ So *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 18.

⁸⁶ BVerfGE 105, 239 (248).

- Es ist unklar, ob es zulässig ist, nachts mit einem Baby spazieren zu gehen.
- Eine Beschwerdeführerin leidet an einer rheumatischen Erkrankung, die sie nachts durch Spaziergänge lindert.
- Ein Beschwerdeführer hat das Hobby Fotografie/Astrofotografie. Dazu benötigt er totale Dunkelheit in möglichst ländlichen Gegenden und ist dabei vollkommen allein.

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe

I. Gesetzesvorbehalte

1. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG

Kontaktbeschränkungen i.S.v. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG sowie Kontakte verhindernde nächtliche Ausgangsbeschränkungen i.S.v. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG können als Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch alle Gesetze erfolgen, die zur verfassungsmäßigen Ordnung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG gehören.⁸⁷ Spezifische verfassungsrechtliche Problem gibt es insoweit nicht.

Eingriffe in Art. 6 Abs. 1 GG sind – weil es sich um ein schrankenloses Grundrecht handelt – zwar nur zulässig, soweit sie dem Schutz kollidierender Verfassungsgüter dienen; auch das ist hier aber im Hinblick auf den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) unproblematisch.

2. Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG

Anders ist das bei den als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2/Art. 104 Abs. 1 GG zu qualifizierenden nächtlichen Ausgangsbeschränkungen. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG erlaubt Eingriffe in die Freiheit der Person „nur auf Grund eines Gesetzes“ und Art. 104 Abs. 1 GG nur „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift aber unmittelbar durch Gesetz in die Freiheit der Person ein. Im Schrifttum ist zwar umstritten, ob der terminologische Unterscheidung in den Grundrechtstatbeständen zwischen „durch Gesetz“ oder „auf Grund eines Gesetzes“ einen sachlichen Unterschied begründet, ob also dort, wo ein Eingriff nur „auf Grund eines Gesetzes“ erfolgen darf, ein Eingriff unmittelbar durch Gesetz verboten ist.⁸⁸

⁸⁷ BVerfGE 97, 228 (269; 120, 180 (201)).

⁸⁸ Dafür: *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, Rn. 583ff.; dagegen: *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1 Rn. 42.

Aber auch soweit der Unterschied für irrelevant erklärt wird, wird darauf hingewiesen, dass für Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG aufgrund der Verfahrensregelung des Art. 104 Abs. 1 GG Anderes gelte.⁸⁹ Im Schrifttum wird daher ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass ein Eingriff in die Freiheit der Person unmittelbar durch Gesetz unzulässig bzw. unvorstellbar sei:⁹⁰

- *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2020] Rn. 42: „In Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darf gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen eingegriffen werden. Die Verwendung des Wortes ‚nur‘ weist darauf hin, dass weder die Verwaltung noch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in dieses Grundrecht eingreifen dürfen. Die Formulierung ‚auf Grund‘ schließt Eingriffe unmittelbar durch Gesetz aus. Anders als beispielsweise in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG fehlt hier nämlich der Vorbehalt des Eingriffs ‚durch Gesetz‘.“
- *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 119: „Eine Beschränkung unmittelbar durch Gesetz ist unzulässig.“
- *Kaemmerer/Kunig*, in: von Münch/Kunig/Kaemmerer/Kotzur (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 145: „Damit ist jedoch lediglich verfügt, dass ein Gesetz unmittelbar rechtsgestaltend in eine grundrechtlich geschützte Position eingreifen kann – was bei den Rechten auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person schwerlich vorstellbar ist: Gesetze können nicht unmittelbar töten, verletzen oder gefangen nehmen; es bedarf hier stets einer Durchführungshandlung, zu der das Gesetz ermächtigt, die mithin ‚aufgrund eines Gesetzes‘ ergeht.“
- *Mehde*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Art. 104 [2020] Rn. 41: „Jedenfalls die Freiheitsentziehung ist also nur mit einem Entscheidungsanteil aller drei Staatsgewalten denkbar, die Beschränkung als solche kann im Zusammenspiel von Gesetzgebung und exekutiver Gesetzesanwendung – mit der anschließenden Möglichkeit der justiziellen Kontrolle (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) – erfolgen.“
- *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 106: „Auch ist eine Beschränkung der Freiheit der Person unmittelbar durch Gesetz unzulässig.“
- *Schwarz*, COVuR 2021, 257 (260): „In der Konsequenz dieses Befundes begegnet das Gesetz insofern schon deshalb Bedenken, weil Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 GG formell nur „auf Grund“ eines Gesetzes zulässig sind. Die mit der Novellierung aber einhergehenden Eingriffe erfolgen ohne weitere verfahrensrechtliche Kautelen unmittelbar kraft Gesetzes, was schon mit dem Wortlaut der Verfassung unvereinbar ist.“
- *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 198: „‘Auf Grund eines Gesetzes‘ heißt, dass der Staat nicht unmittelbar durch Gesetz in die Rechte eingreifen darf, sondern ein abstrakt generelles Gesetz Grundlage für einen administrativen oder richterlichen Eingriff sein muss.“

⁸⁹ So ausdrücklich *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1 Rn. 42 und Art. 2 Rn. 119.

⁹⁰ Neben den im Folgenden Zitierten vertreten dies noch: *Grabitz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 1. Aufl. 1989, § 130 Rn. 17 und *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht Band IV/1, 2006, § 106 S. 1105f.

- *Wißgott*, VerfBlog 2021/04/24: „Wird ein Grundrecht *durch* Gesetz eingeschränkt, vollzieht das Gesetz den Eingriff selbst; bei einer Einschränkung *auf Grund* eines Gesetzes ist eine weitere Stelle zwischengeschaltet (vgl. *Jarass* in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vor Art. 1 Rn. 42). Das mag wie abstrakte Begriffsjurisprudenz klingen, allerdings sollten die Unterschiede in der Sache aber nicht aus den Augen geraten. Beide Formeln eint, dass die den einen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt normieren. Die „auf Grund“-Formel hat aber einen darüberhinausgehenden Bedeutungsgehalt: die Legislative soll in dieser Formulierung nicht absolute Verfügungsgewalt über den Eingriff erhalten. Vielmehr wird die Freiheit auch ihr gegenüber abgesichert, indem keine selbstvollziehenden Gesetze erlassen werden dürfen – *checks and balances* im besten Sinne.“

Es gibt zwar vereinzelte Gegenstimmen, die allerdings auch eher dahingehend argumentieren, dass die Konstellation, dass unmittelbar durch Gesetz in die Freiheit der Person eingegriffen wird, gar nicht vorstellbar sei.⁹¹

Für einen Verwaltungsvollzugsvorbehalt⁹² („auf Grund eines förmlichen Gesetzes“) sprechen hier entscheidend und auch im Unterschied zu allen anderen Grundrechten, die die Wendung „auf Grund eines Gesetzes“ verwenden, die besonderen Verfahrensanforderungen in Art. 104 GG. Art. 104 GG begründet einen Grundrechtsschutz durch Verfahren. Er verpflichtet die Exekutive, bei allen Beschränkungen die im Gesetz „vorgeschriebenen Formen“ (Abs. 1 S. 1) zu beachten und schreibt bei Freiheitsentziehungen eine vorherige richterliche Entscheidung vor. Art. 104 GG setzt also eine funktionale Gewaltenteilung bei der Entscheidung über Freiheitsbeschränkungen voraus. Das Bundesverfassungsgericht betont daher zu Recht die besondere Bedeutung von Art. 104 GG für den materiellen Grundrechtsschutz:

„Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistet jedermann „die Freiheit der Person“ und nimmt einen hohen Rang unter den Grundrechten ein. Das kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG die Freiheit der Person als ‚unverletzlich‘ bezeichnet, Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ihre Beschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässt und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG besondere Verfahrensgarantien für ihre Beschränkung statuiert.“⁹³

Der Verwaltungsvollzugsvorbehalt soll mithin gewährleisten, dass Entscheidungsprozesse über Freiheitsbeschränkungen nach bestimmten grundrechtsschonenden Verfahrensvorgaben (insbesondere in Gestalt von Anhörungspflichten) ablaufen; damit soll vor allem auch sichergestellt werden, dass Besonderheiten des Einzelfalls ermittelt und dann ggfs. auch berücksichtigt werden können. Daher setzt Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ein Gesetz mit „vorgeschrie-

⁹¹ *Lorenz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2015] Rn. 747 und *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 27.

⁹² Begriff: *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, Rn. 583ff.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020, 2 BvR 636/12 Rn. 221.

benen Formen“ voraus, die so wichtig sind, dass ihnen hier sogar Verfassungsrang zukommt.⁹⁴ Im Schrifttum wird sogar teilweise vertreten, dass Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG einen Verfassungsauftrag zur Schaffung verfahrensrechtlicher Voraussetzungen begründet.⁹⁵ Dieser grundrechtliche Verfahrensschutz in Gestalt der „vorgeschriebenen Formen“ ist in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG nicht vorgesehen, weil gar keine Behörde die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung im Einzelfall prüft. Wenn also der Eingriff unmittelbar durch Gesetz erfolgt, entfällt das Verwaltungsverfahren, das Freiheitsbeschränkungen im Einzelfall auf ihre Tragfähigkeit hin überprüft.

Nichts anderes gilt für den Richtervorbehalt in Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG. Ließe man Eingriffe unmittelbar durch Gesetz zu, würde über Zulässigkeit einer Freiheitsentziehung kein Richter mehr entscheiden und könnte auch keine Person des Vertrauens mehr hinzugezogen werden (Art. 104 Abs. 4 GG):

„Gewollt ist gerade das ergänzende und verstärkende Zusammenwirken von Gesetzes- und Richtervorbehalt: Das Gesetz legt die allgemeinen Voraussetzungen hinreichend bestimmt fest, der Richter prüft am Maßstab des Gesetzes den Einzelfall. Dabei ist er zu einer Auslegung verpflichtet, die auf eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung zielt.“⁹⁶

Ein Eingriff unmittelbar durch Gesetz unterbindet aber nicht nur den in Art. 104 GG vorgesehenen Grundrechtsschutz durch Verfahren, sondern er schwächt auch den gerichtlichen Rechtsschutz.⁹⁷ Es wird verhindert, dass über die Freiheitsbeschränkung im Einzelfall zunächst die Fachgerichte entscheiden, die namentlich prüfen können, ob die in der gesetzlichen Grundlage enthaltenen formellen und materiellen Vorgaben eingehalten wurden. Es bleibt nur der Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht.

Die Auslegung der Wendung „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ in Art. 104 Abs. 1 GG steht damit paradigmatisch für das grundsätzliche Problem des Formenmissbrauchs durch § 28b IfSG. Er bewirkt eine Gewaltenverschiebung, die sich unmittelbar auf die Effektivität des Grundrechtsschutzes auswirkt. Der Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)

⁹⁴ Vgl. für diese allgemeine Ansicht nur BVerfGE 105, 239 (247): „Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn für alle Freiheitsbeschränkungen, indem er neben der Forderung nach einem förmlichen Gesetz die Pflicht, die sich aus diesem Gesetz ergebenden Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt;“ aus dem Schrifttum *Radtke*, in: *Ep-ping/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK GG*, Art. 104 [2020] Rn. 17.

⁹⁵ So etwa *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 35 und *Kunig/Saliger*, in: von Münch/Kunig/Kotzur/Kaemmerer (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar* Bd. II, 7. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 17.

⁹⁶ *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 2 Abs. 2 S. 2 [2020] Rn. 42.

⁹⁷ *Michael/Morlok*, *Grundrechte*, 7. Aufl. 2019, Rn. 584.

ist „auf die gegenseitige Mäßigung und Kontrolle der Staatsorgane ausgerichtet“ und erfüllt insoweit „auch grundrechtsschützende Funktionen“.⁹⁸ Art. 104 GG konkretisiert diese grundfreiheitsschützende Funktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes dadurch, dass er Freiheitsbeschränkungen nicht allein dem Gesetzgeber überlässt, sondern einem durch die Exekutive durchzuführenden Verwaltungsverfahren; bei Freiheitsentziehungen wird mit dem Richterbehalt eine weitere Schutzebene eingezogen. Der Schutz, den Art. 104 GG vor Freiheitsbeschränkungen gewährleistet, ist also vor allem verfahrensrechtlicher Natur, und das Medium dieses Schutzes ist die Funktionsteilung zwischen den drei Gewalten.⁹⁹ Der Einzelne wird durch eine fein austarierte Funktionenteilung zwischen den drei Staatsgewalten vor unbotmäßigen Eingriffen in seine körperliche Bewegungsfreiheit geschützt. Im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive geht es dabei vor allem darum, dass zwar der parlamentarische Gesetzgeber die grundrechtswesentlichen Fragen regeln und dabei auch zwischen unterschiedlichen Rechtsgütern abstrakt abwägen muss, dass aber die ausführenden Behörden gerade die Abwägung im Einzelfall vornehmen. Diese fällt hier durch die Ausschaltung der Exekutive komplett aus.¹⁰⁰

Mit dem Eingriff unmittelbar durch Gesetz negiert der Gesetzgeber die machtbegrenzende und damit freiheitsschützende Funktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Mit der extrem kleinteiligen Regelung in § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG schaltet der Gesetzgeber die Gesetzesanwendung durch die Exekutive aus; das Parlament ist hier Gesetzgeber und Polizeibehörde zugleich.¹⁰¹ Eben deshalb lassen Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG Eingriffe nur aufgrund eines Gesetzes zu.

Es ist daher festzuhalten, dass § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG schon deshalb verfassungswidrig ist, weil er entgegen Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG die Freiheit der Person unmittelbar durch Gesetz und damit unter Ausschluss der prozeduralen und fachgerichtlich-prozessualen Schutzmechanismen beschränkt.

II. Verhältnismäßigkeit der Eingriffe

Die Frage der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe stellt sich damit nur noch im Hinblick auf die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG verfüigten Kontaktbeschränkungen. Gleichwohl wird nachfolgend hilfsweise auch stets die Verhältnismäßigkeit von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG behandelt,

⁹⁸ BVerfGE 95, 1 (17).

⁹⁹ Ebenso *Wißgott*, VerfBlog 2021/04/24.

¹⁰⁰ Zu diesem Problem noch näher unten II. 2. c) bb).

¹⁰¹ Vgl. den Titel von *Volkmann*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 20.04.2021.

obwohl dieser schon wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verfassungswidrig ist. Dabei wird zunächst der Prüfungsmaßstab für die gerichtliche Kontrolle entfaltet (1.), um auf dieser Grundlage die Verhältnismäßigkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen (2.) und der Kontaktbeschränkungen (3.) zu prüfen.

1. Maßstab

Eingriffe in die Grundrechte sind nur verfassungsgemäß, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, den das Bundesverfassungsgericht teilweise aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG),¹⁰² teilweise aus dem „Wesen der Grundrechte“¹⁰³ ableitet. Dieser verlangt zunächst, dass die Eingriffe ein legitimes Ziel verfolgen, was hier mit dem Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) unzweifelhaft der Fall ist. Die Eingriffe müssen zudem geeignet, erforderlich und angemessen sein.

a) Art und Umfang des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers

Insbesondere die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit wird maßgeblich durch Art und Umfang des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers bestimmt. Das Bundesverfassungsgericht macht ihn allgemein „von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“¹⁰⁴ abhängig.

Der genauere Umfang des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers hängt vom konkreten Sachbereich ab. Bei den hier in Rede stehenden Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen ist vor allem maßgebend, wie intensiv die Anforderungen an die Ermittlung der Wirksamkeit der Einzelmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und des Lebens sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer bereits in der Frühphase der Pandemie ergangenen Entscheidung den Korridor für den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers wie folgt umschrieben:

„Wenn wie hier die Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger in unterschiedliche Richtung weisen, haben der Gesetzgeber und auch die von ihm zum Verordnungserlass ermächtigte Exekutive nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG von Verfassung wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte. Im vorliegenden Fall besteht dabei wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage auch ein tatsächlicher Einschätzungsspielraum. Freilich kann dieser Spielraum mit der Zeit – etwa wegen be-

¹⁰² Etwa BVerfGE 80, 109 (120).

¹⁰³ BVerfGE 76, 1 (50f.).

¹⁰⁴ BVerfGE 109, 279 (336).

sonders schwerer Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden.“¹⁰⁵

Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers wird daher auf der einen Seite durch den Grad der Grundrechtsbeeinträchtigungen beeinflusst. Diese sind hier besonders schwerwiegend, weil § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG fundamentale Bedürfnisse zwischenmenschlicher Kontakte und menschlicher Fortbewegung in einem erheblichen Umfang verbieten und § 73 Abs. 1a Nr. 11b und 11c IfSG Verstöße hiergegen mit Sanktionen bedrohen. Auf der anderen Seite kommt es darauf an, welche Erkenntnisse über das Virus und die Effektivität einzelner Schutzmaßnahmen der Gesetzgeber hat bzw. zumutbar erlangen kann. Dabei wird man dem Gesetzgeber einen eher großen Spielraum einräumen müssen, weil die wissenschaftlichen Erkenntnisse über das Virus und den Verlauf der Pandemie nach wie vor von erheblicher Unsicherheit und Dynamik geprägt sind.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber muss auch berücksichtigen, dass das Leben „innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert“¹⁰⁷ darstellt, der zwar einschränkbar und der Abwägung zugänglich ist, aber aufgrund der überragenden Bedeutung des Schutzguts auch erhebliche Freiheitseingriffe legitimiert. Die Pandemie lässt sich nur bewältigen, wenn man dem Gesetzgeber eine erhebliche Prerogative bei der Abwägung zwischen dem Schutz von Leben und Gesundheit auf der einen und den individuellen Freiheitsrechten auf der anderen Seite einräumt.

b) Nachvollzug der tatsächlichen Grundlagen und der wissenschaftlichen Methodik

Die Anerkennung einer Prerogative des Gesetzgebers billigt diesem einen Entscheidungsspielraum zu, entbindet ihn aber nicht davon, seine Entscheidungen auf eine nachvollziehbare Grundlage zu stellen und im Lichte neuer Erkenntnisse immer wieder zu überprüfen. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle kann daher die tatsächlichen Grundlagen und die wissenschaftliche Methodik nachvollziehen, die das gesetzgeberische Konzept tragen. Der Gesetzgeber ist gehalten, die tatsächlichen und wissenschaftlichen Grundlagen für seine Entscheidung zusammenzutragen und zu gewichten; er darf dabei weder in tatsächlicher noch in wissenschaftlicher Hinsicht selektiv vorgehen. Das Bundesverfassungsgericht prüft daher

„ob der Gesetzgeber seine Entscheidung auf möglichst vollständige Ermittlungen gestützt oder ob er relevante Tatsachen übersehen hat.“¹⁰⁸

¹⁰⁵ BVerfG, NVwZ 2020, 876 Rn. 10.

¹⁰⁶ Dazu *Trute*, GSZ 2020, 93.

¹⁰⁷ BVerfGE 49, 24 (53); 115, 118 (139).

¹⁰⁸ BVerfGE 106, 148 (151).

Verfassungsrechtlich gefordert ist zudem, dass sich die getroffenen Entscheidungen mit einer gewissen Schlüssigkeit aus den sachgerecht ermittelten tatsächlichen Gegebenheiten und dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ableiten lassen. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei der Bemessung der Regelsätze für die Grundsicherung trotz Anerkennung eines weiten Gestaltungsspielraums „eine Kontrolle der Grundlagen und der Methode der Leistungsbemessung“ aufgegeben und betont:

„Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch deshalb auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums, weil eine Ergebniskontrolle am Maßstab dieses Grundrechts nur begrenzt möglich ist. Um eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Nachvollziehbarkeit des Umfangs der gesetzlichen Hilfeleistungen sowie deren gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten, müssen die Festsetzungen der Leistungen auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren tragfähig zu rechtfertigen sein.“¹⁰⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat daher geprüft, ob der Gesetzgeber

„im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat.“¹¹⁰

Nach dem gesetzlichen Konzept kommt dabei dem Robert-Koch-Institut eine zentrale Bedeutung zu. Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IfSG hat es als „nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen“ (§ 4 Abs. 1 S. 1 IfSG) u. a. die Aufgabe, im Benehmen mit den jeweils zuständigen Bundesbehörden für Fachkreise als Maßnahme des vorbeugenden Gesundheitsschutzes Richtlinien, Empfehlungen, Merkblätter und sonstige Informationen zur Vorbeugung, Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten zu erstellen und die Daten zu meldepflichtigen Krankheiten und meldepflichtigen Nachweisen von Krankheitserregern infektionsepidemiologisch auszuwerten. Die Einschätzungen und Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts werden daher in der nachfolgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Beurteilung fachwissenschaftlicher Fragen wie der Bedeutung der Sieben-Tage-Inzidenz und der Freistellung von vollständig Geimpften von den hier angegriffenen Schutzmaßnahmen, primär herangezogen. Aber der Gesetzgeber muss auch sonstige fachwissenschaftliche Diskurse und Erfahrungen mit Schutzmaßnahmen in seine Entschei-

¹⁰⁹ BVerfGE 125, 175 (226).

¹¹⁰ BVerfGE 125, 175 (226).

dungen einbeziehen, soweit sie sich zu konkreten Handlungsempfehlungen verdichten lassen oder Zweifel an der Einschätzung des Robert-Koch-Instituts begründen. Jeweils kann und muss das Bundesverfassungsgericht angesichts der Intensität der Grundrechtseingriffe kontrollieren, ob der Gesetzgeber diese Erkenntnisse in sein Normprogramm aufgenommen hat.

c) Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht

Schließlich kann man dem Gesetzgeber abverlangen, dass er auf die Veränderung wissenschaftlicher Erkenntnisse hinsichtlich der vom Virus ausgehenden Gefahren und der Eignung seiner Schutzmaßnahmen jeweils zeitnah reagiert, um die Schäden für die Freiheit in Grenzen zu halten. Das erlegt ihm vor allem eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht, die das Bundesverfassungsgericht vor allem profiliert, wenn sich die Effektivität von Schutzmaßnahmen nur begrenzt vorhersehen lässt:

„Es gehört zu den Aufgaben des parlamentarischen Gesetzgebers, mögliche Missstände zu ermitteln, die sich aus der Anwendung von Gesetzen ergeben [...]. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass sich die Eignung und die Auswirkungen gesetzgeberischer Maßnahmen zum Schutz des Bauhandwerks vor Zahlungsausfällen nur in begrenztem Umfang vorhersagen lassen. Dies gilt auch für die Wechselwirkungen verschiedener Sicherungsmittel. Gerade wegen solcher prognostischen Unwägbarkeiten steht dem Gesetzgeber ein besonderer Gestaltungsspielraum zu. Daraus folgt aber auch die Pflicht, die weitere Entwicklung umso sorgfältiger zu beobachten und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen.“¹¹¹

Dies ist gerade in COVID-19-Pandemie der Fall, denn der Gesetzgeber handelt in einem dynamischen Umfeld, muss auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse reagieren und daher die Auswirkungen seiner Maßnahmen immer wieder überprüfen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die breitflächigen und teilweise tiefgehenden Freiheitseinschränkungen, die mit zunehmender Kenntnis über das Coronavirus Sars-CoV-2 immer besser und neu im Lichte der wissenschaftlichen Erkenntnisse begründet werden müssen.¹¹² Aktuell zeigt sich dies am Umgang mit Geimpften und Genesenen; hier verdichten sich – wie noch auszuführen sein wird¹¹³ – die wissenschaftlichen Erkenntnisse, dass von ihnen keine nennenswerte Infektionsgefahr mehr ausgeht.

¹¹¹ BVerfG, NJW 2011, 1578 (1582).

¹¹² Vgl. auch OVG Niedersachsen, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 30.

¹¹³ Vgl. unten 3. c).

d) Rechtsprechung und rechtswissenschaftliches Schrifttum

Zur näheren Konkretisierung dieses gerichtlichen Kontrollprogramms können bei Einzelfragen (insbesondere bei der Beurteilung der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen¹¹⁴) auch die bereits ergangene Rechtsprechung der Obergerichtspräsidenten bzw. Verwaltungsgerichtshöfe sowie das rechtswissenschaftliche Schrifttum herangezogen werden.

e) Konsequenzen für die Reichweite des Antrags der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen halten es für das zentrale Anliegen der Bekämpfung der Pandemie, Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und das Gesundheitssystem und das ärztliche und pflegerische Personal vor Überlastung zu schützen. Sie wenden sich aber gegen freiheitsbeschränkende Schutzmaßnahmen, die sich nicht aus den für den Gesetzgeber handlungsleitenden wissenschaftlichen Erkenntnissen ableiten lassen.

2. Nächtliche Ausgangsbeschränkungen, § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG

Am Maßstab des unter 1. entwickelten verfassungsgerichtlichen Kontrollprogramms für die Schutzmaßnahmen gegen das Virus erweisen sich nächtliche Ausgangsbeschränkungen als nicht verhältnismäßig. Zur Begründung wird im Folgenden die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Methodik auf ihre Schlüssigkeit hin überprüft (dazu a)). Nachfolgend wird der Meinungsstand in der Rechtsprechung und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zusammengetragen (b)). Abschließend werden die gewonnenen Erkenntnisse dann in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt (c)). Dabei ist zu betonen, dass in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die auch für die Beurteilung der Kontaktbeschränkungen relevanten Fragen der Geeignetheit der Inzidenzwerte und der Freistellung der Geimpften noch nicht enthalten sind, weil die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen unabhängig davon unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig sind.

a) Nachvollzug der wissenschaftlichen Methodik

aa) In der Gesetzesbegründung aufgeführte Studien

In der Begründung ihrer Formulierungshilfe verweist die Bundesregierung auf drei Studien, welche die Wirksamkeit von Ausgangsbeschränkungen belegen sollen.¹¹⁵ Sie sind daher der

¹¹⁴ Dazu unten 2. b).

¹¹⁵ BT-Drucks. 19/28444, 12.

Ausgangspunkt für das gerichtliche Kontrollprogramm. Dabei besteht die Schwierigkeit darin, dass sich der Gesetzgeber noch nicht einmal die Mühe gemacht hat, die Studien methodisch einzuordnen. Es wird einfach nur behauptet, dass diese Studien den Nachweis führten, das Virus wirksam einzudämmen. Bei einer näheren Analyse zeigt sich allerdings, dass keine der Studien diese Schlussfolgerung so eindeutig belegen kann:

- (1) Die Studie „Sharma et al., Understanding the effectiveness of government interventions in Europe’s second wave of COVID-19“¹¹⁶ hat nur eine sehr begrenzte Aussagekraft zur Effektivität von Ausgangsbeschränkungen. Die Autoren der Studie stellen zwar einen statistisch nachweisbaren Effekt fest, räumen aber ein, wenn Ausgangssperren flächendeckend verhängt würden, ließen sich ihre Wirkungen nicht von anderen Maßnahmen trennen.¹¹⁷
- (2) Die Studie von Ghasemi et al., „Impact of a nighttime curfew on overnight mobility“¹¹⁸ hat die Wirkung von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen in der kanadischen Provinz Quebec untersucht und mit der angrenzenden Provinz Ontario verglichen, in der es im Untersuchungszeitraum keine Ausgangsbeschränkungen gab. Dabei bezieht die Studie sich nur auf einen sehr kurzen Zeitraum, und es ist nicht ersichtlich, ob in beiden kanadischen Provinzen im Übrigen vergleichbare sonstige Beschränkungen in Kraft waren. Der Mobilitätsrückgang alleine sagt jedoch nichts über die Wirksamkeit von Ausgangsbeschränkungen als Maßnahme zur Pandemiebekämpfung aus. Die Studie stellt den gefundenen Ergebnissen keine Fall- oder Mortalitätszahlen gegenüber. Unerwähnt bleiben auch mögliche Verschiebungseffekte durch die Verlagerung von Kontakten aus der Sperrzeit auf andere Uhrzeiten, obwohl sich ein solcher Effekt in der Studie deutlich zeigt.¹¹⁹ In nahezu gleichen Maße wie die Mobilität in der Nacht außerhalb von Städten sinkt, steigt sie tagsüber.
- (3) Die Studie von Di Domenico et al., „Impact of January 2021 curfew measures on SARS-CoV-2 B.1.1.7 circulation in France“¹²⁰ untersucht die Auswirkungen von nichtpharmakologischen Interventionen in Frankreich. Dabei wurden die verschiedenen Maßnahmen nur in ihrer Gesamtheit bewertet und nicht aufgeschlüsselt. Die Effektivität einzelner Maßnahmen, z. B. der ab 20 Uhr geltenden Ausgangssperre, wurde nicht separat be-

¹¹⁶ Abrufbar unter: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.03.25.21254330v1.full.pdf>,

¹¹⁷ S. 10.

¹¹⁸ Abrufbar unter: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.04.04.21254906v1>,

¹¹⁹ S. 5.

¹²⁰ Abrufbar unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.14.21251708v2.full>,

rechnet. Die Autoren kamen in ihrer Gesamtbewertung zu dem Schluss, dass im Januar 2021 die Maßnahmen (inkl. Ausgangssperre) bei der Eindämmung der Verbreitung des ursprünglichen SARS-CoV-2-Variante hilfreich waren, jedoch zusammen mit anderen „social distancing“-Maßnahmen nicht ausreichten, die Verbreitung der britischen Variante B.1.1.7 einzudämmen. Welchen konkreten Beitrag die Ausgangssperre leistete, ist also aus der Studie nicht ersichtlich.

bb) In der Gesetzesbegründung nicht zitierte Studien

Schon die in der Gesetzesbegründung genannten Studien sind also kein hinreichender Nachweis für die Eignung und Erforderlichkeit eines so schwerwiegenden Grundrechtseingriffs wie der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen. Studien, welche Zweifel an der Wirksamkeit von Ausgangssperren nahelegen, werden demgegenüber in der Gesetzesbegründung noch nicht einmal erwähnt. Die Wiedergabe des Forschungsstandes ist daher sehr selektiv. Im Einzelnen:

- (1) Einer Studie der Justus-Liebig-Universität Gießen (Samuel de Haas et. al., „Measuring the effects of COVID-19-related night curfews: Empirical evidence from Germany“ vom 19.4.2021)¹²¹ zufolge sind bisherige nächtliche Ausgangssperren in hessischen Kreisen und kreisfreien Städten ohne Auswirkung auf die Inzidenzzahlen geblieben. In einer vorläufigen Fassung der Studie des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre der Universität Gießen heißt es: „Wir finden keine statistisch signifikante Evidenz, dass nächtliche Ausgangssperren eine Auswirkung auf die Verbreitung der Pandemie haben“. Nächtliche Ausgangssperren hätten demnach „nicht zu einer Abnahme der Inzidenzen beigetragen“. Zwar räumt auch diese Studie ein, dass sie die Wirkungen von nächtlichen Ausgangssperren nicht von den Effekten anderer Maßnahmen, die zeitlich verhängt worden sind, unterscheiden kann. Dies sei für das Ergebnis aber nicht relevant, weil Ausgangssperren und andere Maßnahmen auch nicht in ihrer Gesamtheit zu einem positiven Effekt geführt hätten.
- (2) Wissenschaftler der Universität Oxford (Jan Brauner et al., „Inferring the effectiveness of government interventions against COVID-19“, Science 271, 802 (2021)¹²² haben sich nach der ersten Welle die einzelnen Maßnahmen in unterschiedlichen Ländern angeschaut und herausgefunden, dass strenge Maßnahmen erfolgreich gewesen sind. So gibt es ei-

¹²¹ Abrufbar unter <https://www.uni-giessen.de/fbz/fb02/fb/professuren/vwl/goetz/forschung/publikationen-ordner/arbeitspapiere/Curfews>)

¹²² Abrufbar unter <https://science.sciencemag.org/content/371/6531/eabd9338>).

nen großen Effekt auf die Verringerung der Reproduktionsrate R für Geschäftsschließungen und Versammlungsverbote ebenso wie für Schul- und Universitätsschließungen. Nur einen vergleichsweise kleinen Effekt (13%) hatten Ausgangssperren, stellen die Autoren fest, während zum Beispiel Schul- und Universitätsschließungen die Reproduktionszahl um 38% reduziert haben.

- (3)** Das COVID-19 Mobility Project von Robert-Koch-Institut und Humboldt-Universität zu Berlin,¹²³ das auch die Bundesregierung zitiert, kommt zu dem Ergebnis, dass während der Ausgangssperre lediglich ein geringer Teil der Mobilität (7,4%) stattfindet und auch nicht davon auszugehen ist, dass dieser durch eine Ausgangssperre vollständig verhindert werden wird. Dies dürfte sich damit erklären lassen, dass der Anlass der Bewegungen weiterhin von den Ausnahmen erfasst wird. Ferner weisen auch sie auf Verlagerungseffekte hin.
- (4)** Selbst Forscher, die einen kurzfristigen Effekt von nächtlichen Ausgangssperren annehmen, kommen zu dem Ergebnis, dass dieser nicht nachhaltig ist. So sieht der am 19.03.2021 veröffentlichte Berliner MODUS-COVID-Mobilitätsbericht von Kai Nagel et al.¹²⁴ zwar im Modell Effekte von nächtlichen Ausgangssperren, weil sie zumindest theoretisch private Kontakte vermindern. Die Forscher geben aber zu bedenken, dass dieser Effekt sehr schnell verpuffen könnte, weil die Bevölkerung dann wahrscheinlich auf frühere Besuchszeiten ausweichen werde. Der Beitrag von nächtlichen Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung sei daher insgesamt zu bezweifeln.
- (5)** Die Deutsche Gesellschaft für Aerosolforschung hat in einem Offenen Brief an die Bundesregierung¹²⁵ darauf hingewiesen, dass die Übertragung der SARS-CoV-2-Viren fast ausnahmslos in Innenräumen und nicht im Freien stattfindet. Die Forscher plädieren dafür, auf effektive Maßnahmen zur Virusbekämpfung zu setzen und auf symbolische, aber unwirksame Maßnahmen zu verzichten. Insoweit wird bemerkt, dass Ausgangssperren mehr versprechen als sie halten können. Heimliche Treffen in Innenräumen würden damit nicht verhindert, sondern lediglich die Motivation erhöht, sich den staatlichen Anordnungen noch mehr zu entziehen.

¹²³ Abrufbar unter <https://www.covid-19-mobility.org/reports/mobility-curfew/>.

¹²⁴ Abrufbar unter http://docs.dpaq.de/17481-nagel2021-03-19_modus-covid_bericht.pdf.

¹²⁵ Abrufbar unter https://ae00780f-bbdd-47b2-aa10-e1dc2cdeb6dd.filesusr.com/ugd/fab12b_2351153712d045088f336256cf7b1b5e.pdf.

b) Rechtsprechung und rechtswissenschaftliches Schrifttum

In der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses wird behauptet, die „weit überwiegende Zahl der verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Entscheidungen“ habe die Zulässigkeit von Ausgangsbeschränkungen als Maßnahme zur Pandemieeindämmung auch im Ergebnis nicht in Frage gestellt.“ Als Beleg für diese Zählung werden drei Entscheidungen genannt.¹²⁶

Auch hier scheinen die Entscheidungsgrundlagen nur selektiv berücksichtigt worden zu sein. Richtig ist, dass erste Ende 2020 ergangene Entscheidungen zur Thematik nächtliche Ausgangsbeschränkungen noch gehalten haben.¹²⁷ Wegen der hohen Eingriffsintensität auf der einen und der fragwürdigen Effekte auf der anderen Seite haben fast alle Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe nächtliche Ausgangsbeschränkungen in den vergangenen Wochen aber als unverhältnismäßig verworfen.

Die obergerichtlichen Entscheidungen vermitteln wichtige Parameter für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG, weil sie die nächtlichen Ausgangssperren mit teilweise unterschiedlichen Begründungen für rechtswidrig erklärt haben:

- VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.02.2021, 1 S 321/21 Ls. 3 und 5:

„Aus § 28a Abs. 3 IfSG folgt, dass der Ordnungsgeber, wenn er Ausgangsbeschränkungen dem Grunde nach für erforderlich hält, auch eingehend prüfen und darlegen muss, ob diese landesweit angeordnet werden müssen oder ob insoweit differenziertere Regelungen in Betracht kommen, die sich am regionalen Infektionsgeschehen orientieren.“

„Im Sinne von § 28a Abs. 3 S. 10 IfSG „landesweit abgestimmte“ Schutzmaßnahmen können, müssen aber nicht landesweit einheitliche Vorschriften sein. Ob landesweit einheitliche Regelungen zulässig oder regional differenzierende Maßnahmen in Betracht zu ziehen sind, beurteilt sich insbesondere nach dem Verhältnismäßigkeitsgebot.“

- OVG Niedersachsen:

✓ Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21

Rn. 30: „Der Beschwerdebegründung der Antragsgegnerin lässt sich auch nicht annäherungsweise entnehmen, in welchem Umfang die von ihr angeführten regelwidrigen nächtlichen Zusammenkünfte im privaten Raum tatsächlich stattfinden. Nicht nachprüfbare Behauptungen reichen zur Rechtfertigung einer derart einschränkenden und weitreichenden Maßnahme wie einer Ausgangssperre nicht aus. Insbesondere ist es nicht zielführend, ein diffuses Infektionsgeschehen ohne

¹²⁶ BT-Drucks. 19/28732, 17f.

¹²⁷ VGH Bayern, NJW 2021, 178.

Beleg in erster Linie mit fehlender Disziplin der Bevölkerung sowie verbotenen Feiern und Partys im privaten Raum zu erklären. Nach mehr als einem Jahr Dauer des Pandemiegeschehens besteht die begründete Erwartung nach weitergehender wissenschaftlicher Durchdringung der Infektionswege. Der Erlass einschneidender Maßnahmen lediglich auf Verdacht lässt sich in diesem fortgeschrittenen Stadium der Pandemie jedenfalls nicht mehr rechtfertigen.“

Rn. 36: „Die Ausgangsbeschränkung anzuordnen, um etwaige Defizite bei der Befolgung und nötigenfalls staatlichen Durchsetzung bestehender anderer Schutzmaßnahmen, insbesondere der Kontaktbeschränkungen nach § 2 Abs. 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, auszugleichen, ist jedenfalls solange unangemessen, wie von den zur Durchsetzung berufenen Behörden nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen wurde, um die Befolgung anderer Schutzmaßnahmen sicherzustellen. Der Senat hat in zahlreichen Normenkontrollverfahren während der Corona-Pandemie darauf hingewiesen, dass neben fortdauernden und vor weiteren Beschränkungen für alle Einwohner Niedersachsens zuvörderst auch Maßnahmen, die ein noch aktiveres Handeln staatlicher Stellen bei der Pandemiebekämpfung erfordern, in den Blick zu nehmen und zu forcieren sind (vgl. zuletzt Senatsbeschl. v. 24.3.2021 - 13 MN 145/21 -, juris Rn. 65 ff.). Dies gilt auch hier. Bevor dies nicht geschehen ist oder bevor nicht feststeht, dass solche Maßnahmen nicht erfolgversprechend ergriffen oder verbessert werden können, erscheint es nicht angemessen, alle in einem bestimmten Gebiet lebenden Personen einer Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen, nur weil einzelne Personen und Personengruppen die geltenden allgemeinen Kontaktbeschränkungen nicht freiwillig befolgen oder nicht staatlicherseits alles Mögliche und Zumutbare unternommen wurde, um gegenüber diesen Personen und Personengruppen die Einhaltung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen durchzusetzen, zumal auch die Ausgangsbeschränkung der freiwilligen Befolgung oder nötigenfalls der staatlichen Durchsetzung bedürfte. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Antragsgegnerin alleine nicht in der Lage ist, die erforderlichen aktiven Bekämpfungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Bei der Frage der Angemessenheit einer Maßnahme sind aber die gesamten Möglichkeiten staatlichen Handelns in den Blick zu nehmen und der getroffenen Maßnahme gegenüberzustellen.“

- ✓ Beschl. v. 20.04.2021, 13 ME 173/21, S. 2f.: „Soweit der Antragsgegner darauf hinweist, wesentlich einfacher und effektiver als die Überwachung der Kontaktbeschränkungen sei es, draußen auf der Straße über die Einhaltung der Ausgangsbeschränkungen zu wachen, belegt dies geradezu plakativ die Unangemessenheit der Maßnahme. Es dürfte mit der freiheitlichen Verfassung des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren sein, alleine deshalb die Mehrheit der rechtstreuen Bürger in ihrer Bewegungsfreiheit zu beschränken und an einem infektiologisch ungefährlichen Verhalten zu hindern, weil einige Wenige die ohnehin bereits bestehenden Kontaktverbote überschreiten.“
- OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 23.04.2021, 1 KM 221/21 OVG: (bislang nur als Pressemitteilung): schwerwiegender Grundrechtseingriff, weil die Ausgangsbeschränkung „quantitativ betrachtet nicht nur wenige Einzelpersonen, sondern alle Bürgerinnen und Bürger im Land Mecklenburg-Vorpommern bzw. zumindest im Landkreis Vorpommern-Greifswald betreffe. Die Ausgangssperre sei nicht deshalb

geregelt worden, weil sich Personen bei einem Aufenthalt im Freien mit dem Corona-Virus anstecken könnten; vielmehr habe der Ordnungsgeber Ansteckungen bei Besuchen in anderen Haushalten, insbesondere bei nächtlichen Feiern mit Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus mehreren Haushalten verhindern wollen. Damit ziele er maßgeblich darauf ab, die bereits bestehenden Kontaktbeschränkungen abzusichern. Einer mittels Ausgangsbeschränkung zusätzlichen bzw. nochmaligen gesetzlichen Untersagung von Zusammenkünften, die über die erlaubte Personenanzahl hinausgehen, bedürfe es aber nicht. Zwar erleichtere eine Ausgangsbeschränkung den staatlichen Stellen die Kontrolle und Durchsetzung der Kontaktbeschränkungen. Es sei jedoch nicht die Aufgabe des sich rechtskonform verhaltenden Bürgers, den staatlichen Stellen diese Aufgabenwahrnehmung zu erleichtern.“

Ferner haben folgende Verwaltungsgerichte allein in der ersten Aprilhälfte 2021 nächtliche Ausgangsbeschränkungen für unverhältnismäßig erklärt:

- VG Hannover, Beschl. v. 2.4.2021 – 15 B 2905/21
- VG Osnabrück, Beschl. v. 6.4.2021 – 3 B 24/21
- VG Frankfurt, Beschl. v. 9.4.2021 – 5 L 919/2
- VG Arnsberg, Beschl. v. 13.4.2021 – 6 L 286/21 und Beschl. v. 14.4.2021 – 6 L 291/21

Die Behauptung in der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, die „weit überwiegende Zahl“ der Gerichte habe die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen für rechtswidrig erachtet, ist daher grob irreführend. Auch wird nicht erwähnt, dass in der bisher vorliegenden rechtswissenschaftlichen Literatur nächtliche Ausgangsbeschränkungen, soweit ersichtlich, einhellig als unverhältnismäßig angesehen werden.¹²⁸

c) Verhältnismäßigkeit gesetzlich angeordneter nächtlicher Ausgangsbeschränkungen

Die vorstehende Bestandsaufnahme hat den Gesetzgeber lediglich beim Wort genommen. Dieser hat die Notwendigkeit von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen aus wissenschaftlicher Expertise abgeleitet und ihre Verfassungsmäßigkeit mit der Rechtsprechung begründet. Die Bestandsaufnahme hat freilich erwiesen, dass der Gesetzgeber die von ihm zur Begründung herangezogenen Studien nicht methodisch einordnet, sondern einfach nur behauptet, dass sich aus ihnen die Effektivität nächtlicher Ausgangssperren ergebe – was freilich nicht so eindeutig der Fall ist¹²⁹ oder zumindest nicht in einem Umfang, der eine so tiefgreifende Maßnahmen beim aktuellen Infektionsgeschehen rechtfertigt. Dass er hingegen diverse wei-

¹²⁸ Ferreau, JuWissBlog Nr. 31/2021 v. 14.04.2021; Kießling, NJW 2021, 182f.; Schmitt, NJW 2020, 1626 und ders., VerfBlog 2020/12/18; Schwarz, COVuR 2021, 257 (260).

¹²⁹ So auch die Auswertung durch Mangold, Kurzgutachten für die Gesellschaft für Freiheitsrechte v. 20.04.2020, S. 17ff.; Möllers, Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 19(14)323(2), S. 6.

tere, leicht zugängliche Studien nicht herangezogen hat, die auf Verlagerungseffekte hinweisen und teilweise sogar die Kontraproduktivität nächtlicher Ausgangsbeschränkungen schlussfolgern, zeigt, dass er seiner verfassungsrechtlichen Pflicht, wissenschaftliche Expertise nicht nur selektiv, sondern pluralistisch heranzuziehen, nicht gerecht geworden ist. Gleiches gilt für die Behauptung, dass die meisten Gerichte nächtliche Ausgangsbeschränkungen für rechtmäßig erachtet hätten – das Gegenteil ist richtig! Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit folgt aus alledem:

aa) Geeignetheit

Die Geeignetheit bemisst sich nach dem legitimen Ziel, Infektionen zu vermeiden. Das setzt Wissen darüber voraus, wo und wie Infektionen entstehen. Im Kontext der Beschränkung privater Zusammenkünfte teilt die Gesetzesbegründung mit, dass das Virus „vornehmlich durch die Atemluft“¹³⁰ übertragen wird. Nicht erwähnt wird freilich, dass es in den Fachwissenschaften mittlerweile nicht mehr streitig ist, dass die Übertragung weit überwiegend in Innenräumen geschieht, insbesondere wenn im Außenbereich weitere Hygienemaßnahmen eingehalten werden.

(1) Unmittelbarer Effekt: Verhinderung des Aufenthalts im Freien

Nächtliche Ausgangsbeschränkungen verbieten nun aber ausgerechnet den Aufenthalt im Freien.

Das ist zunächst einmal keine sehr zielgenaue Regulierung: Gefährlich ist ja nicht das Verlassen der eigenen Wohnung, sondern es sind die soziale Kontakte. Die Begründung, durch die nächtliche Ausgangsbeschränkung könne „auch eine gewisse Zahl unbeabsichtigter Kontakte zwischen Menschen, etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Fluren eines Mehrfamilienhauses, verhindert werden“,¹³¹ wirkt insoweit etwas hilflos.¹³² In beiden Fällen gelten Abstands- und Maskenpflichten. Zudem sind die Begegnungen in beiden Fällen abends und nachts unwahrscheinlicher als tagsüber und in Mehrfamilienhäusern ohnehin so kurz, dass Ansteckungen ziemlich unwahrscheinlich sein dürften.

Aber auch die sozialen Kontakte werden ausgerechnet im Freien unterbunden. Das hat zumindest auch kontraproduktive Effekte: Ausgerechnet an den nun anstehenden warmen

¹³⁰ BT-Drucks. 19/28444, 11.

¹³¹ BT-Drucks. 19/28444, 12.

¹³² Noch deutlicher *Kießling*, Stellungnahme für den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages (<https://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NIL2ExNC9hbmhvZXJ1bmdlbi84MzQwMjYtODM0MDI2&mod=mod795762>), S. 11: „absurd“.

Frühlings- und Sommermonaten zwingt § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG Menschen in enge, aerosolgeschwängerte Wohnungen, anstatt ihnen den weitgehend gefahrlosen Aufenthalt an der frischen Luft zu ermöglichen. Auch wird nicht erklärt, warum der Aufenthalt im Freien vor 22.00 Uhr infektionsschutzrechtlich ungefährlicher ist als danach. Insbesondere in den Sommermonaten ist eine Begrenzung des Aufenthalts im Freien auf 22.00 Uhr (also Mitte Juni in einigen Gegenden Norddeutschlands noch vor Sonnenuntergang) geradezu lebensfremd. Schutzmaßnahmen müssten also, wenn man die wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde legt, gerade im Frühling und Sommer darauf abzielen, die Menschen zu motivieren, sich nur draußen zu treffen. Die bislang vorgesehenen Regelungen bewirken genau das Gegenteil: Wer in einer Stadt oder einem Landkreis mit einem Inzidenzwert über 100 beide Elternteile oder die nicht im eigenen Haushalt lebenden Kinder gleichzeitig sehen möchte, wird dies in geschlossenen Räumen tun, um nicht entdeckt zu werden.

Hinzu kommt das Problem, dass die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen die zeitliche Entzerrung des Tages verhindern. Selbst aus einer der vom Gesetzgeber zitierten Studien ergibt sich, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen die Mobilität von der Nacht in den Tag verlagern. Das führt dann aber zu dem ungewünschten Effekt stärker frequentierter Verkehrsmittel und Supermärkte während der Tagesstunden und nimmt gerade Menschen, die sich vor Ansteckungen besonders fürchten (müssen), die Möglichkeit, etwa erst spät am Abend die Einkäufe zu erledigen.

Man muss aus alledem zunächst einmal folgern, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen sogar Infektionen begünstigen können: Indem sie den Aufenthalt im Freien ermöglichen, zwingen sie zum Aufenthalt in geschlossenen Räumen und fördern damit genau die Infektionen, die sie verhindern wollen.

(2) Mittelbarer Effekt: Unterbindung sozialer Kontakte in Innenräumen

Möglicherweise setzt der Gesetzgeber – die Gesetzesbegründung sagt dazu nichts – eher auf einen mittelbaren Effekt der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen. Auch wenn es ungeeignet bis kontraproduktiv ist, den Aufenthalt im Freien zu verhindern, könnten damit mittelbar Kontakte auch in geschlossenen Räumen verhindert werden: Menschen verzichten auf verbotene private Treffen in geschlossenen Räumen, weil die Gäste abends nicht mehr nach Hause kommen.

Nun ist auch das ein wenig spekulativ. Gerade junge Menschen werden die Übernachtung beim Gastgeber vorziehen oder gleich bis 5.00 Uhr durchfeiern; der Aufenthalt in den ge-

geschlossenen Räumen wird durch die nächtliche Ausgangsbeschränkung also sogar in die Länge gezogen und damit die Infektionsgefahr erhöht. Es ist zwar selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass durch Aufenthaltsverbote im Freien auch der ein oder andere soziale Kontakt in Innenräumen verhindert werden kann. Aber gerade diesen möglichen Effekt macht § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 lit. g) IfSG wieder zunichte. Danach ist die Bewegung im Freien bis 24.00 Uhr nach wie vor möglich, wenn auch nur allein. Abendliche soziale Zusammenkünfte enden aber gerade an Werktagen ohnehin meistens vor 24.00 Uhr, auch die Gäste kommen also jedenfalls noch bequem nach Hause, wenn sie den Nachhauseweg als „körperliche Bewegung“ i.S.d. Vorschrift ausflaggen – also entweder zu Fuß, mit einem Roller oder mit dem Fahrrad.

Aber selbst in Bundesländern wie Bayern, die schon seit Dezember 2020 strengere nächtliche Ausgangsbeschränkungen haben (zunächst ab 21.00 Uhr, später dann ab 22.00 Uhr), lässt sich dieser mittelbare Effekt nicht nachweisen. Jedenfalls liegt hier die Sieben-Tage-Inzidenz schon seit Monaten über dem Bundesdurchschnitt; beispielsweise wies der Freistaat am 16.04.2021 den vierthöchsten Inzidenzwert aller Bundesländer auf, gut 30% mehr als in Berlin, das auf nächtliche Ausgangsbeschränkungen bislang verzichtet hat. Diese Unterschiede mögen viele andere Gründe haben, man kann aber aus der Entwicklung der vergangenen Monate nicht ableiten, dass die erhofften mittelbaren Effekte eingetreten sind.

bb) Erforderlichkeit und Angemessenheit

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen geeignet sind, sind sie jedenfalls nicht erforderlich und angemessen, weil sie als schwerwiegende Freiheitsbeschränkungen außer Verhältnis zu den erhofften positiven Effekten für den Schutz von Leben und Gesundheit stehen.

(1) Vollständiger Abwägungsausfall

Für die Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit besteht das grundsätzliche Problem, dass die Ausgangsbeschränkungen unmittelbar aufgrund Gesetzes greifen. Daher fallen alle Abwägungen sachlicher und räumlicher Art, die durch die Exekutive erfolgen könnten, hier komplett aus.

Franz Reimer hat dieses Monitum in einem Preprint, aus dem der hessische Ministerpräsidenten Volker Bouffier in seiner Bundesratsrede vom 22.04.2021 zur Begründung seiner verfassungsrechtlichen Kritik zitiert hat,¹³³ zutreffend auf den Punkt gebracht:

„Die Ge- und Verbote des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1-10 (!) IfSG-E treten zwingend kumulativ ein. Die Norm sieht keinerlei Entschließungs- und Auswahlmessen vor. Das ist ein politisch möglicherweise gewollter, aber gravierender Unterschied zu §§ 28, 28a IfSG (auch i.V.m. § 32 IfSG) und allgemeiner eine Abweichung von den hergebrachten Strukturen des Gefahrenabwehr- und Gefahrenvorsorgerechts. *Verfassungsrechtlich relevant ist, dass eine Abwägung nicht mehr stattfinden kann; sie wird vom Gesetzgeber abstrakt – und zwar allein gebunden an das Inzidenz-Kriterium – vorweggenommen und dann gewissermaßen eingefroren.* Die Vielzahl der grundrechtsrelevanten Gesichtspunkte kann nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens keine Berücksichtigung mehr finden. Der Gesetzgeber immunisiert die Ge- und Verbote gegen räumliche und zeitliche Besonderheiten, aber auch gegen neue wissenschaftliche Erkenntnisse (beispielsweise zur epidemiologischen Wirksamkeit von Ausgangssperren oder zu den psychosozialen Folgen einer Unterbindung privater Zusammenkünfte); es bleibt insbesondere bei der gesetzlichen Monopolisierung des Inzidenz-Kriteriums. *Wann immer der Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellt, greift situationsblind (ohne Abwägung) die Eingriffsmechanik. Eine solche Abstrahierung der Abwägung durch Vorausdeterminierung aller möglichen Anwendungssituationen stellt sich mit Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens als faktischer Abwägungsausfall dar.* Dies wird der Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht gerecht und ist im Ergebnis verfassungswidrig.“¹³⁴

Wenn der Gesetzgeber eine Regelungssystematik wählt, die die Einzelfallprüfung durch die Verwaltung ausschließt, müsste daher bereits die gesetzliche angeordnete Maßnahme in jeder Konstellation das mildeste Mittel und angemessen sein. Das ist schon räumlich aufgrund der unterschiedlichen Besiedlungsdichte in Deutschland praktisch unmöglich. So werden von der gesetzlichen Regelung auch nächtliche Ausgänge erfasst, bei denen schon aufgrund der dünnen Besiedlung die Begegnung mit anderen Menschen praktisch ausgeschlossen ist. Gerade in größeren Landkreisen werden dadurch differenzierende Regelungen ausgeschlossen. Aber auch in sachlicher Hinsicht kann nicht berücksichtigt werden, ob die Überschreitung der Sieben-Tage-Inzidenz auf ein diffuses Ausbruchsgeschehen oder auf einen klar identifizierbaren Infektionsherd zurückführbar ist.

¹³³ Zu finden unter https://www.bundesrat.de/DE/service/mediathek/mediathek-node.html?cms_rubrik=2014977 ab Minute 6:00.

¹³⁴ Reimer, Notbremse für die Notbremse?, Preprint zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, abrufbar unter <https://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/reimer/mediathek/dateien/Preprint/view> – Hervorhebungen nur hier.

Es wird dem „hohen Rang unter den Grundrechten“, den die Freiheit der Person nach Meinung des Bundesverfassungsgericht einnimmt,¹³⁵ nicht gerecht, dass das Gesetz jegliche Abwägung im Einzelfall ausschließt.

(2) Primat staatlicher Normdurchsetzung

Aber selbst der an den Gesetzgeber gerichtete Erforderlichkeitsgrundsatz verpflichtet zur Prüfung, ob es ein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels gibt.

Das ist hier schon deshalb fraglich, weil der Gesetzgeber auf eine sehr spekulative Kausalkette setzt: Um Kontakte in Innenräumen zu unterbinden, verbietet er den Aufenthalt im Freien. Das wirft die Frage auf, warum er nicht Kontakte unterbindet, wenn er Kontakte unterbinden möchte. Es besteht insoweit ein Primat staatlicher Normdurchsetzung und eine Subsidiarität der Inanspruchnahme von Bürgerinnen und Bürgern, die sich selbst rechtstreue verhalten und von denen keine Gefahr ausgeht. Der Gesetzgeber müsste also zunächst darlegen, dass es keine gesetzlichen Instrumente und auch keine behördlichen Möglichkeiten zur Kontrolle der Regeln über die Kontaktbeschränkungen gibt.¹³⁶ Er müsste also beispielsweise darlegen können, warum er auch einem älteren Ehepaar in einem Vorort einen Abendspaziergang verbieten muss, um eine unerlaubte Party in der Innenstadt kontrollieren zu können. Das ist allerdings bislang nicht geschehen.

(3) Streubreite

Das Verbot des nächtlichen Ausgangs zum Zwecke der Verhinderung unzulässiger sozialer Kontakte greift tief in fundamentale Freiheitsgarantien ein und trifft nicht nur Einzelne, sondern jede und jeden und wiegt als Eingriff tief, denn es bürdet dem Einzelnen die Beweislast gegenüber staatlichen Stellen auf, warum er sich bei einer elementaren Freiheitsausübung außerhalb der Wohnung bewegt.¹³⁷

Das nächtliche Ausgangsverbot weist damit eine enorm hohe Streubreite auf: Weil das verbotene Verhalten Einzelner verhindert werden soll, müssen alle zu Hause bleiben. Das ältere Ehepaar, das in einem Vorort abends noch einmal vor die Tür treten möchte, wird daran gehindert, damit die Polizei in der Innenstadt verbotene soziale Zusammenkünfte verhindern kann. Das ist ein beachtlicher grundrechtlicher Kollateralschaden – selbst wenn man noch außer Betracht lässt, dass das Ehepaar doppelt geimpft sein könnte, und sich die 100 über-

¹³⁵ BVerfG, Beschl. v. 01.12.2020, 2 BvR 636/12, Rn. 221.

¹³⁶ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 06.04.2021, 13 ME 166/21, Rn. 30.

¹³⁷ SaarlVerfGH NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 49.

steigende Sieben-Tage-Inzidenz nur mit einem lokalen Ausbruch am anderen Ende der Stadt erklären lässt.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die in jeder Hinsicht zufällige Mithaftung in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Rasterfahndung kritisch:

„Grundrechtseingriffe, die sowohl durch Verdachtslosigkeit als auch durch eine große Streubreite gekennzeichnet sind – bei denen also zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben – weisen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf [...]. Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat.“¹³⁸

Oder nochmals mit dem OVG Niedersachsen:

„Es dürfte mit der freiheitlichen Verfassung des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren sein, alleine deshalb die Mehrheit der rechtstreuen Bürger in ihrer Bewegungsfreiheit zu beschränken und an einem infektiologisch ungefährlichen Verhalten zu hindern, weil einige Wenige die ohnehin bereits bestehenden Kontaktverbote überschreiten.“¹³⁹

Solche Eingriffe mit großer Streubreite mögen, wie bei der Rasterfahndung, noch zulässig sein, wenn Behörden sie aufgrund von Abwägungen im Einzelfall für verhältnismäßig befinden. Hier erfolgen die Eingriffe aber vollkommen unabhängig von einer solchen Einzelfallbetrachtung. So wird der Spaziergang in einem menschenleeren Park verboten, um eine verbotene Zusammenkunft in einer Wohnung an einem vollkommen anderen Ort zu unterbinden.

Verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist schließlich das Argument, von einer Ausgangssperre gehe eine kommunikativ-symbolische Wirkung aus, welche das Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger für den Ernst der Lage schärfe. Der Staat hat in der modernen Kommunikationsgesellschaft andere Mittel und Wege, welche die Grundrechte nicht belasten (z.B. Fernsehansprachen oder Aufklärungskampagnen).

(4) Anknüpfung an Inzidenzwerte

Die Unangemessenheit der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen wird noch dadurch vertieft, dass § 28b Abs. 1 IfSG allein das Erreichen eines bestimmten (übrigens nirgends näher begründeten) Inzidenzwerts anknüpft.

¹³⁸ BVerfGE 115, 320 (354).

¹³⁹ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 20.04.2021, 13 ME 173/21, S. 2f.

Das ist zunächst ein Unterschied zur für die Landesrechtsverordnungen maßgeblichen Regelung in § 28a Abs. 3 S. 4 IfSG-E, wonach der Inzidenzwert die zwar wichtigste, aber nicht die einzige Richtgröße („insbesondere“) sein soll. Die Länder hätten also schon nach geltendem Recht die Möglichkeit, auch andere Parameter wie die Belegung der Intensivstationen bzw. die Zahl der durch Corona bedingten Krankenhausaufnahmen zum Maßstab der Maßnahmen zu machen.

In der Sache bestehen erhebliche methodische und in den Fachwissenschaften mittlerweile sehr verbreitet geteilte Bedenken, den Inzidenzwert zum alleinigen Maßstab für die Auslösung schwerwiegender Grundrechtseingriffe zu machen. Mit den schwankenden Zahlen nach den Osterfeiertagen aufgrund der geringeren Anzahl von Tests und verzögerten Meldungen ist erneut deutlich geworden, wie unzuverlässig dieser Indikator ist. Mit fortschreitender Durchimpfung der Bevölkerung schwindet zudem seine Aussagekraft. Menschen mit vollem Impfschutz haben mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein geringeres Risiko zu erkranken und das SARS-CoV-2-Virus weiterzugeben. Gleichzeitig wird die Aussagekraft des Inzidenzwertes durch die ungleichmäßige Durchimpfung der unterschiedlichen Alterskohorten verzerrt. Hohe Inzidenzen in ungeimpften Alterskohorten werden statistisch durch niedrige Inzidenzwerte in weitgehend geimpften Alterskohorten maskiert. Dadurch werden die höheren Übertragungswahrscheinlichkeiten in diesen noch weitestgehend ungeimpften Alterskohorten (z. B. Kinder, Jugendliche, Studierende) nicht ausreichend abgebildet.

Die fehlende Zielgenauigkeit des Inzidenzwerts zeigt sich ebenso hinsichtlich der aktuellen Zuspitzung im Bereich der Intensivversorgung. Obwohl die Inzidenzwerte vor Ostern 2021 (ca. 130) deutlich unter denjenigen vor Weihnachten 2020 (ca. 200) lagen, ist die Situation zumindest ähnlich gelagert. Das liegt nach weitgehend übereinstimmender Einschätzung daran, dass die Patientinnen und Patienten auf den Intensivstationen immer jünger werden und dort wesentlich länger verbleiben als noch im vergangenen Jahr als vorwiegend ältere Menschen betroffen waren. Für die Auslastung der Kapazitäten kann also der vorgesehene Schwellenwert kein isolierter Indikator sein, sondern im Gegenteil sogar gefährlich trügerisch sein.

Auch das Bundesministerium für Gesundheit bestätigt in seiner Antwort auf die Schriftliche Frage des Beschwerdeführers zu 2, dass die Anzahl positiver PCR-Testergebnisse allein nicht die Schwere der Pandemie anzeigen:

„Tatsächlich wird der reale Schweregrad der Pandemie durch andere Parameter abgebildet, etwa durch den prozentualen Anteil positiver Testergebnisse unter allen durchgeführten PCR-Tests, die Anzahl an COVID-19 Patientinnen und COVID-19-Patienten auf den Intensivstationen oder die Zahl der an oder mit COVID-19 Verstorbenen.“¹⁴⁰

Das alleinige Abstellen auf Inzidenzwerte als Voraussetzung von Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona Pandemie wird auch von weiten Teilen der Rechtsprechung als unverhältnismäßig eingeordnet. Sie wird auch in den Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages "Verfassungsrechtlichen Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung" (Az. WD 3 - 3000 - 083/21, 15.04.2021) und "Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie" (Az. WD 3 - 3000 - 046/21, 19.04.2021) aufgegriffen. Hiernach ist die Erstreckung von Schutzmaßnahmen auf ein größeres Gebiet (u.a. Landkreise) problematisch, wenn dies allein auf den Inzidenzwert in diesem Gesamtgebiet gestützt wurde. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führte hierzu aus, das Infektionsgeschehen verteile sich nicht nur regional gleichmäßig, sondern verlaufe auch lokalisiert und klar eingrenzbar. Lokale Ausbruchsgeschehen erforderten vielmehr gezielte und räumlich beschränkte Eindämmungsmaßnahmen, die das gesamte Kreisgebiet weder betreffen müssten, noch – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – dürften.¹⁴¹

Ebenfalls der Bayerische Verwaltungsgerichtshof kritisierte in einer weiteren Entscheidung einen, dem vorgelegten Entwurf in § 28b Absatz 1 entsprechenden Mechanismus ("self-executing"), der weitergehende Einschränkungen auf lokaler Ebene alleine an die Überschreitung bestimmter 7-Tage-Inzidenzen knüpfte. Dem In- bzw. Außerkrafttreten bestimmter Maßnahmen liege dann keine erneute konkrete Gefährdungsbeurteilung des Verordnungsgebers zugrunde, sondern nur eine abstrakte Gefährdungsbeurteilung, die sich ohne weitere Zwischenschritte oder behördliche Entscheidungen fortlaufend aktualisiert und unmittelbar Rechtsfolgen auslöst.¹⁴² Die Erforderlichkeit der Maßnahmen müsse vom Verordnungsgeber nicht nur anhand der 7-Tage-Inzidenz beurteilt werden, sondern unter Einbeziehung aller anderen für das Infektionsgeschehen relevanten Umstände, meint daher das OVG Niedersachsen.¹⁴³

¹⁴⁰ Antwort auf die Schriftliche Frage im Monat April 2021, Arbeitsnummer Nr. 4/29.

¹⁴¹ VGH Bayern, Beschl. v. 28.07.2020, Az. 20 NE 20.1609, Rn. 45.

¹⁴² VGH Bayern, Beschl. v. 29.10.2020, Az. 20 NE 20.2360, Rn. 31.

¹⁴³ OVG Niedersachsen, Beschl. 15.02.2021, Az. 13 MN 44/21, Rn. 38 und Beschl. v. 26.02.2021, Az. 13 MN 63/21, Rn. 32.

Der Inzidenzwert allein ist daher ungeeignet, um an ihn allein so tiefgreifende und grundrechtseinschränkende Maßnahmen zu knüpfen. Für den Schutz der öffentlichen Gesundheit, insbesondere also die Gesundheitsinfrastrukturen, ist er sogar tendenziell ungeeignet.

Das Robert Koch-Institut weist deshalb im Rahmen der laufenden Fallzahlenberichterstattung neben den Inzidenzwerten schon jetzt die Positiven-Quote, den Impffortschritt und die freien und belegten Behandlungskapazitäten in der Intensivmedizin von etwa 1.300 Akut-Krankenhäusern in Deutschland sowie den Charakter des Infektionsgeschehens aus. Mit der Ausweisung der Positivquote, also die Zahl der Tests mit einem Infektionsnachweis, kann eine mögliche Untererfassung nachvollzogen werden:

„Je höher der Positivenanteil bei gleichzeitig anhaltend hohen Fallzahlen ist, desto höher wird die Anzahl unerkannter Infizierter in einer Population geschätzt.“¹⁴⁴

Die Erfassung des Charakters des Infektionsgeschehens kann besondere Infektionscluster kenntlich machen. Isolierte Ausbrüchen, z. B. in Unterkünften nach § 36 IfSG haben weniger Auswirkungen auf das Infektionsgeschehen im restlichen Landkreis als Ausbrüche auf Familienfeiern, Kindertagesstätten oder Schulen.

Der Gesetzgeber wird also seiner Pflicht nicht gerecht, die Grundrechtseingriffe plausibel aus den vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnissen abzuleiten. Obwohl die „nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen“ (§ 4 Abs. 1 S. 1 IfSG), die nach dem gesetzgeberischen Konzept als wesentliche Referenzquelle für die wissenschaftliche Fundierung der Schutzmaßnahmen fungiert, deutlich präzisere Parameter für eine realitätsgerechte Beurteilung des Infektionsgeschehens kennt, beharrt der Gesetzgeber auf der ungewichteten, wenig zielgenauen allgemeinen Sieben-Tage-Inzidenz. Für die Rechtfertigung derart schwerwiegender Grundrechtseingriffe ist das zu wenig.

(5) Keine Freistellung von vollständig Geimpften und Genesenen

Gänzlich unangemessen sind nächtliche Ausgangsbeschränkungen für Personen, die einen vollständigen Impfschutz gegen das Coronavirus aufweisen oder genesen sind.

§ 28c IfSG ermächtigt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein

¹⁴⁴ Abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-24-de.pdf?__blob=publicationFile).

negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. Daraus kann man schließen, dass auch Personen mit einem vollständigen Impfschutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und Genesenen ausnahmslos von den hier angegriffenen Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG erfasst werden sollen, solange keine Rechtsverordnung erlassen worden ist. Diese lag bei Einreichung der Verfassungsbeschwerde nicht vor. Am 25.04.2021 bezogen sich Presseberichte lediglich auf Eckpunkte für eine solche Verordnung. Es ist daher davon auszugehen, dass sie erst in mehreren Wochen erlassen werden wird, da sie noch Bundesrat und Bundestag passieren muss. Ohnehin ist die Ankündigung, dass vielleicht Rechtsnormen erlassen werden, für die verfassungsrechtliche Beurteilung ohne Belang.

Einige Bundesländer haben bereits Regelungen erlassen, die Geimpfte und Genesene von Ge- und Verboten ausgenommen haben (z.B. § 1 Abs. 9 S. 8 und 9 19. Corona-BekämpfungsVO Rheinland-Pfalz; § 6b Abs. 3 S. 2 Zweite SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlin). Diese Regelungen werden nun durch § 28b IfSG überlagert, so dass sich die Situation von Geimpften und Genesenen verschlechtert hat.

(a) Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse

Es gibt mittlerweile hinreichend valide wissenschaftliche Erkenntnisse, denen zufolge Personen mit vollem Impfschutz mit großer Wahrscheinlichkeit SARS-CoV-2 Viren nicht mehr übertragen können.

So konnten israelische Forscher in einer Beobachtungsstudie zeigen, dass mit dem Impfstoff Comirnaty (BNT162b2, Biontech/Pfizer) Geimpfte eine signifikant reduzierte Viruslast aufweisen, was die potentielle Virausscheidung und die Ansteckungsfähigkeit verringert.¹⁴⁵ Auch Daten zum Impfstoff Vaxzevria (AZD1222, Astra-Zeneca) aus dem Vereinigten Königreich deuten darauf hin, dass Geimpfte sich seltener infizieren und daher das SARS-CoV-2 Virus nicht so häufig an Dritte weitergeben können.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Abrufbar unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.06.21251283v1.full.pdf>.

¹⁴⁶ Abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3777268).

Diese wissenschaftlichen Erkenntnisse hat auch das Robert Koch-Institut (RKI) in seinem Bericht an die Ministerpräsidentenkonferenz bereits Ende März dieses Jahres gewürdigt und kam zu dem Ergebnis:

„Nach gegenwärtigem Kenntnisstand ist das Risiko einer Virusübertragung durch Personen, die vollständig geimpft wurden, spätestens zum Zeitpunkt ab dem 15. Tag nach Gabe der zweiten Impfdosis geringer als bei Vorliegen eines negativen Antigen-Schnelltests bei symptomlosen infizierten Personen.“

Auf seiner am 09.04.2021 aktualisierten Homepage führt Robert-Koch-Institut weiter aus, dass aus

„Public-Health-Sicht (...) das Risiko einer Virusübertragung durch Impfung in dem Maß reduziert (erscheint), dass Geimpfte bei der Epidemiologie der Erkrankung keine wesentliche Rolle mehr spielen.“¹⁴⁷

Ähnlich gestaltet es sich bei Genesenen. Als genesen gelten gemäß den Eckpunkten der Bundesregierung zur Anpassung der Infektionsschutzmaßnahmen diejenigen Personen, die ein mindestens 28 Tage zurückliegendes positives PCR-Testergebnis nachweisen können. Dies gelte bis zu sechs Monate nach der Feststellung der Genesung, weil solange von einem ausreichenden Immunschutz ausgegangen werden könne.

Einer britischen Studie zufolge¹⁴⁸ betrage die Immunität nach einer Corona-Infektion für mindestens fünf Monate bei etwa 83 Prozent. Dieser Immunschutz sei nach Aussage einer der Autorinnen der Studie vergleichbar mit einer Impfung¹⁴⁹. Weiteren Studien zufolge führe eine Covid-19 Erkrankung zu einer Immunität über mindestens 8 Monate¹⁵⁰ und dass Genesene selbst für den Fall einer Neuinfektion nicht infektiös seien¹⁵¹.

(b) Verfassungsrechtliche Bewertung

Das nach dem gesetzgeberischen Konzept (§ 4 Abs. 1 S. 1 IfSG) für die fachwissenschaftliche Beratung und insbesondere die virologische und epidemiologische Risikobewertung primär zuständige Robert-Koch-Institut hat also bereits vor Beginn der parlamentarischen Beratungen zum 4. Bevölkerungsschutzgesetz klargestellt, dass Geimpfte für die Entwicklung des

¹⁴⁷ Beide Zitate unter <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

¹⁴⁸ Abrufbar unter <https://phe-newsroom.prgloo.com/resources/bx1f8-t9rue-d3pj3-0uv7s-q2f8k>

¹⁴⁹ Zitat abrufbar unter <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/reinfektionen-bei-weniger-als-1-prozent-der-genesenen-123063/>

¹⁵⁰ Abrufbar unter <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33408181/>

¹⁵¹ Abrufbar unter <https://www.springermedizin.de/covid-19/diagnostik-in-der-infektiologie/a-follow-up-study-shows-that-recovered-patients-with-re-positive/18967418>

Infektionsgeschehens „keine wesentliche Rolle mehr spielen“. Sie sind weder über das normale Maß hinaus gefährlich noch gefährdet. Dies trifft für einen Zeitraum bis zu sechs Monate ebenso auf Genesene zu. Damit entfällt ihnen gegenüber aber die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen.

Allenfalls ließe sich daran denken, geringfügige Grundrechtseingriffe wie die Maskenpflicht beizubehalten. Dies könnte zum eine in bestimmten Konstellationen gerechtfertigt sein, in denen z.B. im Umgang mit immungeschwächten Personen ein hohes Infektionsrisiko besteht, zum anderen aber auch, wenn – etwa im ÖPNV oder einer Fußgängerzone – eine Kontrolle des Impfstatus des Einzelnen zu aufwändig oder praktisch unmöglich ist. Beides ist im Falle der Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen aber nicht gegeben. Bei einer Ausgangsbeschränkung ist schon aufgrund der gesetzlichen Ausnahme eine Kontrolle im Einzelfall notwendig; ebenso muss bei der Durchsetzung einer Kontaktbeschränkung jeweils geprüft werden, ob die Personen einem Haushalt angehören. Damit lässt sich auch der Impfstatus einer Person kontrollieren. Aber davon abgesehen dürfen Freiheitsrechte für Personen, bei denen aufgrund vollständiger Impfung oder Genesung von einer Immunisierung auszugehen ist, aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht einfach in exekutives Ermessen gestellt werden. Sie gelten.

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages fassen den bisherigen Meinungsstand in der Verfassungsrechtswissenschaft dementsprechend kurz und treffend zusammen:

„Soweit öffentliche Äußerungen zu diesem Thema vorliegen, vertreten Verfassungsrechtler ganz überwiegend (falls nicht sogar einhellig) die Auffassung, dass Grundrechtseingriffe für Geimpfte grundsätzlich nicht mehr zu rechtfertigen sind.“¹⁵²

Die Wissenschaftlichen Dienste verweisen namentlich darauf, dass auch „Gedanken der allgemeinen Solidarität“ oder die Gefahr einer „Unruhe“ unter den Nicht-Geimpften keine Verfassungsgüter seien, die sich mit Grundrechten der Geimpften abwägen ließen oder diese gar überwiegen. Dahinter steht die einigermaßen abstruse Vorstellung, Freiheit könne es nur geben, wenn sie allen zugutekomme:

„Abgesehen davon, dass ein solches Verständnis von Solidarität einen nachgerade selbstzerstörerischen Zug von Kollektivkasteiung in sich birgt, der eine Gesellschaft nicht einen, sondern spalten würde (gerade vor dem Hintergrund, dass

¹⁵² Deutscher Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung, WD 3-3000-083/21 v. 15.04.2021, S. 11.

sich ein erheblicher Prozentsatz der Bevölkerung nicht impfen lassen will oder kann) handelt es sich um eine sehr einseitige Vorstellung von Solidarität, die auch wirtschaftlich nicht durchzuhalten ist. Bereits begrifflich mag nicht einleuchten, weshalb es ‚solidarisch‘ sein soll, deswegen auf einen Theaterbesuch zu verzichten, weil andere Personen das Theater (noch) nicht besuchen können. Ist der Satz „was nicht alle haben können, soll niemand haben“ Ausdruck von Solidarität? Kein Mensch käme ernsthaft auf den Gedanken, ein solches „Prinzip“ in anderen Kontexten zur Anwendung kommen zu lassen, etwa im Organspenderecht, bei der Studienplatzvergabe oder bei der Allokation knapper Rettungsmittel im Rahmen der Triage. Und in der Sache: Was ist mit der Solidarität gegenüber Kulturschaffenden oder Restaurantbetreibern, die deswegen niemanden unterhalten oder bewirten dürfen, weil sie nicht alle unterhalten und bewirten dürfen und deswegen wirtschaftlich nicht überleben? Die bisherige Diskussion zeigt: Moral und unreflektierter Gebrauch moralisch aufgeladener Begriffe und Kategorien sind schlechte Ratgeber in der Krise. Mit Solidarität kann man politisch alles begründen – es kommt nur darauf an, welche Bezugsgruppen man wählt und wie man den Begriff inhaltlich anreichert.“¹⁵³

In ähnlicher Weise wie *Josef-Franz Lindner* haben sich *Lamia Amaouach* und Stefan Huster gegen das gleichheitsrechtliche Fehlverständnis eines Levelling-down gewandt:

„Der Grund für die Corona-Beschränkungen ist die Ansteckungsgefahr, nicht die selbstverschuldete Ansteckungsgefahr. Dem Infektionsschutzrecht ist es zu Recht völlig gleich, warum jemand ansteckend ist und ob er etwas dagegen tun könnte oder nicht. Von dieser gefahrenabwehrrechtlichen Sichtweise kommt man nicht annähernd zu der Folgerung, dass man die Aufhebung der Freiheitsbeschränkungen anderer, die schon geimpft sind, kritisieren kann, weil man – und sei es auch aus Gründen, die man nicht beeinflussen kann – selbst noch nicht geimpft worden ist. Man hat ja auch noch nie gehört, dass eine Einreise, deren Zulässigkeit an das Vorliegen bestimmter Impfungen geknüpft ist, ausnahmsweise doch ohne diese Impfungen zugelassen wird, weil der Betroffene sich daheim gar nicht impfen lassen konnte, weil z.B. gerade kein Impfstoff vorhanden war. Noch weniger plausibel wäre es, in dieser Situation auch den ordnungsgemäß Geimpften die Einreise zu verbieten, damit sich der schuldlos nicht Geimpfte nicht diskriminiert fühlt.“¹⁵⁴

Wenn geimpfte Personen ihre Freiheitsrechte wieder genießen können, schränkt dies die Freiheit der Personen, die noch auf eine Impfung warten, nicht ein und führt nicht zu Benachteiligungen, welche die Aufrechterhaltung der Freiheitseinschränkungen tragen könnten. Im Gegenteil profitieren auch diejenigen, die noch nicht geimpft wurden bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung direkt oder indirekt, zumal sie dazu beitragen, dass sich das gesellschaftliche, kulturelle und wirtschaftliche Leben in Deutschland wiederbeleben lässt.

¹⁵³ Treffend: *Lindner*, VerfBlog 2020/12/29.

¹⁵⁴ *Amahouach/Huster*, VerfBlog 2020/12/31.

Insgesamt kommt in § 28c IfSG ein befremdliches Fehlverständnis grundrechtlicher Freiheit zum Ausdruck. Der Gesetzgeber scheint allen Ernstes der Meinung zu sein, auch im demokratischen Rechtsstaat könne eine Regierung grundrechtliche Freiheit nach eigenem politischen Gutdünken zuteilen. Zwar kündigte die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz einen Verordnungsentwurf an, der Freiheiten für Geimpfte vorsehen soll, um die nicht mehr gerechtfertigten Grundrechtseingriffe zu beseitigen.¹⁵⁵ Aber bei der Frage der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten handelt es sich um eine ebenso grundrechtswesentliche Frage wie es die Schutzmaßnahmen sind. Sie muss daher zwingend parlamentsgesetzlich geregelt werden.¹⁵⁶ Ein entsprechender Änderungsantrag der Fraktion, der die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer angehören, ist im Bundestag abgelehnt worden.¹⁵⁷ Ohnehin scheint nach dem aktuell vorliegenden Eckpunktepapier nicht beabsichtigt zu sein, die Kontakt- und nächtlichen Ausgangsbeschränkungen für Geimpfte und Genesene vollumfänglich aufzuheben:

„Für den Bereich von Kontaktbeschränkungen sollen ebenfalls Ausnahmen für Geimpfte und Genesene vorgesehen werden, insbesondere für Gemeinschaftseinrichtungen wie Alten- und Pflegeheime. Auch im Bereich der Ausgangsbeschränkungen sollen entsprechende Ausnahmen vorgesehen werden.“

Schon die Formulierung zeigt, dass die Bundesregierung nach wie vor davon ausgeht, sie könne über den Umfang fundamentaler Freiheitsrechte verfügen. Sie will nur „Ausnahmen“ von dem grundsätzlichen Verbot regeln. Doch muss für Personen, von denen keine Gefahr mehr ausgeht und die selbst auch nicht mehr gefährdet sind, die Freiheit die Regel sein. Das Infektionsschutzrecht ist Gefahrenabwehrrecht, es kann nicht greifen, wenn keine Gefahr mehr besteht.

d) Fazit

Selbst wenn man in unmittelbar gesetzlich angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen keinen Verstoß gegen die Verwaltungsvorbehalte in Art. 2 Abs. 2 S. 3 und Art. 104 Abs. 1 GG sieht, sind gesetzlich angeordnete nächtliche Ausgangsbeschränkungen aufgrund ihrer Unverhältnismäßigkeit verfassungswidrig. Sie greifen intensiv und flächendeckend in basale persönliche Freiheiten ein und schließen dabei aufgrund der selbstausführenden Wirkung jegliche Abwägung aus. Ihre Unangemessenheit ergibt sich zudem darauf, dass sie mit

¹⁵⁵ „Ein Gebot der Verfassung“. s. <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/impfgipfel-ein-gebot-der-verfassung-justizministerin-lambrecht-fordert-mehr-freiheiten-fuer-geimpfte/27127816.html?ticket=ST-3243594-vBnBLbYTonYUxtb2id60-ap4>.

¹⁵⁶ Vgl. auch Schwarz, COVuR 2021, 257 (261), der allerdings auf Art. 80 Abs. 1 GG abstellt.

¹⁵⁷ BT-Drucksache 19/28752.

der Sieben-Tage-Inzidenz an einen für sich allein ungeeigneten Grenzwert anknüpfen, und dass sie sogar doppelt Geimpften und Genesenen den nächtlichen Aufenthalt im Freien verbieten.

Es dürfte in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland einen einmaligen Vorgang darstellen, dass in der Sitzung des Bundesrats vom 22.04.2021 bis auf *Bodo Ramelow* (Thüringen), der sich zu der Frage nicht geäußert hat, alle Ministerpräsidenten, die das Wort ergriffen haben, erhebliche und zum Teil auch verfassungsrechtlich begründete Kritik an den pauschalen nächtlichen Ausgangsbeschränkungen geübt haben.¹⁵⁸ Gleichwohl hat der Bundesrat auch gegen diese Bestimmung keinen Einspruch eingelegt.

3. Kontaktbeschränkungen, § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG

Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Beschränkung privater Zusammenkünfte sind ebenfalls unverhältnismäßig.

Die undifferenzierte Gleichsetzung von privaten Zusammenkünften in geschlossenen Räumen und im Freien steht, wie bereits im Kontext der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen gezeigt wurde, im offensichtlichen Widerspruch zu der wissenschaftlichen Erkenntnis, dass die ganz überwiegende Zahl der Infektionen in geschlossenen Räumen erfolgt. Gleichwohl differenziert § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG bei privaten Zusammenkünften nicht zwischen dem Aufenthalt im Freien und in geschlossenen Räumen. Das führt genau zu den Verdrängungseffekten in geschlossene, schwerer kontrollierbare Räume, die das Gesetz gerade verhindern will.

Außerdem ist es unverhältnismäßig, dass Personen von denen aufgrund ihres Impfschutzes oder der Genesung nach einer Erkrankung von einer Immunisierung ausgegangen werden kann, nach wie vor den Kontaktbeschränkungen unterliegen. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, dass vollständig geimpfte Paare etwa ihre Kinder oder Eltern nicht besuchen dürfen.

Daher ist § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG verfassungswidrig, soweit er auch Personen, bei denen von einer vollständigen Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum untersagt bzw. noch nicht immunisierten Personen ein Treffen mit ihnen. Mit anderen Worten: Im Rahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG müssten geimpfte und genesene Personen ebenso wie Kinder unter 14

¹⁵⁸ Abrufbar: https://www.bundesrat.de/DE/service/mediathek/mediathek-node.html?cms_rubrik=2014977.

Jahren nicht mitgezählt werden. Für eine verfassungskonforme Auslegung besteht angesichts des klaren Wortlauts, der Systematik – der Verordnungsermächtigung in § 28c IfSG – sowie der Entstehungsgeschichte aufgrund der Ablehnung des Änderungsantrags der Fraktion der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen kein Raum.

IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) durch § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG

§ 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG verstößt gegen das Gebot der Bestimmtheit nach Art. 103 Abs. 2 GG, da die Normadressaten die Reichweite der Ausgangsbeschränkung nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG nicht mit hinreichender Klarheit beurteilen können.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in ständiger Rechtsprechung auch für Ordnungswidrigkeiten:

„Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber - neben dem hier nicht zu erörternden Rückwirkungsverbot -, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 47, 109 [120] m.w.N.; 55, 144 [152]). Gleiches gilt für Bußgeldtatbestände. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe oder der Auferlegung eines Bußgeldes bedroht ist.“¹⁵⁹

Diese Vorhersehbarkeit ist nicht gegeben, denn die Normadressaten müssen selbst entscheiden, ob der Zweck des Verlassens der Wohnung möglicherweise „aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ (§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. f IfSG) geschieht. Dies erlegt ihm eine komplexe Wertung auf, da er einen Vergleich zu den anderen Ausnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG ziehen muss, die teilweise sehr unterschiedlich sind. Speziell zwischen 22.00 Uhr und 24.00 Uhr lässt sich kaum beurteilen, welcher Zweck ähnlich gewichtig und unabweisbar ist wie eine körperliche Betätigung. Wenn beispielsweise ein Beschwerdeführer angibt, dass er noch etwas aus einer angemieteten Garage holen muss, was er dort vergessen hat, ist dies aus seiner Perspektive möglicherweise sogar gewichtiger und unabweisbarer als eine abendliche Jogging-Runde, die nach dem Gesetz zulässig wäre. Gleiches gilt für einen dringend erforderlichen Einkauf an einer Tankstelle.

¹⁵⁹ BVerfGE 71, 108 (114).

V. Zusammenfassung

1. Die in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG angeordneten nächtlichen Ausgangsbeschränkungen greifen intensiv in das zum Kern des Persönlichkeitsschutzes gehörenden Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit und knüpft an Verstöße erhebliche Bußgeldandrohungen, die an zum Teil dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügende Tatbestände anknüpft.

In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist es ein einmaliger Vorgang, dass ein Gesetz es dem ganz überwiegenden Teil der Bürgerinnen und Bürger unter Androhung empfindlicher Bußgelder während eines nicht nur unerheblichen Zeitraums verbietet, die eigene Wohnung zu verlassen. Die Rechtfertigungsanforderungen sind dementsprechend hoch, insbesondere die Anforderungen daran, einen substantiellen Einfluss dieser Maßnahme auf den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit darzulegen. Dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen im Einzelfall positive Effekte haben können, ist zwar unsicher, aber auch nicht auszuschließen. Sie sind daher nicht generell verfassungswidrig, insbesondere nicht, wenn sie auf eine angespannte, lokal begrenzte und zeitlich begrenzbare Sondersituation reagieren. Aber genau diese zielgenaue Gefahrenabwehr sicherzustellen, ist Aufgabe der zuständigen Landesbehörden. Daher wird die Möglichkeit der Länder, durch Rechtsverordnung oder im Einzelfall auch nächtliche Ausgangsbeschränkungen zu verhängen (§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG), durch die Verfassungsbeschwerde nicht in Frage gestellt. Verfassungswidrig ist es aber, wenn über die gesamte Bundesrepublik Deutschland flächendeckend und ohne Berücksichtigung von Besonderheiten (wie etwa lokal begrenzten Ausbrüchen) pauschale Bewegungsverbote aufgrund eines fachwissenschaftlich nicht mehr den Stand der Erkenntnisse wiedergebenden Grenzwertes verhängt werden. Besonders schwer wiegt insoweit auch, dass der Gesetzgeber nicht den (für sich gesehen weitgehend ungefährlichen) Aufenthalt im Freien selbst unterbinden möchte, sondern nur verhindern möchte, dass Zusammenkünfte in geschlossenen Räumen stattfinden. Ein freiheitlicher Staat darf aber nicht pauschal und flächendeckend die Bewegungsfreiheit fast aller seiner Bürgerinnen und Bürger beschränken, nur um einzelne Rechtsverstöße zu verhindern.

2. Die in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen sind, ebenso wie die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen, verfassungswidrig, insoweit sie auch für Personen gelten, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 infolge Impfung oder als Genesene auszugehen ist. § 28b Abs. 1 IfSG regelt zwar in der De-

tailliertheit einer Polizeiverordnung unmittelbar für die Gesamtbevölkerung geltende Verbote, die tief in die Sozialität des Menschen eingreifen. Aber ausgerechnet die fundamentale Frage, ob Menschen, die weder gefährdet noch gefährlich sind, derart tiefgreifenden Grundrechtseingriffen ausgesetzt sein dürfen, überlässt er der untergesetzlichen Regelung durch eine im Ermessen der Bundesregierung stehenden Rechtsverordnung. An dieser Regelung zeigt sich paradigmatisch, dass die angegriffenen Bestimmungen die Grenzen zwischen Freiheit und staatlichen Zugriffsrechten, die das Bundesverfassungsgericht in 70 Jahren Rechtsprechung entwickelt hat, grundlegend verschiebt.

4. Teil: Antrag auf einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer verbinden ihre Verfassungsbeschwerde mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG.

A. Zulässigkeit

Der Antrag nach § 32 Abs. 1 BVerfGG ist zulässig; insbesondere enthält der Hauptantrag der Verfassungsbeschwerde im 3. Teil hinreichend substantiierte Darlegungen zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Normen.

B. Begründetheit

I. Maßstab

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG gegeben sind, ist wegen der weittragenden Folgen einer einstweiligen Anordnung regelmäßig ein strenger Maßstab anzulegen.¹⁶⁰

1. Bei der Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die in der Hauptsache begehrte Feststellung oder der in der Hauptsache gestellte Antrag erwiese sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.¹⁶¹ Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens muss das Bundesverfassungsgericht die Folgen abwägen, die eintreten würden, wenn einerseits eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag in der Hauptsache aber Erfolg hätte, und andererseits die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.¹⁶²

2. Der strenge Maßstab für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG erhöht sich, wenn der Vollzug eines Gesetzes ausgesetzt werden soll, weil dies einen erheblichen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstellt.¹⁶³ Müssen die für

¹⁶⁰ BVerfGE 55, 1 (3); 82, 310 (312); 94, 166 (216f.); 104, 23 (27); 106, 51 (58); 132, 195 (232).

¹⁶¹ BVerfGE 89, 38 (43 f.); 103, 41 (42); 118, 111 (122).

¹⁶² BVerfGE 105, 365 (371); 106, 351 (355); 108, 238 (246); 125, 385 (393); 126, 158 (168); 129, 284 (298); 132, 195 (232 f.).

¹⁶³ BVerfGE 104, 23 (27); 104, 51 (55); 112, 284 (292); 122, 342 (361); 131, 47 (61); 140, 99 (106 f.); 140, 211 (219).

eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe schon im Regelfall so schwer wiegen, dass sie den Erlass einer einstweiligen Anordnung unabdingbar machen, so müssen sie im Fall der begehrten Außervollzugsetzung eines Gesetzes darüber hinaus besonderes Gewicht haben.¹⁶⁴

3. In besonderen Fällen, insbesondere wenn die Vorwegnahme der Hauptsache aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint, berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht aber auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache.¹⁶⁵

II. Offensichtliche Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Der Antrag auf einstweilige Anordnung erweist sich schon deshalb als begründet, weil die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist und eine einstweilige Anordnung zur Wahrung der Rechte der Antragstellerinnen und Antragsteller unerlässlich ist. Die angegriffenen Vorschriften begründen seit dem 24.04.2021 (dem Tag nach dem Inkrafttreten des 4. Bevölkerungsschutzgesetzes) tiefgreifende Eingriffe in grundlegende Freiheitsrechte fast aller Bürgerinnen und Bürger in Deutschland. In 80% aller Land- und Stadtkreise liegt die 7-Tage-Inzidenz derzeit über 100. In allen diesen Stadt- und Landkreisen dürfen die Bürgerinnen und Bürger derzeit gemäß § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG zwischen 24.00 Uhr und 5.00 Uhr ihr Haus grundsätzlich gar nicht verlassen; zwischen 22.00 Uhr und 24.00 Uhr nur zur körperlichen Bewegung. Und selbst diejenigen, die in den etwa 20% anderen Stadt- und Landkreisen leben, dürfen die von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen betroffenen Stadt- und Landkreise ebenfalls nicht betreten. Zudem unterbindet § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG selbst für Menschen, von denen keine nennenswerte Infektionsgefahr mehr ausgeht und die auch nicht mehr gefährdet sind, grundlegende zwischenmenschliche Kontakte. Dies alles geschieht auf der Grundlage eines unzureichend ermittelten Sachverhalts und eines methodisch fragwürdigen Grenzwerts.

Dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorliegend einbezogen werden sollten, ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die angegriffenen Bestimmungen nach § 28b Abs. 10 IfSG zeitlich zunächst bis zum 30.06.2021 befristet sind. Es ist jedenfalls nicht unwahrscheinlich, dass es bis dahin zu keiner Hauptsacheentscheidung kommen kann. Insoweit ist die Situation vergleichbar mit dem Rechtsschutz gegen die Landes-Rechtsverordnungen durch die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe. Auch dieser Rechtsschutz findet derzeit

¹⁶⁴ BVerfGE 82, 310 (313); 104, 23 (27 f.); 117, 126 (135); 122, 342 (361 f.); 140, 99 (107); 140, 211 (219).

¹⁶⁵ Dazu eingehend *Walter*, in: *Walter/Grünwald (BVerfGG)*, Beck-OK BVerfGG, § 32 [2021] Rn. 58 ff.

ausschließlich als vorläufiger Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO statt. Wegen des jeweils nur kurzen zeitlichen Anwendungsbereichs der Rechtsverordnungen betonen die Obergerwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe durchgängig, dass bei der Folgenabwägung die Erfolgsaussichten in der Hauptsache die entscheidende Rolle spielen. Danach haben

„die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn - wie hier - die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise) als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.“¹⁶⁶

III. Hilfsweise: Reine Folgenabwägung

Nur hilfsweise ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Antragsteller:innen beantragen im Verfahren nach § 32 Abs. 1 die Außerkraftsetzung von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG (Ausgangsbeschränkungen), der entweder nur einen geringen oder gar keinen, möglicherweise sogar möglicherweise einen kontraproduktiven Effekt für die Bekämpfung der Pandemie haben, und von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG nur insoweit als er an Personen adressiert ist, die für das Infektionsgeschehen derzeit keine Bedeutung haben. Die Folgen, die eintreten würden, wenn das Bundesverfassungsgericht diese Bestimmungen mitsamt den beiden Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände außer Kraft setzen würde, sind also auf der einen Seite ausgesprochen überschaubar. Zudem verfügen die Länder weiterhin über alle Instrumente, um unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vor Ort die Pandemie effektiv zu bekämpfen. Auf der anderen Seite stehen aber schwerwiegende Grundrechtseingriffe, die die persönliche Freiheit betreffen, jeden Tag wirken und fast jede/n betreffen und die, weil sie personale Rechte betreffen, auch nicht finanziell kompensierbar sind.

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

¹⁶⁶ Hier nur beispielhaft VGH Bayern, Beschl. v. 03.07.2020, 20 NE 20.1492, Rn. 11.