

## Beiträge

Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz\*

### Zur Verfassungswidrigkeit der bundeseinheitlichen „Corona-Notbremse“<sup>1</sup>

Die Corona-Pandemie erweist sich als dauerhafte Herausforderung sowohl der Gesellschaft als auch der Rechtsordnung. Waren bisher die politischen Bemühungen dadurch gekennzeichnet, sich auch und gerade in der „Krise“ in verfassungsrechtlich vorgegebenen Bahnen zu bewegen und nicht die Grenzen des demokratischen Verfassungsstaates auszutesten, so gewinnt man zunehmend den Eindruck, dass die Steuerungsfunktion des Rechts bei der Bewältigung der Pandemie versagt. Der Gesetzgeber greift – ohne die Figur des „Ausnahmezustandes“ zu bemühen – zu Instrumenten, die sich nach über einem Jahr Pandemie nunmehr in der Tat als Herausforderung des Verfassungsrechts erweisen bzw. die durch das Verfassungsrecht gesetzten Grenzen für eine verfassungskonforme Gesetzgebung überschreiten. Der nachfolgende Beitrag unterzieht das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite einer kritischen verfassungsrechtlichen Würdigung, die vor allem deutlich machen soll, dass – offenbar unter dem Eindruck einer kaum zu bewältigenden Epidemie – der Gesetzgeber zu Instrumenten greift, die die Tektonik des Verfassungsrechts in erheblicher Weise zu beschädigen geeignet sind.

#### I. Einleitung

Der Deutsche Bundestag hat am 21. April 2021 das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in dritter Lesung mit der Mehrheit der Regierungsfraktionen beschlossen.<sup>1</sup> Der Bundesrat hat sich mit dem Gesetz in seiner Sitzung am 22. April 2021 befasst.<sup>2</sup> Damit hat der Bundestag in der vorliegenden Krisensituation auf der Grundlage des Gesetzentwurfs der Regierungsfraktionen<sup>3</sup> sowie nach Maßgabe der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Gesundheit<sup>4</sup> sowie des Berichts des Haushaltausschusses<sup>5</sup> bei Ablehnung einer Vielzahl von Änderungsanträgen der Oppositionsfraktionen<sup>6</sup> eine gesetzliche Grundlage für eine bundesweite Vereinheitlichung der Eingriffsbefugnisse zur Bewältigung der Coronapandemie geschaffen. Auch wenn der Gesetzentwurf im Rahmen der parlamentarischen Beratung durchaus substantielle Änderungen und Entschärfungen erfahren hat, die sicherlich auch auf die – überwiegend kritischen – Stimmen im Rahmen der Sachverständigenanhörung zurückzuführen sind, so kann nicht übersehen werden,

dass mit diesem Gesetz der Bund in bisher beispielloser Weise zu weitreichenden Grundrechtseingriffen ermächtigt wird, die sich bei Lichte besehen nicht als verfassungskonform erweisen. Das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite dürfte Ausgangspunkt einer verfassungsrechtlichen Diskussion sein, die sich nahtlos an die bisherigen Ansätze zur verfassungsrechtlichen Bewältigung der Corona-Krise anschließen dürfte<sup>7</sup> – nunmehr aber mit der Besonderheit, dass die Bedeutung des Grundrechtsschutzes und das Freiheitsverständnis des Grundgesetzes insgesamt herausgefordert werden.

**VORAB-Veröffentlichung**  
Diese Version ist noch unkorrigiert, aber schon seitengenau zitiertbar.

\* Professor Dr. iur. Kyrill-A. Schwarz ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Vgl. nur Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages vom 21.4.2021, im Internet unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de) (zuletzt abgerufen am 22.4.2021).

2 Vgl. dazu BR-Drs. 315/21 vom 21.4.2021.

3 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 13.4.2021, BT-Drs. 19/28444.

4 Beschlussempfehlung vom 19.4.2021, BT-Drs. 19/28692 und Bericht vom 20.4.2021, BT-Drs. 19/28732.

5 Bericht vom 20.4.2021, BT-Drs. 19/28733.

6 Vgl. insoweit nur die Änderungsanträge der Fraktion der FDP vom 20.4.2021, BT-Drs. 19/28754; BT-Drs. 19/28757; BT-Drs. 19/28758 und BT-Drs. 19/28759.

7 Vgl. aus dem kaum mehr zu überblickenden Schrifttum Birkner, ZRP 2020, 157 ff.; Brocker, NVwZ 2020, 1485 ff.; Frenz COVuR 2020, 794 ff.; Frenz COVuR 2021, 2 ff.; Fuchs DÖV 2020, 653 ff.; Gärditz, MedR 2020, 741 ff.; ders./Abdulsalam, GSZ 2020, 108 ff.; Gläß, DÖV 2020, 263 ff.; Greve, ZG 2021, 25 ff.; Gröp, NJW 2020, 2523 ff.; Gusy GSZ 2020, 101 ff.; Häberle/Kotzur NJW 2021, 132 ff.; Hase JZ 2020, 697 ff.; Hofmann/Lukosek/Schulte-Rudzi, GSZ 2020, 233 ff.; Hoppe/Risse DVBl. 2020, 1386 ff.; Ipsen, NdsVBl. 2020, 165 ff.; ders., DVBl. 2020, 1037 ff.; Kersten, ZRP 2020, 65 ff.; Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020; Kingreen Jura 2020, 1019 ff.; Kingreen/Lepsius/Möllers/Heinig/Wißmann/Volkmann, JZ 2020, 861 ff.; Kurp, COVuR 2021, 6 ff.; Labrenz NWVBl. 2020, 265 ff.; Leitmeier DÖV 2020, 645 ff.; Leisner-Egensperger NJW 2021, 202 ff.; Lindner MedR 2020, 723 ff.; Mayen NVwZ 2020, 828 ff.; Meickmann NVwZ 2021, 97 ff.; Merkel/Augsberg JZ 2020, 704 ff.; Papier DRiZ 2020, 180 ff.; Prantl, Not und Gebot. Grundrechte in Quarantäne, 2021; Ritgen ZG 2021, 1 ff.; Schlesky ZRP 2021, 27 ff.; Schwarz COVuR 2020, 74 ff.; Schwarz JA 2020, 321 ff.; Spieth/Hellermann NVwZ 2020, 1405 ff.; Volkmann JZ 2020, 965 ff.; Volkmann NJW 2020, 3153 ff.; Zuck/Zuck NJW 2020, 2302 ff.

## II. Wesentlicher Inhalt der Novellierung des IfSG

Im Zentrum der hiesigen Untersuchung stehen insbesondere die nachfolgenden Regelungen des Gesetzes: Nach § 28 b Abs. 1 IfSG ist ein Sieben-Tage-Inzidenzwert von 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen in Landkreisen und Städten entscheidende Voraussetzung für die Geltung der dann im Gesetz aufgeführten einzelnen Maßnahmen. So ist u. a. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr untersagt, wenn nicht bestimmte Ausnahmegründe vorliegen, zu denen in der Zeit von 22 Uhr bis 24 Uhr auch allein ausgeübte körperliche Bewegung gehört. Neben diesen Ausgangsbeschränkungen gelten dann auch Einschränkungen bei Freizeiteinrichtungen und Geschäften. Zudem ordnet das Gesetz in § 28 b Abs. 3 IfSG – ab einem Inzidenzwert von 165 – auch Schulschließungen an, wobei Ausnahmen für Abschlussklassen und Förderschulen möglich sind. Ab einem Inzidenzwert von 100 schreibt das Gesetz Präsenzunterricht in Form von Wechselunterricht vor. Schüler und Lehrer müssen sich für die Teilnahme am Präsenzunterricht zudem zweimal in der Woche testen lassen. Nachdem der Gesetzentwurf noch in § 28 b Abs. 6 eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung vorgesehen hatte, wonach durch Rechtsverordnung auch Erleichterungen und Ausnahmen für Personen vorgesehen werden können, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist oder die ein negatives Testergebnis vorweisen können, ist auf Vorschlag des Gesundheitsausschusses<sup>8</sup> mit dem Ziel einer Präzisierung der Verordnungsermächtigungen § 28 c IfSG eingefügt worden. Danach können durch zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung der Bundesregierung Erleichterungen oder Ausnahmen für Geimpfte, Getestete oder vergleichbare Personen geregelt werden. Nach § 28 b Abs. 10 IfSG gilt das Gesetz nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021.<sup>9</sup>

## III. Verfassungsrechtliche Bewertung der Novellierung des IfSG

Mit der Neuregelung des Infektionsschutzgesetzes hat der Bundesgesetzgeber von der ihm durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eröffneten Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht;<sup>10</sup> dies entspricht zum einen dem Gedanken, dass der Bund das materielle Infektionsschutzrecht abschließend regeln kann<sup>11</sup> und trägt zum anderen rechtspolitischen Forde rungen<sup>12</sup> Rechnung, wonach es dem Bund grundsätzlich – unbeschadet der Verwaltungskompetenz der Länder nach Art. 83 GG – unbenommen ist, Vorgaben für einen bundeseinheitlichen Vollzug zu normieren, um auf diese Weise auch in bewusster Abwendung von zunehmend unbefriedigenden Ergebnissen eines verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Bund-Länder-Regierungsausschusses<sup>13</sup> eine zentrale Koordinierung der Bekämpfung der Pandemie zu ermöglichen.

Neben der Zuständigkeitsfrage und neben den Auswirkungen auf Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie<sup>14</sup> sind es aber – jenseits der grundsätzlich unproblematischen Zielsetzung des Gesetzes (dazu unter 1) – insbesondere die folgenden Problembereiche, die durch das Gesetz aufgeworfen werden: So stellt sich zum einen die Frage nach der Zulässigkeit eines Maßnahmengesetzes und damit zusammenhängend die Frage nach Möglichkeiten und Reichweite des Rechtsschutzes gegen ein solches Gesetz (dazu unter 2). Ein weiterer Aspekt ist, da es sich um den zentralen Bezugspunkt des Gesetzes handelt, die Frage nach dem ausschließlichen Abstellen auf den Inzidenzwert 100 (dazu unter 3). Vor

diesem Hintergrund soll sodann die Frage der Verhältnismäßigkeit von Ausgangsbeschränkungen beleuchtet werden (dazu unter 4), um dann abschließend auf das Problem der Ausnahmeregelungen durch zustimmungspflichtige Rechtsverordnung für Geimpfte, Getestete oder vergleichbare Personen einzugehen (dazu unter 5).

### 1. Der legitime Zweck des Gesetzes

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs ist die bundesgesetzliche Grundlage erforderlich, um einerseits der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit zu entsprechen und andererseits die Funktionsfähigkeit<sup>15</sup> des Gesundheitssystems als überragend wichtiges Gemeingut und damit auch die bestmögliche Krankenversorgung sicherzustellen.<sup>16</sup> Dass den Staat eine Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit trifft, ist als solches ebenso unbestritten<sup>17</sup> wie die staatliche Verantwortung für ein funktionsfähiges Gesundheitssystem.<sup>18</sup> Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass auch diese Vorgaben nicht etwa absolut gesetzt werden dürfen; vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung und Abwägung der insgesamt mit der Pandemie einhergehenden Beschränkungen erforderlich.<sup>19</sup>

### 2. Das Änderungsgesetz als „Maßnahmengesetz“

Begegnet also das Ziel der Änderung des Infektionsschutzgesetzes keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, so ist schon das gewählte Mittel alles andere als unproblematisch. Das Gesetz ordnet – ohne dass es eines weiteren Vollzugsaktes bedarf – unmittelbar Ge- und Verbote an und erweist sich damit als das Gegenteil des auf Vollzug angelegten allgemeinen Gesetzes;<sup>20</sup> es verfolgt – zeitlich befristet – einen bestimmten Zweck und ist damit ein Maßnahmengesetz.<sup>21</sup> Zwar ist dem Grundgesetz kein Gesetzesbegriff zu entnehmen, der nur generelle Regelungen erfasst;<sup>22</sup> gleichwohl ist

8 Bericht vom 20.4.2021, BT-Drs. 19/28732, S. 21.

9 Die zeitliche Befristung auf den 30. Juni 2021 ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit in Ansehung der weitreichenden Grundrechtseinigungen erfolgt, vgl. dazu den Bericht des Gesundheitsausschusses vom 20.4.2021, BT-Drs. 19/28732, S. 21.

10 Vgl. nur *Broemel* in v. Münch/Kunig GG Art. 74 Rn. 70; *Degenhart* in Sachs GG Art. 74 Rn. 84; *Oeter* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 74 Rn. 135, *Schwarz/Sairinger* NVwZ 2021, 265 (266); *Seiler* in BeckOK GG, 46. Ed. 15.2.2021, Art. 74 Rn. 70.

11 Dazu auch *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 1 Rn. 50.

12 Vgl. nur *Möllers*, „Rechtlich braucht man für den Lockdown keine Ministerpräsidenten“, spiegel-online, Interview vom 10.2.2021, im Internet unter [www.spiegel.de](http://www.spiegel.de) (zuletzt abgerufen am 22.4.2021).

13 Ausführlich dazu *Schwarz/Sairinger* NVwZ 2021, 265 ff.

14 Siehe dazu ausführlich jüngst *Dreier* DÖV 2021, 229 ff.

15 Allgemein zur Funktionsfähigkeit als Abwägungstopos *Schwarz* BayVBl. 1998, 710 ff.

16 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 13.4.2021, BT-Drs. 19/28444, 1.

17 Vgl. nur aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 39, 1 (42); 45, 187 (254); 77, 170 (214); 85, 191 (212); 88, 203 (251); 115, 320 (346); siehe ferner auch im Schrifttum *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 1 Rn. 57 ff.; *Schulze-Fielitz* in Dreier GG Art. 2 II Rn. 76 ff.; *Starck* in v. Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 2 Rn. 191, 229; *Steiner* MedR 2003, 1 (2 f.).

18 Dazu nur BVerfGE 103, 392 (404).

19 Das Bundesverfassungsgericht bringt dies mit folgender Formulierung zum Ausdruck: „Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse.“ – BVerfGE 88, 203 (253 f.); ausführlich zur Problematik auch *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 46 ff.; zum Gebot der Abwägung auch jüngst *Murswieck* NVwZ 2021, 281 ff.; allgemein zu den Anforderungen an eine verhältnismäßige Abwägung auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 814 ff.

20 Für das Verhältnis von Parlament und Exekutive siehe nur BVerfGE 95, 1 (15 f.).

21 Zum Maßnahmengesetz als Gesetzesstyp siehe nur *Smeddinck* in Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 3 Rn. 61 ff.

der Regelfall das auf Vollzug angelegte Gesetz, der Eingriffe „auf Grund“ eines Gesetzes ermöglicht und Eingriffe „durch Gesetz“ zur rechtfertigungsbedürftigen – aber auch im Einzelfall rechtfertigungsfähigen – Ausnahme macht. Wenn aber typischerweise die Verwaltung für Entscheidungen zuständig ist, die auf der Grundlage eines subsumierenden Normenvollzugs ergehen und das Parlament eine solche Tätigkeit nur dann selbst durch Gesetz regeln kann, wenn hierfür sachliche Gründe bestehen,<sup>23</sup> dann erscheint es aber fraglich, ob dieser substantielle und schwergewichtige Eingriff in die prinzipielle Verwaltungszuständigkeit der Länder nur mit dem Hinweis auf das pandemische Geschehen und die Notwendigkeit seiner effektiven Bekämpfung zu rechtfertigen ist.

Mit der nunmehr durch den Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung wird auch der Rechtsschutz der Normadressaten auf die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz selbst beschränkt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Verfassungsbeschwerde selbst gerade nicht zur Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gehört.<sup>24</sup> Damit stellt sich dann aber die zentrale Frage nach dem Rechtsschutz gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber noch viel deutlicher. Während nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>25</sup> parlamentarische Gesetzgebung keine Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG darstellt, wird diese Frage im Schrifttum<sup>26</sup> nahezu unter Hinweis auf die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers übereinstimmend bejaht. Insoweit dürfte es dann auch sachgerecht sein, bei Gesetzen, die gerade nicht auf Vollzug angelegt sind und bei denen wegen ihrer Normstruktur eine fachgerichtliche Kontrolle ausscheidet, unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG auch zwingend einen Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht zu fordern.<sup>27</sup> Dies trägt auch dem Gedanken Rechnung, dass andernfalls der Gesetzgeber mit der Wahl der Gesetzesform zugleich auch über den Rechtsschutz entscheiden könnte.<sup>28</sup> Ob es aber verfassungspolitischer Klugheit entspricht, in einer grundlegenden Frage – oder in einer grundrechtlich besonders prekären Situation – dem Bundesverfassungsgericht die alleinige Verantwortung für die Prüfung der Rechtmäßigkeit flächendeckender Grundrechtseingriffe zuzuweisen, mag man mit guten Gründen bezweifeln, muss doch das Gericht letzten Endes eine Antwort auf die Frage finden, ob es bereit ist, bei einer Aufhebung der das gesellschaftliche Leben maßgeblich beeinflussenden Rechtsvorschriften die politische Legitimation der Maßnahmen in Frage zu stellen.<sup>29</sup>

### 3. Das ausschließliche Abstellen auf den Inzidenzwert 100

Nach § 28 b Abs. 1 IfSG ist das Überschreiten eines Inzidenzwertes von 100 an drei aufeinander folgenden Tagen der maßgebliche Bezugspunkt für die dann kraft Gesetzes geltenden Einschränkungen. Der Begründung zum Gesetzentwurf lassen sich keine Aussagen entnehmen, warum nur dieser Wert genannt wird.

Auch wenn eine Begründungspflicht des Gesetzgebers<sup>30</sup> als solche von Verfassungs wegen nicht besteht, so geht gleichwohl das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass nur sachlich vertretbare Gründe zum Anknüpfungspunkt von Freiheitsbeschränkungen gemacht werden dürfen.<sup>31</sup> Trotz des dem Gesetzgeber grundsätzlich eröffneten Prognosespielraums gründen jedoch auch prognostische Urteile „...auf Tatsachenfeststellungen, die ihrerseits einer Prüfung und Bewertung zugänglich sind“.<sup>32</sup> Inso-

fern sei neben der Beurteilung gegenwärtiger oder vergangener Sachverhalte auch überprüfbar, „...ob der Gesetzgeber seine Entscheidung auf möglichst vollständige Ermittlungen gestützt oder ob er relevante Tatsachen übersehen hat“.<sup>33</sup>

Vor diesem Hintergrund ist bei der verfassungsrechtlichen Prüfung des IfSG auch zu berücksichtigen, dass das alleinige Abstellen auf einen Inzidenzwert von 100 nicht nur in der Rechtsprechung auf erhebliche Kritik gestoßen ist.<sup>34</sup> Maßgeblich für diese Erwägungen war zum einen, dass ein einheitlicher Inzidenzwert in einem Landkreis unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht geeignet sei, Maßnahmen bei lokalen Infektionsausbrüchen auch entsprechend zu begrenzen.<sup>35</sup> Zudem fehle es bei einer solchen Vorgehensweise an einer an den Einzelfall anknüpfenden Gefährdungsbeurteilung. Die Notwendigkeit infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen dürfe nicht nur anhand eines Sieben-Tage-Inzidenzwertes geprüft werden, vielmehr müssten alle für das Infektionsgeschehen maßgeblichen Umstände einbezogen werden.<sup>36</sup> Auch im Schrifttum<sup>37</sup> wird zunehmend das alleinige Abstellen auf den Inzidenzwert als problematisch erachtet, da der Inzidenzwert isoliert betrachtet und ohne weitere zusätzliche Kriterien<sup>38</sup> keinen Rückschluss auf das tatsäch-

22 So auch BVerfGE 95, 1 (17).

23 Vgl. zu diesem Postulat nur BVerfGE 95, 1 (17); 134, 33 (88).

24 Vgl. dazu nur Huber in v Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 19 Rn. 449.

25 BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 25, 352 (265); 45, 297 (334); 75, 108 (165); 112, 185 (207).

26 Vgl. dazu nur Huber in v Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 19 Rn. 434 ff.; Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig GG Art. 19 IV Rn. 93; Schulze-Fielitz in Dreier, 3. Aufl. 2013, GG Art. 19 IV Rn. 50; zurückhaltend Sachs in Sachs GG Art. 19 Rn. 123 ff.; dagegen Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Neudruck 1999, § 10 Rn. 337.

27 So auch Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig GG Art. 19 IV Rn. 94; ausführlich zu den Zulässigkeitsanforderungen bei einer unmittelbar gegen ein Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde BVerfGE 143, 246 (321 f.); 150, 309 (324 f.).

28 Vgl. insoweit auch Schenke JZ 2006, 1004 (1006).

29 Dies klingt auch an in den Stellungnahmen der Sachverständigen zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD, vgl. nur die Stellungnahme des Sachverständigen Kingreen, Ausschuss-Drs. 19(14) 323(19) vom 15.4.2021, S. 4 und die Stellungnahme des Sachverständigen Möllers, Ausschuss-Drs. 19(14)323(2), S. 2.

30 Ausführlich zu Begründungspflichten des Gesetzgebers im Schrifttum: Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, passim; Sanders/Preisner DÖV 2015, 761 ff.; Schwarz/Bravido, JZ 2011, 653 ff.; Waldböck FS Isensee, 1995, S. 325 ff.

31 BVerfGE 30, 292 (316); 39, 210 (225 ff.); 75, 108 (157); 94, 241 (260 – std. Rspr.

32 BVerfGE 106, 148 (151).

33 Wo die Grenzen der zugestandenen Fehlprognosen enden und das Risiko der Verfassungswidrigkeit beginnt, lässt das Gericht freilich offen, dies richte sich im Wege einer Gesamtbetrachtung „...insbesondere nach den Besonderheiten des Sachverhalts und der Schwierigkeit der Prognose...“, vgl. BVerfGE 106, 148 (151 f.).

34 Vgl. dazu auch die Übersicht in der Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestag, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 046/21. Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie, vom 19.3.2021 sowie die Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 083/21. Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung, vom 15.4.2021.

35 So beispielsweise BayVGH Beschl. v. 28.7.2020 – 20 NE 20.1609 Rn. 45; ähnlich auch BayVGH Beschl. v. 29.10.2020 – Az. 20 NE 20.2360 Rn. 31. Vor diesem Hintergrund findet sich auch im Entschließungs-Antrag des Landes Schleswig-Holstein im Bundesrat, BR-Drs. 315/1/21 v. 20.4.2021, folgender Hinweis: „Der Bundesrat bedauert, dass das Gesetz weiterhin undifferenzierte Vorgaben bei der Überschreitung des Schwellenwertes der Sieben-Tage-Inzidenz von 100 beinhaltet und damit insbesondere keine Unterscheidung zwischen Cluster-Ausbrüchen und diffusen Infektionsgeschehen auf Bevölkerungsebene ermöglicht. Dies wird regionalen Besonderheiten nicht gerecht.“

36 Vgl. insoweit nur NdsOVG Beschl. v. 15.2.2021 – 13 MN 44/21 Rn. 38; NdsOVG Beschl. v. 26.2.2021 – 13 MN 63/21 Rn. 32.

37 Vgl. insoweit nur Murswick NVwZ-Extra 5/2021, 1 (2 f.).

38 Vgl. nur den Entschließungs-Antrag des Landes Schleswig-Holstein im Bundesrat, BR-Drs. 315/1/21 v. 20.4.2021, der sich dafür ausspricht, auch die Anzahl der geimpften Personen, die Zahl der durchgeführten

liche Infektionsgeschehen und damit auch auf das Gefahrenpotential für die durch die Maßnahmen zu schützenden Rechtsgüter zulässt.

#### 4. Die verfassungsrechtliche Bewertung von Ausgangsbeschränkungen

Die in § 28 b Abs. 1 Nr. 2 IfSG normierten Ausgangsbeschränkungen stellen bei sachgerechter Beurteilung<sup>39</sup> Eingriffe in die Bewegungsfreiheit und damit in die Freiheit, den Aufenthaltsort selbst bestimmen zu können<sup>40</sup>, dar. 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.

Aber selbst wenn man der Auffassung ist, dass in Ansehung der vielfältigen Ausnahmetatbestände Ausgangsbeschränkungen keine Freiheitsentziehungen darstellen,<sup>41</sup> so ist die pauschale gesetzliche Anordnung von Ausgangsbeschränkungen ohne weitere behördliche Prüfung und Einzelfallentscheidung nicht mit dem Grundgesetz zu vereinbaren. Sie verfolgen zwar im Interesse des grundrechtlichen Lebens- und Gesundheitsschutzes durchaus legitime Ziele; indes dürfte die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen<sup>42</sup> – wie so gleich nachzuzeichnen ist – nicht zu bejahen sein.

Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die verwaltungsgerichtliche Judikatur in der Beantwortung dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Während sowohl das VG Hamburg<sup>43</sup> als auch der Bayerische VGH<sup>44</sup> von einer prinzipiellen Eignung ausgehen, da Maßnahmen zur Beschränkung von sozialen Kontakten, selbst wenn sie nur wenige Menschen beträfen, zur Eindämmung des Pandemiegeschehens beitragen könnten, so mag diese Judikatur auch durch den dem Gesetzgeber eingeräumten weiten Beurteilungsspielraum geprägt sein. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich regelmäßig auf dieser Stufe auf die Frage, ob das eingesetzte Mittel „objektiv untauglich“<sup>45</sup> oder „schlechthin ungeeignet“<sup>46</sup> ist. Umgekehrt ist ein Mittel jedenfalls schon dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der Zweck zumindest gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreichend ist.<sup>47</sup> Nach der Rechtsprechung des Niedersächsischen OVG<sup>48</sup> sind dagegen Ausgangsbeschränkungen jedenfalls schon objektiv ungeeignet, soweit verboten wird, sich allein (nach dem Gesetz nunmehr zwischen 24 Uhr und 5 Uhr) oder mit Haushaltangehörigen in der Öffentlichkeit aufzuhalten, da ein solches Verhalten zu keinem relevant erhöhten Infektionsrisiko führen könne. Zudem sei die Eignung auch beeinträchtigt, wenn Personen zwischen 22 Uhr und 5 Uhr in einer Wohnung verbleiben können, die sie außerhalb dieses Zeitraums betreten haben.<sup>49</sup> Abgesehen davon kann auch die Frage aufgeworfen werden, warum der Aufenthalt unter freiem Himmel nach 22 Uhr gefährlicher sein soll als vor 22 Uhr – auch hier bleibt der Gesetzgeber jede Begründung für die – wohl eher willkürliche – Differenzierung schuldig.

Aber auch mit Blick auf die Erforderlichkeit – also das verfassungsrechtliche Gebot des Interventionsminimums<sup>50</sup> – begegnet die im Gesetz angelegte Ausgangsbeschränkung durchgreifenden Bedenken. Grundsätzlich ist danach eine Freiheitsbeschränkung unzulässig, wenn derselbe Erfolg auch mit einer weniger schweren Maßnahme erzielt werden kann.<sup>51</sup> Mit Blick auf das Gebot einer effektiven Pandemiebekämpfung ist nach der Rechtsprechung eine Ausgangs-

beschränkung nur dann statthaft, wenn der Verzicht auf die Maßnahme auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer Verschlechterung des Pandemiegeschehens führen würde.<sup>52</sup> Eine Ausgangsbeschränkung, die zudem eine nachvollziehbare ex-ante-Prognose verlangt<sup>53</sup>, ist insoweit nur als „ultima ratio“ statthaft.<sup>54</sup> Gerade mit Blick auf die geforderte Prognose muss der Gesetzgeber aufzeigen können, welche Bemühungen er bisher unternommen hat, um die von ihm vorgetragenen Defizite bei der Einhaltung der Kontaktbeschränkungen durch staatliche Kontrolle und staatliches Eingreifen zu verbessern.<sup>55</sup> In Ansehung der erheblichen Eingriffsintensität reichen nicht nachprüfbare Behauptungen<sup>56</sup> oder der selektive Hinweis auf wissenschaftliche Studien nicht aus.<sup>57</sup> Jenseits dieser Be-

Tests und die tatsächliche Auslastung der Intensivstationen inklusive des vorhandenen Personals sowie die Möglichkeiten der Gesundheitsämter, die Ansteckungsketten nachzuverfolgen, als weitere Parameter zu berücksichtigen.

<sup>39</sup> Nebulos insoweit der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 13.4.2021, BT-Drs. 19/28444, S. 12: „Es handelt sich vorliegend nicht um eine Freiheitsentziehung, sondern lediglich um eine Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit zu regelmäßigen Ruhe- und Schlafenszeiten, die sich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit auswirkt.“ – Es spricht nicht für die Güte der Gesetzgebung, wenn einerseits ausweislich der Begründung eine Freiheitsentziehung verneint und nur ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit angenommen wird und gleichzeitig das Gesetz in Erfüllung des Zitiergebotes aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG in § 28 b Abs. 11 das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) als eingeschränktes Grundrecht benennt. Andere Maßnahmen – außer den Ausgangsbeschränkungen – aus dem Katalog des § 28 b Abs. 1 IfSG berühren nicht den Schutzbereich der Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG.

<sup>40</sup> Grundlegend zu diesem Verständnis von Art. 2 Abs. 2 GG *Di Fabio* in Maunz/Dürig GG Art. 2 Rn. 26; ähnlich auch *Kingreen* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 1 Rn. 66; ausführlich zur Abgrenzung zwischen Art. 2 Abs. 2 und Art. 11 GG auch *Poscher* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 4 Rn. 122 ff.

<sup>41</sup> In diese Richtung beispielsweise *Poscher* in Huster/Kingreen InfektionsschutzR-HdB Kap. 4 Rn. 127; anders dagegen *Kießling* in Kießling IfSG § 28 Rn. 33; *Schmitt* NJW 2020, 1626 ff.

<sup>42</sup> Ausführlich zur Struktur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Schrifttum: *Grzesick* in Maunz/Dürig GG Art. 20 VII Rn. 107 ff.; *Hillgruber* in HStR IX § 201 Rn. 51 ff.; *Merten* in HbGR III, 2009, § 68 Rn. 50 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, 775 ff.

<sup>43</sup> VG Hamburg Beschl. v. 2.4.2021 – 14 E 1579/21.

<sup>44</sup> BayVGH Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907.

<sup>45</sup> BVerfGE 16, 147 (181); 30, 250 (263).

<sup>46</sup> So die Formulierung in BVerfGE 17, 306 (317); 19, 119 (126 f.); 30, 250 (363).

<sup>47</sup> BVerfGE 116, 202 (224); 117, 163 (188 f.).

<sup>48</sup> NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 20.

<sup>49</sup> Dazu NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 21.

<sup>50</sup> Vgl. dazu BVerfGE 46, 175 (186).

<sup>51</sup> BVerfGE 25, 1 (18); 30, 292 (316); 33, 171 (187); 34, 71 (78); 36, 47 (63 f.); 39, 210 (230); 40, 196 (223); 41, 378 (396); 53, 135 (145); 63, 88 (115); 80, 1 (30); 81, 156 (192 f.); 85, 360 (376 f.); 92, 262 (273); 117, 163 (189); 119, 309 (325 ff.); 121, 317 (354) – std. Rspr.

<sup>52</sup> VGH BaWü Beschl. v. 5.2.2021 – 1 S 321/21 Rn. 37 f.

<sup>53</sup> Dazu BayVGH Beschl. v. 12.1.2021 – 20 NE 20.2933 Rn. 42; NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 27 f.; VGH BaWü Beschl. v. 5.2.2021 – 1 S 321/21 Rn. 32 ff.; siehe ferner aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Beurteilungs- und Prognosespielräumen des Gesetzgebers im Hinblick auf Eignung und Erforderlichkeit BVerfGE 90, 145 (173); 109, 190 (240); 110, 141 (157); 116, 202 (225 f.); 117, 163 (183).

<sup>54</sup> NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 27. Das Gericht weist insoweit zutreffend auf die Möglichkeit von Betretensverböten an öffentlichen Orten als milderndes Mittel hin.

<sup>55</sup> So beispielsweise die Forderung bei NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 29. Auch hier dürfte der Grundsatz gelten, dass Vollzugsprobleme nicht durch Akte der Normsetzung gelöst werden können.

<sup>56</sup> Zum Erfordernis der hinreichenden Sachverhaltaufklärung auch BVerfGE 109, 190 (240).

<sup>57</sup> Sehr deutlich NdsOVG Beschl. v. 7.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 30: „Nach mehr als einem Jahr Dauer des Pandemiegeschehens besteht die begründete Erwartung nach weitergehender wis-

denken sind Ausgangsbeschränkungen aber auch nicht angemessen, da das Verhältnis von Eingriffsmittel und Eingriffsziel nicht gewahrt ist.<sup>58</sup> Neben dem Aspekt, dass jedenfalls bisher nicht ersichtlich ist, ob im Gesetzesvollzug durch die Länder alles Mögliche und Zumutbare zur effektiven Pandemiebekämpfung unternommen wurde, um die Befolgung der Schutzmaßnahmen zu gewährleisten, ist es aber vor allem unverhältnismäßig, alle in einem bestimmten Gebiet lebenden Personen einer Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen, wenn einzelne Personen nicht bereit sind, die allgemein geltenden Regelungen zu befolgen und die Verwaltung auch nicht alle geeigneten Maßnahmen getroffen hat, gegenüber dieser Gruppe das geltende Recht durchzusetzen. Zudem dürfte mit Blick auf die Erforderlichkeit der im Rede stehenden Vorschrift auch zu berücksichtigen sein, dass auch mit dem bisherigen Instrumentarium in § 28 a IfSG durchaus Möglichkeiten bestanden, auf Lagen mit hohen Inzidenzwerten und einem diffusen Infektionsgeschehen zu reagieren. Im Ergebnis dürfte daher das Vollzugsdefizit der – allerdings nicht durchgreifende – Grund für die nunmehr erfolgte Regelung sein.

Auch wenn insbesondere für die Eignung und die Erforderlichkeit ein weiter Beurteilungsspielraum anzuerkennen ist und dem Gesetzgeber daher – gerade in Ansehung immer noch bestehender Unsicherheiten hinsichtlich der Pandemieentwicklung und ihrer Ursachen – ein gewisser Risikofaktor zuzubilligen ist, so dürfte – insbesondere in dem Zusammenspiel des gewählten Inzidenzwertes einerseits, der – wie oben ausgeführt – nur bedingt aussagefähig ist und der erheblichen Eingriffswirkung der Ausgangsbeschränkungen andererseits die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme insgesamt zu verneinen sein.

## 5. Die Entscheidung über die Wahrnehmung von Freiheitsrechten in der Hand des Verordnungsgebers

Ausweislich der Informationen des Bundesministeriums der Gesundheit<sup>59</sup> waren am Tag der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes (21.4.2021) 21,6 % der Bevölkerung einmal und 6,9 % der Bevölkerung zweimal geimpft. Soweit der Gesetzgeber die Freiheitsausübung eines Fünftels der Bevölkerung in das Ermessen des Verordnungsgebers stellt, ist dies verfassungsrechtlich unzulässig.

Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Gesetzgeber selbst bei einer Verordnungsermächtigung durch Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. Dabei hängt der Grad der Bestimmtheit insbesondere von der Bedeutung der Regelung ab, zu deren Erlass die Exekutive ermächtigt wird – also von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der jeweiligen Maßnahmen, und somit im Ergebnis von der Grundrechtsrelevanz für die von der Verordnung potenziell Betroffenen.<sup>60</sup> Schon vor diesem Hintergrund dürfte § 28 c IfSG durchgreifenden Bedenken begegnen, weil letzten Endes überhaupt nicht deutlich wird, welche Begünstigungen Geimpften und Nichtansteckenden gewährt werden sollen. Noch problematischer wird aber der Regelungsgehalt von § 28 c IfSG, wenn man die inhaltliche Regelungsdichte der Vorschrift unter dem Aspekt der (grundrechtlichen) Wesentlichkeitsanforderungen in den Blick nimmt.<sup>61</sup> Danach muss der Gesetzgeber das Wesentliche selbst im Gesetz regeln und kann den Inhalt des zu Regelnden nicht durch eine pauschale gesetzliche Ermächtigungsregelung auf die Exekutive übertragen.<sup>62</sup> Nur so kann die grundrechtssichernde Ausgestaltung des Gesetzesvorbehalts ihre Wirkungskraft entfalten.

Vor diesem Hintergrund ist es aber verfassungsrechtlich nicht zulässig, die nicht begründungspflichtige Grundrechtsausübung einer Entscheidung des Verordnungsgebers zu überlassen, ohne dass der Gesetzgeber die wesentlichen Kriterien für eine solche Entscheidung selbst konturiert. Der vom Gesetzgeber gewählte Weg verkennt den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes vollständig. Freiheit ist zunächst und zuvörderst ein dem Individuum durch die Verfassung zuerkannter Freiheitsraum.<sup>63</sup> Das Grundgesetz gewährleistet, indem es Freiheitsrechte normiert, Freiheit vom und durch den Staat. Die grundgesetzlich garantierte Freiheit ist daher zwar eine verfassungsrechtlich gestaltete und zugleich begrenzte Freiheit des Einzelnen; sie ist im Recht gegebene und durch das Recht gesicherte Freiheit.<sup>64</sup> Dies entspricht auch dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip zwischen individueller Freiheit einerseits und staatlicher Eingriffsbefugnis andererseits, wonach die Freiheit des einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen *prinzipiell begrenzt* ist.<sup>65</sup> Selbst in Ansehung der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht<sup>66</sup> davon ausgeht, dass das Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten, souveränen Individuums ist, sondern das Grundgesetz die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden hat, so kann dem Grundgesetz kein Freiheitsverständnis entnommen werden, dem eine solidarische Einstands- oder Verzichtspflicht auf die Ausübung von Freiheit<sup>67</sup> gegenüber den Noch-Nicht-Geimpften zugrunde liegt. Die Annahme, der Staat könnte auf der Grundlage einer Rechtsverordnung grundrechtlich geschützte Freiheit „zurückgeben“, erweist sich als Verkehrung dieser Grundforderungen des freiheitlichen Verfassungsstaates in ihr Gegenteil.

## IV. Zusammenfassung und Ausblick

Auch wenn die Corona-Pandemie keine Rücksicht auf die Verfassungsordnung des Grundgesetzes nimmt, so ist der Gesetzgeber nach Art. 20 Abs. 2 GG an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden. So unbestritten die Corona-Pandemie vor allem – aber überwiegend anfangs – durch ein Agieren unter Bedingungen der Unsicherheit und des Nichtwissens gekennzeichnet ist, so dürften die gesetzgeberischen und exekutivischen Einschätzungsprärogativen und Gestaltungsspielräume mit zunehmender Dauer und Intensität der Belastungswirkung der Grundrechtseingriffe enger werden und damit zugleich zu einer weitergehenden (verfassungs-)

*senschaftlicher Durchdringung der Infektionswege. Der Erlass einschneidender Maßnahmen lediglich auf Verdacht lässt sich in diesem fortgeschrittenen Stadium der Pandemie jedenfalls nicht mehr rechtferigen.“*

<sup>58</sup> Vgl. dazu nur BVerfGE 65, 1 (54); 67, 157 (173, 175, 178); 81, 156 (194); 90, 145 (173); 92, 262 (273); 96, 10 (23); 100, 313 (375 f.) – std. Rspr.

<sup>59</sup> Vgl. dazu die Daten auf <https://impfdashboard.de> (zuletzt abgerufen am 22.4.2021).

<sup>60</sup> BVerfGE 58, 257 (277 f.); 62, 203 (210); 76, 130 (143).

<sup>61</sup> Ausführlich dazu: Grzesick in Maunz/Dürig GG Art. 20 VI Rn. 105 f.

<sup>62</sup> Siehe insoweit auch BVerfGE 49, 89 (126 f.); 57, 295 (327); 83, 130 (142); 101, 1 (34).

<sup>63</sup> So Schwarz, Vertrauenschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 239.

<sup>64</sup> Vgl. insoweit nur Böckenförde, Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, in Recht, Staat, Freiheit, 2. Aufl. 1992, S. 42 (49); H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 69; Steinbeiß-Winkelmann, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986, S. 37.

<sup>65</sup> Grundlegend C. Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, S. 126 (Hervorhebung im Original).

<sup>66</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.); 30, 1 (20); 115, 118 (158 f.).

<sup>67</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese hier angesprochene Frage in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz offengelassen, vgl. BVerfGE 115, 118 (159).

gerichtlichen Kontrolldichte für freiheitsbeeinträchtigende Maßnahmen führen. Wenn die verfassungsrechtlichen Bindungen auch in einer schwierigen Situation Bestand haben

sollen, dann dürfen die jetzt gegangenen Schritte in Ansehung ihrer Verfassungswidrigkeit keinen Bestand haben. ■

UNKORRIGIERT