



Laura Kristin Hass
**Infektionsschutzgesetz:
Verhältnismäßigkeit von
Grundrechtseinschränkungen am
Beispiel von Kontaktbeschränkungen**

Fulya Zeiml
**Die Verfassungsmäßigkeit von
Ausgangssperren anlässlich der
Corona-Pandemie**

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 44

Laura Kristin Hass

Infektionsschutzgesetz:

Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von Kontaktbeschränkungen

Fulya Zeiml

Die Verfassungsmäßigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pandemie

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 44

Laura Kristin Hass ist Studentin des Bachelorstudienganges
Sozialökonomie an der Universität Hamburg.

Fulya Zeiml ist Studentin des Bachelorstudienganges
Sozialökonomie an der Universität Hamburg.

Die Ausarbeitungen von Frau Hass und Frau Zeiml sind im Rahmen des
von Herrn Professor Dr. Knops im Sommersemester 2021 angebotenen
Seminars „rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen der Corona-
Epidemie“ entstanden.

Impressum

Kai-Oliver Knops, Marita Körner, Karsten Nowrot (Hrsg.)
Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

Laura Kristin Hass
Infektionsschutzgesetz:
Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen am Beispiel von
Kontaktbeschränkungen

Fulya Zeiml
Die Verfassungsmäßigkeit von Ausgangssperren anlässlich der Corona-
Pandemie

Heft 44, August 2021

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikationen in der
Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter
<http://dnb.dnb.de> abrufbar.
ISSN 2366-0260 (print)
ISSN 2365-4112 (online)

Reihengestaltung: Ina Kwon
Produktion: UHH Druckerei, Hamburg
Schutzgebühr: Euro 5,-

Die Hefte der Schriftenreihe „Rechtswissenschaftliche Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie“ finden sich zum Download auf der
Website des Fachgebiets Rechtswissenschaft am Fachbereich
Sozialökonomie unter der Adresse:

[https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/
koerner/fiwa/publikationsreihe.html](https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/koerner/fiwa/publikationsreihe.html)

Fachgebiet Rechtswissenschaft
Fachbereich Sozialökonomie
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Universität Hamburg
Von-Melle-Park 9
20146 Hamburg

Tel.: 040 / 42838 - 3521

E-Mail: Beate.Hartmann@uni-hamburg.de

Inhalt

I. Abstract	5
II. Einleitung	5
III. Grundrechtsverletzungen durch das Infektionsschutzgesetz	6
IV. Schutzbereich	7
1. Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG – Familie und Ehe.....	7
2. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	7
3. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit.....	8
V. Eingriff in die Schutzbereiche der Grundrechte	9
1. Eingriff – Art. 6 Abs. 1 GG – Familie und Ehe.....	9
2. Eingriff – Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	9
3. Eingriff – Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit.....	10
VI. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	10
1. Gesetzesvorbehalt.....	10
2. Ermächtigungsgrundlage.....	10
3. Formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit.....	11
4. Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen.....	12
a) Legitimes Ziel.....	12
b) Geeignetheit des Mittels.....	13
c) Erforderlichkeit des Mittels.....	14
d) Angemessenheit des Mittels.....	14
VII. Fazit	17

I. Abstract

Die Corona-Pandemie hat in der Bundesrepublik Deutschland massive Grundrechtseinschränkungen im öffentlichen und privaten Leben zur Folge, welche durch die Verabschiedung des Vierten Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung und der Einführung der sog. „Bundesnotbremse“ zu noch konkreteren Einschränkungsmaßnahmen des Gesetzgebers geführt hat. Hierbei wird vor allem die Verhältnismäßigkeit von Kontaktbeschränkungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der COVID-19 Pandemie diskutiert.

II. Einleitung

Der Ausbruch der Atemwegserkrankung COVID-19, welche erstmalig im Dezember 2019 in der chinesischen Stadt Wuhan nachgewiesen worden ist, sorgt für extreme Einschränkungen im öffentlichen und privaten Leben auf der ganzen Welt.¹ Das bis dato unbekannte Coronavirus SARS-CoV-2 hat seit dem Frühjahr 2020 auch in der Bundesrepublik Deutschland zu steigenden Infektionszahlen geführt.² Die besondere Problematik dieses Virus liegt in der Gefahr lebensbedrohlicher Schwerstverläufe, die einer aufwendigen Intensivmedizin bedürfen und innerhalb kürzester Zeit durch exponentielles Wachstum das Gesundheitssystem überlasten kann.³ Die stark ansteigenden Infektionszahlen und dem damit einhergehenden hohen Risiko sich mit dem Virus zu infizieren⁴, haben zum Erlass von Rechtsverordnungen durch die Bundesländer geführt, die massive gesellschaftliche Grundrechtseinschränkungen zur Folge hatten. Neben Kontaktbeschränkungen, Versammlungsverboten, Schließungen von Geschäften - die nicht notwendige Einrichtungen des täglichen Lebens sind – sowie Bildungs- und Kultureinrichtungen, hat es eine Vielzahl weiterer Schließungen in sämtlichen Bereichen der Gesellschaft gegeben. Einschränkungen dieser Art gab es seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland noch nicht.

Diese Grundrechtseinschränkungen werden auf Basis des sog. Infektionsschutzgesetzes (kurz: IfSG), welches als Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen als spezielles Gesetz zur Gefahrenabwehr dient, begründet.⁵ COVID-19 gilt durch das Gesetz als meldepflichtige Krankheit.⁶ Hierdurch sind Behörden dazu ermächtigt, bestimmte Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung zu ergreifen. Es regelt damit, wie der Staat Grundrechte im Falle einer Epidemie einschränken darf.

Um auf die sich zuspitzende Infektionslage im Frühjahr 2021 zu reagieren, hat der Bundesgesetzgeber mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung eine bundeseinheitliche „Notbremse“ geschaffen, welche durch den neuen § 28b IfSG gewährleistet werden soll. „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

1 Weltgesundheitsorganisation (WHO), Pandemie der Coronavirus-Krankheit (COVID-19), <https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/novel-coronavirus-2019-ncov> (Zugriff am: 26.05.21).

2 Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit vom 26.03.20, Robert Koch-Institut.

3 Krankheitsschwere der ersten COVID-19-Welle in Deutschland – Journal of Health Monitoring, 2020, Hrsg. Robert Koch-Institut, Berlin, S. 2-5.

4 Gesellschaft für Aerosolforschung Position paper of the Gesellschaft für Aerosolforschung on understanding the role of aerosol particles in SARS-CoV-2 infection v. 17.12.2020, <https://doi.org/10.5281/ZENODO.4350494> (Zugriff am: 25.05.21).

5 § 1 Abs. 1 IfSG.

6 § 6 Abs. 1 S. 1 lit. t) IfSG.

Corona-Virus 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 Maßnahmen“ des § 28b Abs. 1 IfSG.⁷ Zu diesen Maßnahmen gehören unter anderem Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG. Hiernach sind „private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum 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 (...)“.

Schwerpunkt dieser Arbeit ist die Frage nach der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in den Schutzbereich einzelner Grundrechte durch die Kontaktbeschränkungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der COVID-19 Pandemie in Deutschland.

III. Grundrechtsverletzungen durch das Infektionsschutzgesetz

Fraglich ist, ob im Zuge der Kontaktbeschränkungen nach dem Infektionsschutzgesetz (§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG) Grundrechte verletzt sind. Grundrechte sind verfassungsrechtlich geschützte Rechte der Bürger:innen gegenüber dem Staat und dienen damit in erster Linie als Abwehrrechte.⁸ Unterschieden werden hierbei Freiheits- und Gleichheitsrechte. Die meisten Grundrechte im Grundgesetz stellen Freiheitsrechte dar. Sie schützen unter anderem nach dem status negativus, die Freiheit des Einzelnen vor unverhältnismäßigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt.⁹ Dabei bedürfen staatliche Eingriffe, aber nicht die Geltendmachung der Freiheitsrechte durch Bürger:innen, einer Rechtfertigung.¹⁰ Zum absolut geschützten Kernbestand der Grundrechte gehört dabei die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG.¹¹

In der Literatur wird derzeit die Verletzung von zahlreichen Grundrechten, u.a. die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Familie und Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG), die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), die Einschränkung der Religions- und Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) sowie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) diskutiert.¹² Durch die Kontaktbeschränkungen werden eine Vielzahl von Grundrechten tangiert, welche im weiteren Verlauf aufgrund des Umfangs der Arbeit nicht ausreichend berücksichtigt werden können. Daher wird sich exemplarisch auf das Recht auf Familie und Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) fokussiert.

7 § 28b Abs. 1 IfSG.

8 V. Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Springer Verlag, S. 3, Rn. 9-10.

9 Kingreen/Poscher Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 120; G. Jellinek, Status-Lehre, System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 81.

10 Ebd.

11 Maunz/Dürig/Herdegen, 93. EL Oktober 2020, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 73.

12 Vgl. Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ – Extra 5/2021, S. 3 vom 01.03.2021.

IV. Schutzbereich

Für eine Verletzung muss zunächst geprüft werden, ob der Schutzbereich des Grundrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet ist.

1. Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG – Familie und Ehe

Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG könnte eröffnet sein. Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 GG ist das Recht ein Jedermann-Grundrecht. In diesen Bereich fallen alle natürlichen Personen. Die Kontaktbeschränkungen nach dem § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG gelten für alle natürlichen Personen in Deutschland, wodurch implizit unterstellt werden kann, dass der persönliche Schutzbereich für eine Vielzahl der Bürger:innen eröffnet ist.

Des Weiteren muss der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG besagt: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“. Somit schützt der Artikel Ehe und Familie als „geschlossenen, gegen den Staat abgeschirmten (...) Autonomie- und Lebensbereich“¹³ und verstärkt dahingehend auch die Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁴ Damit gehört der Art. 6 Abs. 1 GG zu einem Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.¹⁵ Der Art. 6 Abs. 1 umfasst dabei unter anderem die umfassende Gemeinschaft zwischen Eltern und ihren Kindern. Des Weiteren schützt der Art. 6 Abs. 1 GG auch familiäre Bindungen zwischen Großeltern und Enkelkindern¹⁶, welche durch die Pandemie zunehmend betroffen sein könnten. Der Schutzbereich ist somit auch in sachlicher Hinsicht eröffnet.

2. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht stellt ein spezielles Grundrecht in der Verfassung dar. Die Weite der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG führte das BVerfG dazu, aus dem weit gefassten Art. 2 Abs. 1 GG in Kombination mit dem Art. 1 Abs. 1 GG – der Garantie der Menschenwürde – ein spezielleres Grundrecht abzuleiten.¹⁷ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dazu, Eingriffe in die Privatsphäre des Einzelnen durch den Staat abzuwehren.¹⁸ Um den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu konkretisieren, hat das BVerfG unterschiedliche Fallgruppen entwickelt.¹⁹ Dazu zählt unter anderem das Recht auf Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre sowie dem Schutz der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung- und -entwicklung.²⁰

Fraglich ist, ob der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus

13 BeckOK GG/Uhle, 46. Ed. 15.02.2021, GG Art. 6 Rn. 2.

14 BVerfGE 42, 234 (236).

15 BVerfGE 6, 386 (388).

16 OVG Saarlouis Beschl. v. 29.01.2021 – 2 B 25/21, BeckRS 2021, 942 und BVerfGE 136, 382 (388 f.).

17 ErfK/Schmidt, 21. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 32, 33.

18 Ebd.

19 BVerfGE 34, 384 (396 ff.).

20 BeckOGK/Specht-Riemenschneider BGB § 823 Rn. 1146, 1147; Maunz/Dürig/Di Fabio, 93. EL Oktober 2020, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 147, 148.

Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet ist. Das Grundrecht ist ein Jedermann-Recht und umfasst alle Menschen im Geltungsbereich des Grundgesetzes. Der persönliche Schutzbereich ist hierbei ebenfalls eröffnet.

Zudem muss der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet sein. Der sachliche Schutzbereich umfasst den autonomen Bereich privater Lebensführung sowie die Entwicklung und Wahrung seiner persönlichen Integrität.²¹ Des Weiteren zielt der Artikel auf die „Abwehr von Beeinträchtigungen der engeren persönlichen Lebenssphäre, der Selbstbestimmung und der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung“ ab.²² Zudem schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht soziale Beziehungen auch außerhalb der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familie.²³ Der sachliche Schutzbereich ist ebenfalls eröffnet.

3. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Des Weiteren könnte der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet sein. Das BVerfG legt den Schutzbereich weit aus. Geschützt ist hierbei nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern „jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf zu nehmen, welches Gewicht einer Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zu kommt.“²⁴

Dazu müsste zunächst der persönliche Schutzbereich eröffnet sein. Der Art. 2 Abs. 1 GG ist ebenfalls ein Jedermann-Grundrecht. Der persönliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

Fraglich ist, ob der sachliche Schutzbereich eröffnet ist. Der Art. 2 Abs. 1 GG umfasst dabei rechtlich bedeutende Handlungsmöglichkeiten, aber auch alltägliche Betätigungen. Nach herrschender Meinung, zeigt schon die Entstehungsgeschichte und der damalige Entwurf des Grundrechts, dass „jedermann (...) die Freiheit (hat), zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz verstößt“²⁵ seinen weit ausgelegten Anwendungsbereich. Der weit ausgelegte sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG bedeutet auch, dass dieser gegenüber den speziellen Freiheitsrechten ein „Auffanggrundrecht“ darstellt. Nach dem BVerfG hat der Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht grundsätzlich alle Lebensbereiche und Betätigungen zu schützen, die keinem spezielleren Freiheitsrecht unterfallen.²⁶ Da der sachliche und persönliche Schutzbereich des spezielleren Freiheitsrechts des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits eröffnet ist, tritt die allgemeine Handlungsfreiheit hinter der spezielleren zurück.²⁷ Der Artikel ist somit nur subsidiär anwendbar.

21 BVerfGE 54, 148, 153 – Eppler; Jarass/Pieroth, GG Art. 2 Rn. 28.

22 Vgl. Lang, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 42. Edition Stand: 01.12.2019, Art. 2 Rn. 34 ff.

23 Kämmerer/Jischkowski, GesR 2020, Grundrechtsschutz in der Pandemie, <https://doi.org/10.9785/gesr-2020-190604> (Zugriff am: 04.06.21).

24 ErfK/Schmidt, 21. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 1-7.

25 BVerfG, Urteil v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, Rn. 1-36.

26 BVerfGE 6, 32 (37) – sog. *Elfes*-Urteil.

27 Vgl. BVerfG 16.12.1981 E 59, 128, 163.

V. Eingriff in die Schutzbereiche der Grundrechte

Eine Grundrechtsverletzung setzt voraus, dass ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegt. Die Kontaktbeschränkungen könnten einen Eingriff in die Schutzbereiche der unter IV genannten Grundrechte darstellen. Nach dem modernen Eingriffsbegriff wird als Eingriff in den Schutzbereich bezeichnet, wenn staatliches Handeln, dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, vorliegt.²⁸

1. Eingriff – Art. 6 Abs. 1 GG – Familie und Ehe

Es könnte somit ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vorliegen. Die Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG sind im öffentlichen und privaten Raum auf einen Haushalt und eine weitere Person festgelegt, womit unter anderem Treffen von Familien und Großelternpaare durch die erhöhte Anzahl an Personen betroffen sind. Die Kontaktbeschränkungen verhindern damit zunehmend die Wahrnehmung von familiären Begegnungen und greifen in die Familiengestaltungsfreiheit ein.²⁹ Die Kontaktbeschränkungen schreiben den Betroffenen mittelbar vor, wie sich der private familiäre Alltag zu gestalten hat.³⁰ Folglich stellen die Kontaktbeschränkungen einen Eingriff in den Art. 6 Abs. 1 GG dar.

2. Eingriff – Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG – Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Fraglich ist, ob die Kontaktbeschränkungen einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellen. Hierbei könnte der Eingriff im Hinblick auf die private Lebensgestaltung in Frage kommen. Durch die Kontaktbeschränkungen haben die Bürger:innen nur eingeschränkt die Möglichkeit, den Freiheitsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts frei auszuführen.³¹ Durch die Maßnahme entfällt die Möglichkeit für die Bürger:innen frei zu entscheiden mit wie vielen Menschen sie sich treffen möchten. Dadurch wird unmittelbar in das Selbstbestimmungsrecht der Bürger:innen eingegriffen, da die Grundrechtsträger:innen nicht eigenverantwortlich über ihr Sozialleben bestimmen können. Infolge einer hoheitlichen Maßnahme wird in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 S.1 GG eingegriffen.

28 Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 239; BVerFGE 105, 279 (299ff.).

29 Brosius-Gersdorf, Grundgesetz Kommentar, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 121.

30 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.01.2021 – 13 MN 11/21 – juris.

31 Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste, Kontaktbeschränkungen zwecks Infektionsschutz: Grundrechte, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 079/20, S. 10.

3. Eingriff – Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Außerdem könnte die Maßnahme der Kontaktbeschränkung auch einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellen. Durch den § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG greift der Staat in die Freiheit jeder natürlichen Person (Jedermann) ein, in dem man nicht mehr Tun und Unterlassen kann, was man möchte, sofern es Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz verstößt. Durch die Kontaktbeschränkung ist in das menschliche Handeln eingegriffen, da unter anderem untersagt ist, selbst über die Personenanzahl für ein persönliches Treffen zu entscheiden. Die Kontaktbeschränkungen stellen somit einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG dar, welcher hier aber wie bereits zuvor erwähnt nur subsidiär gilt.

VI. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Im nächsten Schritt muss zunächst geprüft werden, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein könnte.

1. Gesetzesvorbehalt

Grundrechte sind nicht grenzenlos gewährleistet, sondern unterliegen auch Einschränkungen. Dabei ist je nach Art, der dem Gesetzgeber gewährten Möglichkeiten der Schrankenziehung, zwischen unterschiedlichen Schranken zu unterscheiden. Bei Kontaktbeschränkungen in der Corona-Pandemie kommt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit einfachem Gesetzesvorbehalt in Frage. Das Grundrecht steht dabei unter dem sog. „Schrankentrias“ des Art. 2 Abs. 1 2. Hs. GG und beinhaltet damit drei verschiedene Schranken. Das Freiheitsrecht kann nur so weit gewährt werden, wie das Verhalten des Betroffenen nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz verstößt sowie die Rechte anderer nicht verletzt. Artikel 6 Abs. 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt, stattdessen bestehen verfassungsimmanente Schranken. Gerechtfertigt werden können Eingriffe nur auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts.³²

2. Ermächtigungsgrundlage

Der Vorbehalt des Gesetzes, welcher sich aus den Grundrechten und dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG) ableitet, setzt eine Ermächtigungsgrundlage für die massiven Einschränkungen und Maßnahmen voraus.³³ Als Ermächtigungsgrundlage für die Länder dient §§ 28 Abs. 1, 28a i. V. m. § 32 S. 1 IfSG für die Verwaltungsakte und

³² V. Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Springer Verlag, S. 3, Rn. 77.

³³ BVerfG, Urteil vom 19.09.2018 – 2 BvF 1/15 – BVerfGE 150, 1 – juris Rn. 200.

Rechtsverordnungen.³⁴ Mit der neu eingeführten „Bundesnotbremse“ im § 28b IfSG wird durch § 28b Abs. 6 IfSG die Bundesregierung dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnungen weitere Gebote und Verbote nach § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 sowie § 28a Abs. 1 zu erlassen, wenn die bundesweite Sieben-Tage-Inzidenz den Wert von 100 überschreitet. Dies bedarf der Zustimmung durch den Bundestag und Bundesrat. Automatisch greifen dann ab dem übernächsten Tag bestimmte im Gesetz verankerte Schutzmaßnahmen, ohne den Beschluss von Verordnungen durch die Länder.

3. Formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Ermächtigungsgrundlage muss zudem den formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die formelle Verfassungsmäßigkeit setzt sich u.a. aus den Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 70 ff. GG und dem Gesetzgebungsverfahren aus Art. 76 ff. GG zusammen.³⁵ Die formelle Verfassungsmäßigkeit verlangt, dass das Gesetz in Übereinstimmung mit den Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften aus dem Grundgesetz erlassen worden ist.³⁶ Bei der „Bundesnotbremse“ handelt es sich um ein zustimmungsbedürftiges Gesetz, um nach Art. 78 GG zustande zu kommen. Umstritten ist hierbei, dass der Bundesrat dem Gesetz nicht zugestimmt hat.³⁷ Dies macht das Gesetz nicht offensichtlich formell verfassungswidrig - vielmehr hat der Bundesrat den Beschluss gefasst, nicht nach Art. 77 Abs. 2 GG den Vermittlungsausschuss einzuberufen.³⁸ Damit liegt die Notwendigkeit einer Zustimmung des Bundesrats für das Zustandekommen des Gesetzes aus Art. 78 GG nicht vor. Das vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wurde am 22. April 2021 erlassen, durch den Bundesrat gebilligt³⁹ und ist am 23. April 2021 in Kraft getreten.⁴⁰ Die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wird damit im Folgenden angenommen.

Die materielle Verfassungsmäßigkeit besteht aus dem Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG), der Wesengehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG), dem Bestimmtheitsgebot (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) und der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das Zitiergebot wird in § 28b Abs. 11 IfSG beachtet, wenn auch kritisch betrachtet werden kann, dass in diesem Absatz nur einige betroffene Grundrechte genannt werden und keine vollständige Aufzählung.⁴¹ Die materielle Verfassungsmäßigkeit wird auch im Hinblick auf die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des Parlamentsvorbehalts (Wesentlichkeitstheorie) in der Literatur intensiv diskutiert, da bezweifelt wird, dass es den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.⁴² Durch die Nachbesserung im Zuge des Vierten Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung im Verlaufe der Pandemie, kann aber festgehalten werden, dass der Inhalt, Zweck und das Ausmaß der erteilten Ermächtigung konkreter bestimmt wurde

34 Brouck, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1485.

35 C. Degenhart, Staatsrecht I, 6, Rn. 14 ff.

36 Ebd.

37 H. Grefrath, Die „Bundesnotbremse“ ist nicht zustande gekommen, <https://verfassungsblog.de/die-bundesnotbremse-ist-nicht-zustande-gekommen>, (Zugriff am: 21.06.21).

38 Vgl. Stenografischer Bericht der 1003. Sitzung des Bundesrats vom 22.04.2021, S. 167.

39 Beschluss des Bundesrates zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0301-0400/315-21\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0301-0400/315-21(B).pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Zugriff am: 25.05.2021).

40 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 31.

41 Vgl. Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ – Extra 5/2021, S. 3 vom 01.03.2021.

42 Vgl. Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ – Extra 5/2021, S. 2 vom 01.03.2021.

und somit die Vorschriften deutlich verfasst wurden, sodass für Betroffene die Rechtslage so erkennbar ist, dass das Verhalten daran ausgerichtet werden kann.⁴³ Die Bundesnotbremse unterfällt somit unter § 28b Abs. 1 IfSG dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot. Zudem hat das Gesetz damit auch wesentliche Fragen des Gemeinwesens zum Gegenstand.⁴⁴ Des Weiteren gelten die Vorschriften nach § 28b Abs. 10 IfSG nur für die Dauer der Feststellung „einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nach dem Deutschen Bundestag, welches in § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG geregelt ist. Längst gelten die Vorschriften der gesetzlichen Notbremse jedoch bis zum 30. Juni 2021.⁴⁵ Die Bundesnotbremse kann somit im Hinblick auf die Wesentlichkeitstheorie und das Bestimmtheitsgebot als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden angesehen werden und stellt damit eine ausreichende Grundlage für die Schutzmaßnahmen dar.⁴⁶

Der Schwerpunkt der materiellen Verhältnismäßigkeit soll im Folgenden jedoch auf der Frage der Verhältnismäßigkeit liegen.

4. Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen

Kontaktbeschränkungen sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sofern sie verhältnismäßig sind. Die Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen der Grundrechte sind nur gewährleistet, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks dienen und dabei geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁴⁷

Fraglich ist somit, ob die in § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG beschlossenen Kontaktbeschränkungen verhältnismäßig sind. Im Rahmen der Schutzpflichtenerfüllung gegen die Ausbreitung von COVID-19 hat der Staat aufgrund des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stets die Verhältnismäßigkeit seiner Eingriffe in andere Grundrechte zu prüfen.⁴⁸

a) Legitimes Ziel

Bei der Wahl der Mittel zur Erfüllung der grundrechtlich festgehaltenen Schutzpflichten gegenüber der Gesellschaft ist der Staat auf die Mittel beschränkt, welche mit den rechtsstaatlichen Inhalten der Verfassung im Einklang stehen.⁴⁹ Auf der einen Seite muss nach dem „Untermaßverbot“ ein gewisses Mindestmaß an Schutz durch den Staat gewährt sein -diese Pflicht wird verletzt, wenn durch den Staat Maßnahmen zum Schutz ergriffen werden, die gänzlich ungeeignet sind, das angestrebte Schutzziel zu erreichen, erheblich dahinter zurückbleiben oder gar keine Maßnahmen ergriffen werden.⁵⁰ Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die bereits zuvor angesprochene Abwehrfunktion der Grundrechte auch ein „Übermaßverbot“ für den Staat enthält, sodass keine unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffe eingesetzt werden dürfen.⁵¹ Je größer eine Gefahr für Leben und Gesundheit ist, desto stärker und massiver

43 Marquardsen/Gerlach, Die Corona-Pandemie in der verwaltungsrechtlichen Prüfung – Teil II (Beck, JA 2020, 801); BVerfG, Beschluss v. 12.06.1979 – 1 BvL 19/76.

44 VerfGH Thüringen, Beschluss v. 19.05.2021 – VerfGH 110/20.

45 § 28b Abs. 10 IfSG.

46 Gerhard, IfSG § 28, 5. Auflage, 2021, Rn. 5-8.

47 Vgl. Oreschnik, Verhältnismäßigkeit, 2019, S. 363 ff.

48 Vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 10.04.2020 – 1 BvQ 28/20 –, Rn. 14.

49 Vgl. Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ – Extra 5/2021, S. 3 vom 01.03.2021.

50 Vgl. Entscheidungen des BVerfGE 125, 39 (78f.); BVerfGE 88, 203 (159f.).

51 Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl., 2019, Rn. 213.

dürfen die Einschränkungen in den Freiheitsrechten sein. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere einer Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems kann dabei als ein legitimes Ziel für Grundrechtseingriffe anerkannt werden.⁵² Hierbei begründet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die Schutzpflicht für das Leben und körperliche Unversehrtheit durch den Staat.⁵³ So liegt es nahe, dass der Gesetzgeber durch den Eingriff, den Schutz von Leben und Gesundheit als legitimes Ziel verfolgt, um die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu gewährleisten und damit die Überlastung von Krankenhäusern vorzubeugen.⁵⁴ Hierbei stand vor allem die Verhinderung einer Triage-Situation im Mittelpunkt und damit insbesondere die Kapazitäten der Intensivbetten und Beatmungsgeräte nicht an ihre Grenzen zu bringen.⁵⁵ Ein legitimes Ziel liegt somit vor.

b) Geeignetheit des Mittels

Zudem gilt zu hinterfragen, ob das vom Gesetzgeber gewählte Mittel der Kontaktbeschränkungen prinzipiell geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen. Laut wissenschaftlicher Erkenntnisse wird das Corona-Virus vermehrt durch die Atemluft übertragen.⁵⁶ Nach Darstellung des Robert-Koch-Instituts ist das Virus sehr infektiös. Zusammenkünfte mit mehreren Personen erhöhen daher das Risiko im Hinblick auf die Ansteckungen.⁵⁷ Zudem können durch die Schaffung von sozialer Distanz Infektionsketten wirksam unterbrochen werden.⁵⁸ Ebenfalls muss bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Maßnahme zur Bekämpfung eines neuartigen Virus den zuständigen Gesundheitsbehörden ein Beurteilungsspielraum zugebilligt werden.⁵⁹ Expert:innen bewerten die Maßnahmen der sozialen Distanzierung als ein wichtiger und entscheidender Baustein, um die Ausbreitung des Virus einzudämmen.⁶⁰ Vor allem der private Haushalt stellt – soweit ermittelbar – ein Ort dar, welcher mit die meisten Ausbruchsgeschehen verantwortet.⁶¹

Darüber hinaus ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber durch die sog. „Einschätzungsprerogative“ ein Beurteilungsspielraum gewährt wird, über die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer bestimmten gesetzlichen Regelung zur Erreichung eines legitimen Ziels letztverbindlich zu entscheiden.⁶² Dieser Spielraum ist im Verlaufe der Pandemie häufig aufgrund der Gefahr, der sich jederzeit weiter verschärfenden Pandemielage sowie den am Anfang mangelnden Informationen und Prognosen zur Entwicklung und Gefährlichkeit des Virus, zum Tragen gekommen.⁶³ Die Maßnahme kann damit als geeignet anerkannt werden.

52 VG Bremen, Beschluss v. 26.03.2020, 5 V 553/20, juris, Rn. 43, siehe auch Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss v. 30.03.2020, 20 NE 20.632, juris, Rn. 34.

53 Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 16. Aufl., 2020, Art. 2 Rn. 91.

54 VGH Kassel, Beschl. v. 02.06.2020, 8B1399/20.N, Rn. 2.

55 Murswiek, Stellungnahme Enquete-Kommission, S. 10, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (Zugriff am: 25.05.21).

56 Gesellschaft für Aerosolforschung Position paper of the Gesellschaft für Aerosolforschung on understanding the role of aerosol particles in SARS-CoV-2 infection v. 17.12.2020, <https://doi.org/10.5281/ZENODO.4350494> (Zugriff am: 25.05.21).

57 Epidemiologisches Bulletin 12/2020: COVID-19: Verbreitung verlangsamen, S. 3; Risikobewertung zu COVID-19, Robert-Koch-Institut, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html (Zugriff am 14.06.21); BVerfG, Beschluss v. 20.05.2021 – 1 BvR 900/21 –, Rn. 1-18.

58 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Drucksache 19/28444, S. 11.

59 VGH München, Beschluss v. 30.03.2020 – 20 CS 20.611 –, BeckRS 2020, 4617.

60 VG Bremen, Beschluss v. 26.03.2020 – 5 V 553/20 –, juris, Rn. 39.

61 Vgl. Senatsbeschl. v. 23.12.2020 – 13 MN 569/20 –, juris Rn. 24; RKI, COVID-19-Lagebericht v. 12.01.2021, S. 11; RKI, Infektionsumfeld von COVID-19-Ausbrüchen in Deutschland, in: Epidemiologisches Bulletin v. 17.09.2020, S. 3 ff; vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.01.2021 – 13 MN 11/21 –, juris Rn. 40 m.w.N.

62 VG Bremen, Beschluss v. 26.03.2020 – 5 V 553/20 –, juris, Rn. 39.

63 BVerfG, Beschluss v. 20.05.2021 – 1 BvR 900/21 –, Rn. 1-18.

c) Erforderlichkeit des Mittels

Zur Verfolgung des legitimen Zwecks müssen grundrechtseinschränkende Maßnahmen erforderlich sein. Fraglich ist dabei, ob es ein milderes, aber gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Zweckes gibt. Von den zur Verfügung stehenden Mitteln muss dasjenige gewählt werden, welches die Schutzgüter des Grundgesetzes am wenigsten beeinträchtigt.⁶⁴ Die Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG, welche den Kontakt zu anderen Menschen außerhalb des eigenen Hausstands minimieren, ist – ohne jeden Zweifel – ein massiver staatlicher Eingriff in die Grundrechte. Fraglich ist demzufolge, ob die Maßnahme der Kontaktbeschränkungen maßgeblich dazu beiträgt, die Infektionskurve abzuflachen oder beispielsweise durch Appelle an das Verantwortungsbewusstsein der Bürger:innen gleichwohl erreichbar wäre. Die Bundesregierung verneinte eine gleiche Wirksamkeit und begründete dies vor allem durch „uneinsichtige“ Bürger:innen, welche im Zuge der Pandemie u.a. zu „Corona-Partys“ geführt hat.⁶⁵ Dabei zeigen auch die Erfahrungen in anderen Staaten, dass die exponentiell verlaufende Ausbreitung des besonders einfach zu übertragenden Virus nur durch eine strikte Minimierung der Kontakte zwischen Menschen eingedämmt werden kann.⁶⁶

Wie unter b) bereits beschrieben, ist zu beachten, dass bei der Beurteilung der Erforderlichkeit dem Gesetzgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht, welcher eine gerichtliche Kontrolle natürlich nicht ausschließt.⁶⁷ Mit Blick auf die Erforderlichkeit konnte im Rahmen von Eilverfahren nicht festgestellt werden, dass andere Maßnahmen zur Erreichung des Ziels, weitere Infektionen einzudämmen, ihrer Wirkung gleichkommen würden.⁶⁸ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass in Eilverfahren vorerst eine summarische Prüfung und Folgenbetrachtung des Sachverhalts von statten geht. Der Ausgang des Eilverfahrens kann im Hinblick auf den Ausgang des Hauptsacheverfahren unterschiedlich ausfallen und stellt damit noch keine finale rechtliche Entscheidung zur Maßnahme dar. Insoweit bedarf es der abschließenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren, ob die Kontaktbeschränkungen die Grundrechte des Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs., Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 S.1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG hinreichend berücksichtigen.⁶⁹

d) Angemessenheit des Mittels

Fraglich ist, ob die Kontaktbeschränkungen angemessene staatliche Maßnahmen darstellen. Angemessenheit ist hierbei gewahrt, wenn der Eingriff nicht „außer Verhältnis“ zum verfolgten Zweck steht.⁷⁰ Staatliche Maßnahmen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne verlangen dabei eine Güterabwägung zwischen den auf beiden Seiten betroffenen grundrechtlichen Schutzgütern.⁷¹ Konkret geht es dabei um das Recht auf Leben und körperlicher

64 Vgl. Ipsen, Staatsrecht II, 23. Aufl. 2020, 51 Rn. 191.

65 Kingreen, Whatever it Takes: Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona, VerBlog, 2020/3/20, <https://verfassungs-blog.de/whatever-it-takes/>, (Zugriff am 26.05.21).

66 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23.03.2020 – 11 S 12/20 –, BeckRS 2020, 4408, Rn. 10.

67 Vgl. Ferreau, Ausgebremste Grundrechte – Die geplante Ausgangssperre im Infektionsschutzgesetz, JuWissBlog Nr. 31/2021 v. 14.04.2021, <https://www.juwiss.de/31-2021/>, (Zugriff am 23.05.21).

68 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23.03.2020 – 11 S 12/20 –, BeckRS 2020, 4408, Rn. 10; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss v. 30.03.2020 – 20 NE 20.632–, juris, Rn. 34.

69 OVG Bremen, Beschluss v. 29.03.2021 – 1 B 100/21.

70 BVerfGE 50, 217 (227); 80, 103 (107); 99, 202 (212 f.).

71 Murswiek, Stellungnahme Enquete-Kommission, S. 11, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (Zugriff am: 21.05.21).

Unversehrtheit auf der einen Seite und das Recht auf die anderen Freiheitsrechte unserer Verfassung auf der anderen Seite. Hierbei darf der Grundsatz der praktischen Konkordanz, welcher als Prinzip zur Lösung von Grundrechtskonflikten dient, nicht außer Acht gelassen werden. Nach diesem Grundsatz sollen kollidierende Verfassungsrechtsgüter einander so zugeordnet werden, dass sich beide Rechte möglichst weitgehend entfalten können.⁷² Damit soll verhindert werden, dass ein Grundrecht auf Kosten eines anderen geschützten Rechtsguts einseitig stärker gewichtet wird. Im Zuge der Kontaktbeschränkungen müssen die kollidierenden Verfassungsrechtsgüter Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG möglichst einen schonenden Ausgleich erfahren.

Im letzten Jahr ist der Eindruck entstanden, dass das Recht auf Leben und körperlicher Unversehrtheit zum höchsten Schutzgut erklärt worden ist und damit über allen anderen Freiheitsrechten anzuordnen wäre und jegliche Eingriffe durch den Staat rechtfertigt.⁷³ Dies wird verfassungsrechtlich kontrovers betrachtet.⁷⁴ Bei der Abwägung muss der Umfang und die Intensität des jeweiligen betroffenen Grundrechts abgewogen werden und nicht nur die alleinige Gegenüberstellung der beiden abstrakten Rechtsgüter.⁷⁵ Das Grundgesetz entscheidet – ausgenommen der unantastbaren Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG – nicht zwischen einem absolut und relativ zu schützenden Rechtsgut aus der Verfassung. So ist auch das Recht auf Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG aufgrund eines Gesetzes einschränkbar und gilt damit nicht absolut. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wird dieses Gut jedoch als ein „Höchstwert“ betrachtet und die Einschränkung des Verfassungsguts von Seiten des Staates gegenüber Privaten ist deswegen nur in extremen Ausnahmefällen möglich.⁷⁶

Mehrere Eilanträge und Verfassungsbeschwerden gegen die Vorschriften des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes sind ebenfalls erfolglos geblieben. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurden abgelehnt, welche sich gegen den § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG („Kontaktbeschränkungen“) richteten. Laut den Beschlüssen vom 20. Mai 2021 des Bundesverfassungsgerichts dient die Einschränkung der Kontaktbeschränkungen als ein Baustein im Gesamtkonzept des Staates dazu, eine „Abschwächung des Infektionsgeschehens zu erreichen und die Wahrscheinlichkeit zu senken, dass es zu vermehrten Ansteckungen kommt“.⁷⁷ Vor allem müsse man beachten, dass die verschiedenen Virusvarianten (Mutationen) zu rapiden Ansteckungen führen können. Nach Ansicht des BVerfG sei daher eine Begrenzung der Zusammenkünfte mit Hinblick auf die Ansteckungsgefahr eine nachvollziehbare Grundlage.⁷⁸

Zudem waren die strengeren Maßnahmen der Kontaktreduzierung vor allem auf das exponentielle Wachstum der Infektionszahlen zurückzuführen. Nach der vorübergehenden Stabilisierung der Infektionszahlen im Sommer 2020, war seit Herbst zunehmend ein Anstieg der Zahlen zu beobachten. Mit fünfstelligen Neuinfektionen pro Tag sowie einer zunehmenden Belastung von Intensivbetten im November 2020 zeigte sich die zuspitzende Lage.⁷⁹ So wurden Anfang November 28.345 Intensivbetten registriert, wovon zu diesem Zeitpunkt 21.256 (75%) belegt waren. Im Januar 2021 stieg die Belegung sogar zeitweise auf 82% an. Zudem

72 Morlok, Staatsorganisationsrecht, Nomos, Baden-Baden, 4. Aufl. 2019, § 3 Rn. 94.

73 Ebd.

74 Kingreen, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, De Gruyter, 1028, Juristische Ausbildung 2020 (10): 1019–1035.

75 Vgl. Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ – Extra 5/2021, S. 3 vom 01.03.2021; Kingreen, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, De Gruyter, 1028, Juristische Ausbildung 2020(10): 1019–1035.

76 BVerfGE 49, 24, 53.

77 BVerfG, Beschluss v. 20.05.2021 – 1 BvR 900/21 –, Rn. 1-18.

78 BVerfG, Beschluss v. 20.05.2021 – 1 BvR 900/21.

79 Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 07.11.2020, S. 2-3.

galt als problematisch, dass die Ansteckungsumstände in ca. 75% der Fälle unklar waren. Demzufolge sollten soziale Kontakte so stark reduziert werden, dass die Dynamik des Infektionsgeschehens unterbrochen werden konnte. Das RKI schätzte die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland im Winter 2020 sehr hoch ein.⁸⁰ Darüber hinaus ist weiterhin unklar gewesen, welche Maßnahmen die Pandemie wirksam eindämmen werden. Bei so viel Unsicherheit gewährt das Recht der Politik einen großen Beurteilungsspielraum, der durch die nach wie vor ungewisse und dynamisch verändernde Gefahrenlage entsteht.

Zudem ist aus meiner Sicht zu berücksichtigen, dass durch die zunehmenden Veränderungen in den Viruseigenschaften sich Virusmutanten rapider verbreiten können, wodurch wiederum auch der bisherige Impferfolg gefährdet sein könnte.⁸¹ Des Weiteren schafft die Ausnahme im § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG, dass Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres von der Einschränkung privater Zusammenkünfte aus dem dazugehörigen Haushalt ausgenommen sind, eine Erleichterung der Gestaltung des Familienalltags und mildert damit den Eingriff in den Art. 6 Abs. 1 GG ab. Des Weiteren hindert die Maßnahme nicht daran, sich mit einer beliebigen Anzahl an Personen privat zu treffen. Lediglich die gleichzeitige Anwesenheit von mehreren Personen wird durch die Regelung beschränkt.⁸² Dies trägt zur Zumutbarkeit der Maßnahme bei.

Meiner Meinung nach stellt die Abwägung zwischen Lebensschutz und Freiheitsschutz schon im Kern ein Dilemma dar, da beiden Grundrechten ein besonderer Schutz gewährt wird. Dennoch steht verfassungsrechtlich außer Frage, dass der Gesetzgeber diese Abwägungen treffen darf und muss. Zudem stellt die Pandemie weltweit eine Ausnahmesituation und große Herausforderung dar. So ist es nach wie vor schwierig den Epidemieverlauf einschätzen zu können, da dieser auf die jeweils bis dahin vorhandenen Datengrundlagen und Prognosen gestützt ist. Jedoch wäre aus meiner Sicht eine individuellere Prüfung der einzelnen Kontaktbeschränkungen wünschenswert gewesen, um die Abkapselung, vor allem von Alleinstehenden oder älteren Menschen in Alten- und Pflegeheimen in der ersten Phase des Lockdowns zu verhindern.⁸³ Ebenso müssen alle Wirkungen nichtvirologischer Natur, wie zum Beispiel Bildungsverluste, ökonomische und psychologische Schäden sowie die Folgen des Mangels an Sozialkontakten oder dem Zusammenleben auf engstem Raum auch im Hinblick auf die häusliche Gewalt deutlich stärker in den Blick genommen werden. Hierbei wird eine Verletzung im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG diskutiert. Dabei geht es bei den ökonomischen Folgen nicht um eine klassische Form der Enteignung, sondern um erhebliche Eingriffe in das Eigentum und in die Berufsfreiheit aufgrund der Betriebsschließungen.⁸⁴ Auswirkungen auf ohnehin schon benachteiligte Gruppen sind meiner Meinung nach ebenfalls nicht außer Acht zu lassen.⁸⁵

Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass es nicht nur um eine Abwägung zwischen Freiheitsrechten und dem Ziel des Schutzes von Leben und körperlicher Unversehrtheit gehen sollte, sondern darum, welchen entscheidenden Beitrag die Kontaktbeschränkungen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens leisten könnten. Nach meiner Ansicht sollte neben der individuellen Freiheitsbeeinträchtigung vor allem der Beitrag und Nutzen für das Gemeinwohl

80 Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 31.01.2021, S. 2-3.

81 Bericht zu Virusvarianten von SARS-CoV-2 in Deutschland, insbesondere zur Variant of Concern B.1.1.7, S.3.

82 OVG Bremen, Beschluss v. 29.03.2021 – 1 B 100/21.

83 Hufen, Gesundheit und Pflege, 2020, 93.

84 Zuck/Zuck: Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona-Fällen (NJW 2020, 2302); VGH BW BeckRS 2020, 6351 Rn. 36.

85 OVG Sachsen, 22.12.2020 – 3 B 438/20; S. Lincoln, Die massivsten Grundrechtseingriffe seit Gründung der Bundesrepublik, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/grundrechte-in-der-corona-krise-die-massivsten-grundrechtseingriffe-seit-gruendung-der-bundesrepublik-a-e7af9013-92e5-46b3-9e58-87e6cc8edec0> (Zugriff am 01.06.2021).

der Gesellschaft betrachtet werden und damit die Frage, welchen entscheidenden Beitrag wir als Individuum zur Eindämmung des Infektionsgeschehens beitragen können, wodurch die einzelnen Individualrechtspositionen nicht absolut zu sehen sein sollten.⁸⁶ Zudem sollte man beachten, dass all unsere Freiheitsrechte nur dann in Anspruch genommen und ausgelebt werden können, solange unser Schutz auf Leben gewährleistet ist. So bringen Freiheitsrechte wenig, wenn sie niemand mehr aufgrund eines schweren COVID-19 Verlaufs nutzen kann. Das menschliche Leben stellt die Basis der Menschenwürde dar und ist die Voraussetzung für die Inanspruchnahme aller anderen Freiheitsrechte.

Die Maßnahme lässt sich dennoch nur so lange rechtfertigen, wie das Risiko einer Überlastung des Gesundheitssystems groß ist. Damit spricht für eine Angemessenheit auch eine zeitliche Befristung der Maßnahme und eine fortgehende Prüfung. Ist das Risiko gering, so wird in jedem Fall das Gewicht der Freiheitseinschränkungen und ihrer Folgen überwiegen müssen. So können Veränderungen im Laufe der Zeit, wenn die Infektionszahlen sinken, Intensivstationen freie Kapazitäten haben, Impfungen zahlreich durchgeführt sowie die Entwicklung weiterer Impfstoffe vorangetrieben werden, zu einem Wegfall der Erforderlichkeit der Maßnahme führen und folglich zur Unverhältnismäßigkeit. Darüber hinaus sind ständig neue epidemiologische Erkenntnisse zu prüfen, falls sich eine weniger einschränkende Maßnahme als die Kontaktbeschränkungen als ebenso oder effektiver erweist.

VII. Fazit

Die zahlreichen Einschränkungen im Zuge der Corona-Pandemie haben – wie nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland – zu massiven Einschränkungen der Grundrechte geführt. Die Kontaktbeschränkungen stellen ohne jeden Zweifel einen schwerwiegenden und massiven Grundrechtseingriff dar. Dennoch sollte angesichts der Bedrohung von Leben und Gesundheit der Gesellschaft sowie einer möglichen Überforderung des Gesundheitssystems durch exponentielles Ansteckungsgeschehen, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch als gewahrt angesehen werden. Diese Spannungslage zwischen der Wahrung von Freiheitsrechten und gleichzeitig das Recht auf Leben und Gesundheit ist für den Gesetzgeber keine einfache Aufgabe. Solange das Virus zentrale Schutzgüter, wie Leben und körperliche Unversehrtheit und damit einen großen Teil der Bevölkerung ernsthaft bedroht und Schaden zufügen kann, hat der Staat nicht nur das Recht, sondern sollte auch die Pflicht wahrnehmen, sich schützend vor diese Grundrechte zu stellen und die Beschränkungen so anzuordnen, soweit dies für den Schutz der Bevölkerung erforderlich ist.

Unter Berücksichtigung der fachlichen Zusammenhänge ist die Maßnahme aus § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG durchaus geeignet, einzelne Infektionsketten zu unterbrechen und eine Ansteckung einzudämmen.⁸⁷ Die Maßnahme der Kontaktbeschränkung mit Einbeziehung aller oben genannten Argumente ist mithin nicht übermäßig belastend und nicht unzumutbar, vor allem dann, wenn der konkrete Nutzen für das Gemeinwohl einer Gesellschaft, die konkreten Nachteile für die Betroffenen überwiegt. Die Regelung ist somit verhältnismäßig. Freiheitseinschränkungen müssen aber beendet werden, sobald ihre Verhältnismäßigkeit nachträglich entfällt. Die Pandemie rechtfertigt daher im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Eingriffe in die oben genannten Grundrechte. Die Eingriffe sind zwar erheblich,

⁸⁶ BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46, 47.

⁸⁷ VG Bayreuth, Beschluss v. 11.03.2020 – B 7 S 20.223 –, juris, Rn. 52.

gegenüber der Gefahren für das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheiten aber weniger schwer.

Inhalt

I. Abstract	20
II. Einleitung	20
III. Betroffene Grundrechte	21
1. Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG.....	21
2. Freizügigkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 GG.....	22
3. Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.....	23
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	24
1. Infektionsschutzgesetz als Ermächtigungsgrundlage	24
2. Einschränkung betroffener Grundrechte	25
V. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Ausgangssperre	26
VI. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Ausgangssperre	27
1. Verbot des Einzelfallgesetzes gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1	27
2. Zitiergebot gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2	27
3. Wesensgehaltsgarantie gemäß Art. 19 Abs. 2	27
4. Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2	27
5. Wesentlichkeitslehre	29
6. Verhältnismäßigkeit.....	29
a) Verfolgung eines legitimen Zwecks	29
b) Geeignetheit der Maßnahme	29
c) Erforderlichkeit der Maßnahme	31
d) Angemessenheit der Maßnahme (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)	33
7. Ergebnis.....	36
VII. Zusammenfassung und Ausblick	37

Die Verfassungsmäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren anlässlich der Corona-Pandemie

I. Abstract

In Folge der seit über einem Jahr andauernden Corona-Pandemie kommt es zu massiven Grundrechtseinschränkungen. Diese Arbeit untersucht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit bundesweiter, nächtlicher Ausgangssperren, welche durch das „vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021“ durch den Bundestag beschlossen wurden und seitdem Gegenstand kontroverser Diskussionen sind. Im Fokus der Debatte um die Verfassungskonformität steht dabei häufig die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme, welche im Folgenden den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet.

II. Einleitung

Seit Beginn der Pandemie hat der Gesetzgeber zahlreiche Maßnahmen zur Abmilderung der erheblichen Folgen, welche die Bekämpfung des Coronavirus in allen Bereichen des Lebens mit sich brachte, erlassen. Zum Zweck der Pandemiebekämpfung, dem Schutz vulnerabler Gruppen und zur Verhinderung einer möglichen Überlastung des Gesundheitssystems wurde in den vergangenen Monaten der größte, flächendeckende Grundrechtseingriff in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland umgesetzt. Mit dem vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Infektionsschutzgesetz, kurz IfSG) wurden erstmalig bundesweite, nächtliche Ausgangssperren¹ zwischen 22 Uhr und 5 Uhr angeordnet. Rechtsgrundlage ist der als „Bundesnotbremse“ bezeichnete § 28b Abs. 1 IfSG, ein Maßnahmenkatalog, der automatisch in Kraft tritt, sobald die durch das Robert-Koch-Institut (kurz: RKI) veröffentlichte Anzahl an Neuinfektionen in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz² von hundert überschreitet. Während Innenminister Horst Seehofer betont, dass die beschlossenen Regelungen „ohne jeden Zweifel verfassungsgemäß“³ seien, bezeichnet FDP-Chef Christian Lindner diese als „verfassungsrechtlich hochproblematisch“.⁴ Bundeskanzlerin Angela Merkel hingegen kommt zu dem Ergebnis, dass Ausgangssperren unter „Abwägung des Für und Wider eine geeignete, verhältnismäßige und erforderliche Maßnahme sind und die Vorteile dieser Maßnahme im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Pandemie die Nachteile überwiegen“⁵. Diese Aussagen zeigen deutlich das Spannungsfeld zwischen dem grundrechtlichen Schutz des

1 In der Rechtsprechung wird größtenteils der Begriff der Ausgangsbeschränkung verwendet. Auf eine genaue Begriffsbestimmung wird im Rahmen dieser Arbeit verzichtet und stattdessen der Begriff der Ausgangssperre verwendet, sofern es sich nicht um wörtliche Zitate handelt.

2 Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, § 28b Abs. 1 IfSG.

3 <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/ausgangssperren-horst-seehofer-nennt-regelung-ohne-jeden-zweifel-verfassungsgemaess-a-06a845a1-4e5e-4314-a8dd-00d25764b789>, abgerufen am 17.05.2021.

4 <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-angela-merkel-zu-notbremse-das-virus-verzeiht-kein-zoegern-a-b56a0e0a-930f-4263-947e-7d6f0f3e6832>, abgerufen am 17.05.2021.

5 BT-Drs. 19/23944, S. 6,7.

Lebens und der Gesundheit aller und der grundrechtlich garantierten Freiheit des Einzelnen auf und können nur durch eine sorgfältige Abwägung mittels Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgelöst werden. Bereits eine Woche nach Inkrafttreten der Bundesnotbremse waren 111 Verfahren beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) anhängig.⁶ Dieses hat in einer ersten Entscheidung vom 5. Mai 2021 fünf Eilanträge gegen bundesweite, nächtliche Ausgangsbeschränkungen gem. §28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG abgelehnt, damit aber nicht entschieden, ob die Ausgangsbeschränkungen mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Das Eilverfahren vor dem BVerfG setzt nach § 32 BVerfGG ein Rechtsschutzinteresse voraus, das die Kammern im Regelfall in Rahmen der Folgenabwägung prüfen.⁷ Die Prüfung erfolgt in zwei Schritten, im ersten Schritt wird zunächst eine Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache vorgenommen, der sich eine Folgenabwägung anschließt. Die Folgenabwägung erfolgt mittels der Doppelhypothese. Dabei werden die Nachteile, die entstünden, wenn die Anordnung des Gerichts nicht erginge, das Hauptverfahren später jedoch Erfolg hätte gegen jene Nachteile abgewogen, die entstünden, würde das Hauptsacheverfahren erfolglos bleiben.⁸ Nach Entscheidung des BVerfG „überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkungen nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in §28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG“.⁹ Das BVerfG hat vorerst zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber in Erfüllung seiner staatlichen Schutzpflicht das Ziel verfolgt, Leben und Gesundheit seiner Bürger zu schützen, sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sicherzustellen.¹⁰ Ziel dieser Arbeit ist es die Grundrechtseinschränkungen bundesweiter, nächtlicher Ausgangssperren auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen und einer eigenen Bewertung zu unterziehen.

III. Betroffene Grundrechte

Im Folgenden werden die Schutzbereiche einschlägiger Grundrechte auf mögliche Eingriffe untersucht. Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das den Schutzbereich eines Grundrechts berührt, ganz oder teilweise unmöglich macht.

1. Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG¹¹

Das unverletzliche Recht der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 schützt als Jedermann-Grundrecht im Rahmen der geltenden Rechtsordnung die körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Damit steht es in der Tradition der berühmten „habeas corpus“ Akte, die in England bereits 1679 zum Schutz der Bevölkerung gegen willkürliche Verhaftungen erkämpft wurde¹² und sich als ältestes Menschenrecht in allen Menschenrechtskatalogen findet.¹³ Als klassisches Abwehrrecht gewährleistet es die Freiheit einen Ort zu verlassen („weg

6 Beck-aktuell, Verlag C.H.BECK, 28.05.2021 (dpa), becklink 2019628.

7 Zuck/Zuck, Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona-Fällen, NJW 2020, 2302 (2303, Rn. 6).

8 Vgl. Katzenmeier, Grundrechte in Zeiten von Corona, MedR 2020, 38.

9 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 56.

10 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 34.

11 Alle in dieser Arbeit zitierten Artikel beziehen sich auf das Grundgesetz der BRD.

12 Vgl. Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Auflage, Rn. 113.

13 Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 71, Rn. 2.

von hier“)¹⁴, nicht aber das Recht einen bestimmten Ort aufzusuchen, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zugänglich ist („hin nach dort“)¹⁵ und ist „letztlich Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers“.¹⁶ Die materielle Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 steht mit den formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 in „unlöslichem Zusammenhang“¹⁷ und ist mit einem Einschränkungsvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 versehen¹⁸, dessen Schranken-Schranke Art. 104 Abs. 1 Satz 1 bildet. Eingriffe in den Schutzbereich sind damit nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen statthaft.¹⁹ Hinsichtlich der Eingriffsvarianten ist eine Unterscheidung zwischen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen des Art. 104 Abs. 1 und freiheitsentziehenden Maßnahmen des Art. 104 Abs. 2 vorzunehmen, wobei die Abgrenzung nach der Eingriffsintensität erfolgt.²⁰ Bei einer Freiheitsbeschränkung wird eine Person ohne oder gegen ihren Willen kurzzeitig in ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt, ohne dass eine Freiheitsentziehung vorliegt.²¹ Eine Freiheitsentziehung hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass die „– tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin nicht nur kurzfristig aufgehoben wird“²² und zudem eine richterliche Entscheidung voraussetzt, wie beispielsweise bei einer Inhaftierung. Nächtliche Ausgangssperren untersagen den grundlosen Aufenthalt außerhalb der Wohnung im Zeitraum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr, wobei Spaziergänge und sportliche Aktivitäten bis 24 Uhr erlaubt sind, sofern diese alleine stattfinden. Zweifelsohne liegt hier eine Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit vor. Zur Entscheidung, ob vorliegend eine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung in Betracht kommt, ist auf die Eingriffsintensität abzustellen. Während der Ausgangssperre ist der Aufenthalt von Personen außerhalb der Wohnung oder Unterkunft untersagt – allerdings macht der Gesetzgeber keine Vorgaben, um welche Wohnung es sich dabei handeln muss. Übernachtungen in fremden Haushalten, beispielsweise bei der Familie oder Freunden sind daher immer noch möglich. Außerdem sind zahlreiche Ausnahmen vorgesehen, die ein Verlassen der Wohnung erlauben. Die nächtliche Bewegungsfreiheit wird durch die Ausgangssperre zwar beeinträchtigt, allerdings ohne die Bewegungsfreiheit in alle Richtungen aufzuheben.²³ Bei der nächtlichen Ausgangssperre liegt somit ein Eingriff in die Personenfreiheit in Form einer Freiheitsbeschränkung vor.

2. Freizügigkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 GG

Die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 ist ein klassisches Abwehrrecht, das als Abgrenzung zur Freiheit der Person die freie Wahl des Zielortes, also „den Weg dorthin“ grundrechtlich absichert.²⁴ Als Deutschengrundrecht gewährt es durch seine Freizügigkeitsgarantie das Recht „unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes

14 BeckOK GG/Lang GG Art. 2 Rn. 84.

15 BVerfG NVwZ 1996, 678.

16 BeckOK GG/Lang GG Art. 2 Rn. 84, 84a.

17 BVerfG 10, 302, Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, 457.

18 Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, 457.

19 Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 73, Rn. 269.

20 BeckOK GG/Lang GG Art. 2 Rn. 84a.

21 BeckOK GG/Lang GG Art. 2 Rn. 86-87c.

22 BVerfG, Beschluss v. 01.12.2020 – 2 BvR 636/12, Rn. 222.

23 Ziekow, Die Verfassungsmäßigkeit von sog. „Ausgangssperren“ nach dem Bundesinfektionsschutzgesetz, DVBl 2020, 732.

24 BeckOK GG/Ogorek GG Art. 11 Rn. 1.

Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen“.²⁵ Wohnsitz ist definiert als der Ort, an dem eine Person sich dauerhaft niederlässt und den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse begründet, dieser kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen.²⁶ Aufenthalt hingegen ist das vorübergehende, nicht nur flüchtige Verweilen an einem Ort, wobei strittig ist, welche Anforderungen an die Verweildauer zu stellen sind.²⁷ Während der nächtlichen Ausgangssperre besteht die Verpflichtung, sich in einer Wohnung oder Unterkunft aufzuhalten, daher scheidet ein Eingriff in das Recht der freien Wahl des Wohnsitzes aus. Während des Zeitraums von 22 Uhr bis 5 Uhr herrscht jedoch ein bundesweites, nächtliches Aufenthaltsverbot in der Öffentlichkeit, wodurch nächtliches Verweilen in der Öffentlichkeit verboten ist und sogar der Weg in die eigene Wohnung von dieser Regelung erfasst ist. Solche Aktivitäten sind in die Zeit vor 22 Uhr vorzuverlegen, sodass hier ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 vorliegt.²⁸ Da bereits ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 einschlägig ist, ist das Grundrecht der Freiheit der Person vom Grundrecht der Freizügigkeit abzugrenzen. Beide Grundrechte stehen zueinander in einem Verhältnis gegenseitiger Exklusivität, da die von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 garantierte, körperliche Bewegungsfreiheit Voraussetzung für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 11 Abs. 1 ist.²⁹ Der Zweck nächtlicher Ausgangssperren liegt nicht darin, Personen daran zu hindern an einem bestimmten Ort Aufenthalt oder Wohnsitz zu nehmen, sondern sie für einen bestimmten Zeitraum an einen von ihnen selbst bestimmten Ort zu binden, sodass Beschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit allein am Maßstab des Art 2 Abs. 2 Satz 2 zu messen sind.³⁰

3. Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit wird durch Art. 2 Abs. 1 geschützt. In ständiger Rechtsprechung des BVerfG³¹ gewährleistet es die allgemeine Handlungsfreiheit in einem umfassenden Sinne, also jede Form menschlichen Verhaltens ohne Rücksicht auf das Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung. Es tritt jedoch als sogenanntes Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidarität hinter anderen Grundrechten zurück, sofern deren Schutzbereiche betroffen sind, sein Freiheitsgehalt ist dann von spezielleren Grundrechten „verbraucht“.³² Da bereits ein Eingriff in den Schutzbereich des spezielleren Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 einschlägig ist, wird Art. 2 Abs. 1 GG verdrängt.

IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Eingriffe in zuvor genannte Grundrechte bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

25 Maunz/Dürig/Durner GG Art. 11 Rn. 71, 72.

26 Vgl. § 7 Abs. 1 BGB.

27 BeckOK GG/Ogorek GG Art. 11 Rn. 11-13.1.

28 So auch Maunz/Dürig/Durner, 93. EL 10.2020, GG Art. 11 Rn. 83.

29 Maunz/Dürig/Durner, 93. EL 10.2020, GG Art. 11 Rn. 166.

30 BeckOK GG/Ogorek, 46. Ed. 15.02.2021, GG Art. 11 Rn. 56.

31 BVerfG, Urteil v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56.

32 Maunz/Dürig/Di Fabio GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 21, 22.

1. Infektionsschutzgesetz als Ermächtigungsgrundlage

Als Ausdruck des Rechtsstaatsgedanken gemäß Art. 20 Abs. 3 bedürfen grundrechtsrelevante Einschränkungen einer Rechtsgrundlage. Rechtsgrundlage für bundesweite, nächtliche Ausgangssperren ist das Infektionsschutzgesetz in Form des § 28b Abs. 1 IfSG, ein sogenanntes self-executing Gesetz, das seine rechtliche Wirkung ohne vermittelnden Vollzugsakt entfaltet.³³ Das ist insofern bemerkenswert, da dies eine Abkehr von der bisherigen Praxis im Gesetzgebungsverfahren des Gefahrenabwehrrechts³⁴ bedeutet, indem § 28b Abs. 1 IfSG den Eingriff unmittelbar selbst vollzieht und Schutzmaßnahmen ab einer Überschreitung des Inzidenzschwellenwertes von hundert anordnet. Bis zu seinem Inkrafttreten bedurften infektionsschutzrechtliche Eingriffe in der bisherigen Praxis eines Umsetzungsaktes durch Landesrecht, beispielsweise durch Verwaltungsakte, Allgemeinverfügungen oder Rechtsverordnungen auf Länderebene.³⁵ Die Änderung der bisherigen Praxis führt zu einem Bruch mit der „bewährten Tradition des deutschen Vollzugsföderalismus mit zentraler Rechtsetzung und dezentraler bürgernaher Ausführung“³⁶ und einem Verlust der Länderverwaltungskompetenz. Der selbstvollziehende Charakter von § 28b Abs. 1 IfSG führt in Anbetracht der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 zu Einschränkungen beim Rechtsschutz, sodass dessen Schutzbereich negativ berührt ist. Art. 19 Abs. 4 gewährleistet als Grundrecht eines status positivus (Leistungsrecht)³⁷ effektiven Rechtsschutz bei der Verletzung subjektiver Rechte gegen die Exekutive, indem es die Letztentscheidungskompetenz dem Richter zuführt, sodass diese Rechte in einem gerichtlichen Verfahren zur Geltung gebracht werden können. In Folge des selbstvollziehenden Charakters von § 28b Abs. 1 IfSG kommt es zu einer Verlagerung des Rechtsschutzes zum Bundesverfassungsgericht³⁸, da ohne behördlichen Umsetzungsakt bei bußgeldlich sanktionierten Verstößen kein Rechtsbehelf vor den Verwaltungsgerichten statthaft ist. Mangels Verwerfungskompetenz³⁹ der Verwaltungsgerichte steht der Rechtsweg gegen förmliche Gesetze regelmäßig nicht offen.⁴⁰ Solche Fälle sind in Form einer Individualverfassungsbeschwerde der Verfassungsgerichtbarkeit vorzulegen.⁴¹ In den Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf des

33 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 60. EL 07.2020, BVerfGG § 90 Rn. 373.

34 Gegen die Einordnung des Infektionsschutzrechts als Gefahrenabwehrrecht: Engels, Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht?, DÖV 2014, 464. Hingegen befürwortend: Schwarz, Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren, JA 2020, 321.

35 Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Fleischfresser, Sonderkapitel §18, S. 26, Rn. 89.

36 Kingreen, BT-Ausschussdr. 19(14)323(19), S. 3.

37 Maunz/Dürig/Schmidt-Abmann, 93. EL 10.2020, GG Art. 19 Abs. 4 Rn. 7.

38 Rechtsschutzdefizit verneinend: Wollenschläger, BT-Ausschussdr. 19(14)323(21), S. 12. Sieht keinen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4.: Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Rixen, Sonderkapitel §18, S. 9, Rn. 23. Ausgehend von einem verwaltungsgerichtlichen Entfall des Rechtsschutzes: Kingreen, BT-Ausschussdr. 19(14)323(19), S.4, lit. c. Sieht es hingegen als juristisch unzutreffend an, Rechtsschutz gegen das Verbot mit dem Rechtsschutz gegen die Sanktion gleichzusetzen, da der Grundrechtseingriff auch ohne Bußgeldbewehrung bestehen würde. Möllers, BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 3, 4.

39 Die Gesetzesbegründung verweist auf BVerfG, Beschluss v. 31.03.2020 – 1 BvR 712/20, wonach vor einer Anrufung des BVerfG beim Verwaltungsgericht „eine mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundene negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit [...] nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann grundsätzlich zulässig ist, wenn dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden kann [...]. Aufgrund der Möglichkeit des Beschwerdeführers, eine Feststellungsklage mit einem Antrag auf verwaltungsrechtlichen Eilrechtsschutz gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu verbinden, droht ihm – entgegen seinem Vorbringen durch den Verweis auf fachgerichtlichen Rechtsschutz kein schwerer und unzumutbarer Nachteil (vgl. §90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG)“.

40 Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Fleischfresser, Sonderkapitel §18, S. 27, Rn. 95.

41 Nach dem Grundsatz der Subsidiarität sind vor der Erhebung von Rechtssatzverfassungsbeschwerden grundsätzlich alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können.

§ 28b IfSG führte dessen Selbstauslösemechanismus zu sehr unterschiedlichen Bewertungen.⁴² Nach Ansicht von *Kingreen* führt der Erlass von Maßnahmengesetzen zur Gefahrenabwehr zu einer Verschiebung der horizontalen Gewaltenbalance zwischen Legislative und Exekutive und stellt unter dem Aspekt der Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 einen fragwürdigen Formenmissbrauch dar.⁴³ *Wollenschläger* hingegen sieht die unmittelbare Anordnung von Schutzmaßnahmen von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt und attestiert der Regelung ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation.⁴⁴ Auf eine eigene Stellungnahme wird an dieser Stelle verzichtet, da § 28b IfSG, ungeachtet des Meinungsstreits, eine Rechtsgrundlage für nächtliche Ausgangssperren bildet.

2. Einschränkung betroffener Grundrechte

Der in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 verankerte Gesetzesvorbehalt erlaubt Eingriffe in die Freiheit der Person von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur in den darin vorgeschriebenen Formen.⁴⁵ Wie bereits beschrieben, führt die Tatsache, dass die in § 28b Abs. 1 S.1 Nr. 2 IfSG angelegten nächtlichen Ausgangssperren selbst vollziehend sind, zu sehr unterschiedlichen Bewertungen in der Rechtsliteratur. Neben der aufgeworfenen Frage, ob § 28b Abs. 1 überhaupt als Ermächtigungsgrundlage taugt, sehen die Kritiker auch die formellen Schrankenforderungen von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 als nicht erfüllt an. Daneben stehen Auffassungen, die nächtliche Ausgangssperren insgesamt als verfassungsrechtlich unzulässig bewerten.⁴⁶ Es wird auch vertreten, dass diese nicht unmittelbar durch Gesetz, sondern nur durch die Exekutive aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden können, wobei § 28 a Abs. 1 Nr.3 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG bereits eine Ermächtigung für die Exekutive enthielte.⁴⁷ Dagegen weisen *Greve/Lassahn* darauf hin, dass ein Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit durch ein formelles Parlamentsgesetz möglich ist und § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG den Anforderungen der Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 genüge, da der dort aufgeführte Gesetzesvorbehalt gerade die Mitwirkung des Gesetzgebers an Entscheidungen über Freiheitsbeschränkungen absichern soll.⁴⁸ Auch die Unzulässigkeit eines Eingriffs durch ein Gesetz ohne eines weiteren Aktes von Exekutive oder Judikative weisen sie weg, da es „ohnehin stets einer Durchführungshandlung durch die Exekutive bedürfe um die Ausgangssperre anzuwenden“.⁴⁹ Dieser Betrachtungsweise wird sich mit dem Argument angeschlossen, dass die Durchsetzung und Ahndung von Verstößen weiterhin bei den nach Landesrecht zuständigen Behörden liegt, denen nicht nur die Pflicht obliegt, festgestellte Verstöße als Ordnungswidrigkeiten gem. §73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG zu

42 Neutral: Brenner, 19(14)323(17), S. 3. Ablehnend: Kießling, BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), ab S.6. Im Ergebnis wohl ähnlich: Möllers, BT-Ausschussdr. 19(14)323(2).

43 Kingreen, BT-Ausschussdr. 19(14)323(19), S. 3.

44 Wollenschläger, BT-Ausschussdr. 19(14)323(21), S. 10, 12.

45 Maunz/Dürig/Di Fabio GG Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 43.

46 Wißgott, Tristan: Keine 'self-executing' Ausgangssperre: Zur Freiheitsbeschränkung im Infektionsschutzrecht unmittelbar durch Gesetz, VerfBlog, 2021/4/24, <https://verfassungsblog.de/keine-self-executing-ausgangssperre/> ebenfalls strikt ablehnend: Möllers, BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 5.

47 Kießling, viertes-BevSchG Ausschussdrucksache 19(14)323(6), S. 2, 8.

48 Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665. Weisen einen Eingriff in die körperliche Personenfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 zurück und nehmen stattdessen einen erheblichen Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 an.

49 Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665. Im Ergebnis wohl ähnlich: Anm. von Hecker, NVwZ 2021, 789, zu BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21.

ahnden, sondern auch Ordnungsverfügungen zu erlassen, die sich auf die Durchsetzung nächtlicher Ausgangssperren richten.⁵⁰ Zur weitergehenden Vertiefung des Themas wird an dieser Stelle auf die entsprechenden Fußnoten verwiesen und die Erfüllung der Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 unterstellt.

V. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Ausgangssperre

Die formelle Verfassungsmäßigkeit verlangt, dass der Bund beim Erlass des §28b IfSG innerhalb seiner Kompetenz gehandelt hat. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung weist Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 dem Bund im Bereich des Infektionsschutzrechts die Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten zu.⁵¹ Das vierte Bevölkerungsschutzgesetz wurde am 21. April 2021 durch den Bundestag beschlossen und am Folgetag in einer Sondersitzung durch den Bundesrat gebilligt⁵² und sogleich im Bundesgesetzblatt verkündet, bevor es am 23. April in Kraft trat. Es sind weder Verstöße gegen die Verfahrensvorschriften der Art. 76 ff. noch gegen Formerfordernisse des Art. 82 ersichtlich. Vereinzelt Kritik⁵³ wurde bezüglich des Beschlusses des Bundesrates geäußert, den Vermittlungsausschuss nicht gemäß Art. 77 Abs. 2 anzurufen,⁵⁴ wodurch das Zustimmungserfordernis fehle und es daher gem. Art. 104a Abs. 4 i.V.m. Art. 78 nicht zustande gekommen sei.⁵⁵ Diese Auffassung wird in der Literatur größtenteils abgelehnt.⁵⁶ Nach Ansicht des BVerfG bedarf es hinsichtlich der fehlenden Zustimmung durch den Bundesrat aufgrund der Einfügung von § 28b IfSG in das Infektionsschutzgesetz näherer Klärung, wobei es eine offensichtliche formelle Verfassungswidrigkeit verneint.⁵⁷ Somit ist § 28b IfSG als formell verfassungsgemäß anzusehen.

VI. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Ausgangssperre

Die Ausgangssperre müsste auch materiell verfassungsmäßig sein.

50 Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Ritgen, Sonderkapitel §18, S. 22, Rn. 75.

51 Aligbe, Infektionsschutzrecht, 2. Kapitel.

52 <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/21/1003/1003-pk.html#top-1>.

53 Grefrath, Holger: Die 'Bundesnotbremse' ist nicht zustande gekommen: Der Reform des Infektionsschutzgesetzes fehlt die Zustimmung des Bundesrates, VerfBlog, 2021/4/26, <https://verfassungsblog.de/die-bundesnotbremse-ist-nicht-zustande-gekommen>.

54 Bundesrat, Stenografischer Bericht1003. Sitzung vom 22.04.2021, 167.

55 Gem. Art. 104a Abs. 4 ist eine Zustimmung bei Bundesgesetzen dann erforderlich, wenn die Länder zur Erbringung von Geldleistung, geldwerten Sachleistung oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten verpflichtet werden, die von den Ländern zu tragen sind. Eine solche Verpflichtung könnte sich durch die in § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG angeordneten Corona-Testungen für Schüler und Lehrer ergeben, oder wegen der in §56a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG enthaltenen Entschädigungszahlungen bei Schulschließungen, oder bei der Aufhebung des Präsenzunterrichts.

56 Z. B. Anm. von Hecker, NVwZ 2021, 789, zu BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21; Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665; Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Rixen, Sonderkapitel §18, S. 7, Rn. 15.

57 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 31.

1. Verbot des Einzelfallgesetzes gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 muss ein grundrechtseinschränkendes Recht allgemein gelten, um zu verhindern, dass zielgerichtet Grundrechte einzelner Personen einschränkt werden.⁵⁸ § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG untersagt den nächtlichen Aufenthalt von Personen in der Öffentlichkeit und richtet sich so ausdrücklich an die Allgemeinheit.

2. Zitiergebot gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 muss ein Gesetz, das Grundrechtseinschränkungen vornimmt oder ermöglicht, das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen und dadurch eine Warnfunktion erfüllen. Der Bürger soll dadurch Rechtsklarheit gewinnen und auch ohne juristische Kenntnisse dem Gesetz das Ausmaß der Grundrechtseinschränkung entnehmen können.⁵⁹ § 28b Abs. 11 IfSG benennt als eingeschränkte Grundrechte sowohl die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2) als auch die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1).

3. Wesensgehaltsgarantie gemäß Art. 19 Abs. 2

Nach Art. 19 Abs. 2 darf „in keinem Falle ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“. Ein Eingriff in den Wesensgehalt von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 11 Abs. 1 ist aufgrund der begrenzten Dauer der Ausgangssperre nicht ersichtlich.

4. Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2

Das Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 verlangt, dass für die Adressaten hinreichend sicher erkennbar ist, was von ihnen unter welchen Umständen verlangt wird.⁶⁰

Daraus ergibt sich die Anforderung, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt sein müssen. Bei einer wörtlichen Auslegung hieße das, dass das Gesetz angeben muss, welche Sachfragen (Inhalt) in welchem Umfang (Ausmaß) mit welcher Zielrichtung geregelt werden, wobei die Begriffe nach Interpretation des BVerfG nicht jeweils isoliert voneinander betrachtet werden können, da sie sich gegenseitig ergänzen, durchdringen und erläutern.⁶¹ Vor Erlass des § 28b IfSG wurden Pandemiebekämpfungsmaßnahmen auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 i.V.m. § 32 Satz 1 und 2 IfSG gestützt, wonach die Landesbehörden ermächtigt werden, unter den Voraussetzungen der §§ 28 bis 31 IfSG grundrechtssensible Maßnahmen durch Rechtsverordnungen umzusetzen.⁶² Dies wurde insbesondere zu Beginn des Pandemiegeschehens von den Gerichten als ausreichende Ermächtigungsgrundlage

58 Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 52, Rn. 197.

59 Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 53, Rn. 203.

60 Huster/Kingreen, InfektionsschutzR-HdB, Kap. 4, Rn. 108.

61 Maunz/Dürig/Remmert, 93. EL 10.2020 Rn. 63, GG Art. 80 Rn. 63, 64.

62 Klafik, Mehr Parlament wagen? – Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie, NVwZ 2020, 1718.

akzeptiert,⁶³ sodass der Gesetzgeber zum maßgeblichen Zeitpunkt in die Lage versetzt wurde, auf das volatile Infektionsgeschehen zu reagieren und dieses durch ein möglichst breites Spektrum an geeigneten Maßnahmen situationsadäquat einzudämmen.⁶⁴ Aus dem Sinn und Zweck gefahrenabwehrrechtlicher Generalklauseln ergibt sich jedoch, dass sie auf zeitlich, sachlich und räumlich beschränkte Maßnahmen abzielen und folglich nur übergangsweise anzuwenden sind.⁶⁵ Mit anhaltender Dauer und angesichts der Streubreite und Intensität der Maßnahmen wurde die Anwendung der Generalklausel vermehrt durch die Rechtsprechung kritisiert und die verfassungsrechtlichen Anforderungen als nicht mehr erfüllt angesehen.⁶⁶ Der Gesetzgeber besserte mit dem „Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ unter Einfügung des § 28a IfSG⁶⁷ nach und schuf damit eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe,⁶⁸ in dessen Tradition auch der § 28b IfSG steht. Inhaltlich dient das Gesetz der Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen durch bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen. Zu diesem Zweck untersagt § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG den nächtlichen Aufenthalt von Personen außerhalb der Wohnung zwischen 22 Uhr und 5 Uhr außer in den in Ziffern a bis g detailliert aufgeführten Erlaubnistatbeständen. Interpretationsspielraum bietet jedoch § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. f IfSG, wodurch ein Verlassen der Wohnung aus „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ wie den genannten Gründen erlaubt wird, sodass eine weitere Konkretisierung durch den Gesetzgeber nötig ist, um dem Bestimmtheitsgrundsatz gänzlich zu genügen. Des Weiteren tritt die Maßnahme gemäß § 28 b Abs. 1 Satz 1 automatisch in Kraft, sobald in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das RKI veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von hundert übersteigt. Eine Veröffentlichung der Inzidenzen erfolgt nach § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG durch das RKI im Internet. Zudem macht die nach Landesrecht zuständige Behörde gemäß Satz 3 und 4 in geeigneter Weise den Zeitpunkt bekannt, ab dem die nächtliche Ausgangssperre gilt. Zusammenfassend sind die Anforderungen an § 28b IfSG bezüglich Inhalt, Zweck und Ausmaß im Sinne von Art. 80 Abs. 1 als erfüllt anzusehen, sodass im Hinblick auf das Gebot der Bestimmtheit keine Einwände bestehen.

5. Wesentlichkeitslehre

Nach der Wesentlichkeitslehre muss der parlamentarische Gesetzgeber in grundlegenden,

- 63 OVG Münster, Beschluss v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE –, COVuR 2020, 423 Rn. 35, 40. Hat unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes keine durchgreifenden Bedenken geäußert, dass § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG zum Erlass von auch besonders eingriffsintensiven Maßnahmen befugt und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass diese für einen Übergangszeitraum aus Gründen des Gemeinwohls zu ermöglichen. VGH München, Beschluss v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360 –, BeckRS 2020, 28521 Rn. 28 äußert hingegen erhebliche Zweifel ob die Maßnahmen mit Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 vereinbar sind.
- 64 Sieht Bestimmtheitsanforderungen als erfüllt an: OVG Münster, Beschluss v. 29.04.2020 – 13 B 496/20.NE –, BeckRS 2020, 9226 Rn. 14; äußert hingegen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot, VGH München, Beschluss v. 29.10.2020 – 20 NE 20.2360 –, BeckRS 2020, 2852, Rn. 28;
- 65 Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097.
- 66 VG Hamburg, Beschluss v. 10.11.2020 – 13 E 4550/20 –, COVuR 2020, 888; VG Mainz, Beschluss v. 01.11.2020 – 1 L 843/20.MZ –, COVuR 2020, 771, Rn. 11.
- 67 Vom 18.11.2020.
- 68 Vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 21.

normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen⁶⁹ und darf dies nicht der Exekutive überlassen. Dabei bemisst sich die Wesentlichkeit der Entscheidung nach der Intensität der Grundrechtseinschränkung.⁷⁰ Nächtliche Ausgangssperren greifen tief in das Grundrecht der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 ein und damit in ein Rechtsgut, das den wesentlichen Freiheitsrechten zugeordnet wird.⁷¹ Sie sind auch in quantitativer Hinsicht wesentlich, da sie alle Personen in der Bundesrepublik Deutschland mit einschließen. Der parlamentarische Gesetzgeber hat alle wesentlichen Entscheidungen selbst geregelt, indem er festgelegt hat, unter welchen Voraussetzungen nächtliche Ausgangssperren angeordnet werden können, diese als eine erforderliche Maßnahme gegen die Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit begründet und in einem Parlamentsgesetz geregelt, das in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch das Parlament verabschiedet wurde. Dem Wesentlichkeitsgrundsatz ist damit Genüge getan.

6. Verhältnismäßigkeit

Der in ständiger Rechtsprechung⁷² des BVerfG entwickelte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷³ verlangt, dass ein Grundrechtseingriff der Erreichung eines legitimen Zwecks dient und als Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁷⁴

a) *Verfolgung eines legitimen Zwecks*

Die Ausgangssperre müsste der Verfolgung eines legitimen Zwecks förderlich sein. Ausgangssperren sollen in Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht von Leben und körperlicher Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 dazu dienen, die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit sowie eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern.⁷⁵ Unzweifelhaft dienen nächtliche Ausgangssperren damit einem legitimen Zweck.

b) *Geeignetheit der Maßnahme*

Nächtliche Ausgangssperren sind dann geeignet, wenn der damit verfolgte Zweck der Eindämmung des Pandemiegeschehens überhaupt erreicht oder zumindest gefördert werden kann. Dabei steht dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zu, die sich sowohl auf die Einschätzung und Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse als auch auf die erforderliche Prognose und Wahl der Mittel zur Zweckerreichung erstreckt.⁷⁶ Eine maßgebliche Bedeutung bei der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse und möglicher Maßnahmen sowie der Risikobewertung kommt dabei gem. § 4 Abs. 1 IfSG dem RKI als nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen zu. In einer Anfang April 2021 veröffentlichten Analyse warnte das RKI vor einer Überbelastung der Kapazitäten der Intensivstationen, die nur durch

69 BVerfGE 136, 69 – 119, Rn. 102.

70 BVerfG NJW 1979, 359; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 35. Aufl. 2019, S. 149, Rn. 316, 317.

71 BeckOK InfSchR/Aligbe, 5. Ed. 10.5.2021, IfSG § 20 Rn. 129.

72 Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 53, Rn. 182.

73 Auch als Übermaßverbot bezeichnet.

74 Vgl. BVerfGE 118, 168 - 211, Rn. 116.

75 Vgl. BT-Drs 19/28444, S. 8.

76 Vgl. BVerfGE 152, 68-151, Rn. 166.

eine frühe und umfassende Reduktion der Kontakte in der Bevölkerung vermieden werden könnte.⁷⁷ Die Bundesregierung sah eine wirksame Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus ohne Ausgangsbeschränkung als erheblich gefährdet an und begründete die Maßnahme damit, dass diese der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln dienen soll, indem sie die nächtliche Mobilität und private Zusammenkünfte im privaten wie öffentlichen Raum verringert.⁷⁸ Im Schrifttum wird die Eignung nächtlicher Ausgangssperren unterschiedlich bewertet. Neben Argumenten, die insgesamt Zweifel an der Geeignetheit der Maßnahme zur Erreichung einer Kontaktreduzierung äußern,⁷⁹ werden auch solche Argumente angeführt, wonach Ausgangssperren funktional zur Effektivierung der Kontaktbeschränkungen führen können⁸⁰ oder dass deren Wirksamkeit nicht ausgeschlossen werden könne.⁸¹ Besondere Kritik erfuhr dabei das alleinige Abstellen auf den Inzidenzwert von hundert,⁸² da die isolierte Betrachtung ohne Einbeziehung zusätzlicher Kriterien „keinen Rückschluss auf das tatsächliche Infektionsgeschehen und damit auch auf das Gefahrenpotenzial für die durch Maßnahmen zu schützenden Rechtsgüter zulässt“.⁸³ Unterstellt wurde zudem eine gewisse Unbrauchbarkeit hinsichtlich der Abbildung des Infektionsgeschehens unter der alleinigen Zugrundelegung des Inzidenzwertes⁸⁴ mittels PCR-Tests.⁸⁵ Auch sei zur Ermittlung der Gefahrenlage eine Kombination unterschiedlicher Parameter nötig und der Inzidenzwert als alleiniger Maßstab unzureichend.⁸⁶ In der Rechtsprechung wurde das Abstellen auf den Inzidenzwert als Indikator für das tatsächliche Infektionsgeschehen nicht als offensichtlich unplausibel betrachtet.⁸⁷ Auch die Tatsache, dass zur Eindämmung des Pandemiegeschehens nächtliche Ausgangssperren als Flankierung der Kontaktbeschränkungen dazu beitragen können private Zusammenkünfte zu reduzieren, wurde bejaht.⁸⁸ Zusammenfassend hat der Gesetzgeber mit dem Maßnahmenkatalog in § 28b Abs. 1 IfSG ein Schutzkonzept geschaffen, in dem verschiedene Schutzelemente miteinander verknüpft werden und sich dadurch gegenseitig ergänzen und verstärken, sodass sich nächtliche Ausgangssperren im Ergebnis als geeignet erweisen.

c) Erforderlichkeit der Maßnahme

Ein grundrechtsbeschränkendes Mittel ist dann erforderlich, wenn der Gesetzgeber keine den grundrechtlichen Schutzgegenstand weniger beeinträchtigende Alternative hätte wählen können, um das angestrebte Ziel zu erreichen.⁸⁹ Es darf kein milderes Mittel mit gleichen

77 Scholz S, u.a.: Einfluss von Impfungen und Kontaktreduktionen auf die dritte Welle der SARS-CoV-2-Pandemie und perspektivische Rückkehr zu prä-pandemischem Kontaktverhalten, S. 18, abrufbar unter: <https://edoc.rki.de/handle/176904/8023#>.

78 Vgl. BT-Drs 19/28444, S. 12.

79 Boehme-Neßler, Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung?, NVwZ 2021, 670.

80 Greve/Lassahn, Die bundeseinheitliche „Notbremse“ – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz, NVwZ 2021, 665.

81 Ziekow, Die Verfassungsmäßigkeit von sog. „Ausgangssperren“ nach dem Bundesinfektionsschutzgesetz, DVBl 2020, 732.

82 Ausführlich dazu: Ausarbeitung wissenschaftlicher Dienste, WD- 3 - 3000 - 083/21.

83 Schwarz, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bundeseinheitlichen „Corona-Notbremse“, COVuR 2021, 258.

84 Murswiek, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ 2021, 281.

85 Polymerase-chain-reaction, <https://www.aerzteblatt.de/archiv/214370/PCR-Tests-auf-SARS-CoV-2-Ergebnisse-richtig-interpretieren>, abgerufen am 11.06.2021.

86 Boehme-Neßler, Das Parlament in der Pandemie – Zum Demokratiegrundsatz am Beispiel von § 28a InfSchG, DÖV 2021, 243.

87 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 40.

88 Vgl. BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 35, 36. Im Ergebnis ähnlich: VGH München, Beschluss v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907 –, Rn. 40; VG Hamburg, Beschluss v. 02.04.2021 – 14 E 1579/21.

89 Vgl. Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Auflage, S. 193, Rn. 41.

Erfolgsaussichten vorhanden sein, wobei dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum bei der Wahl des Mittels zusteht. Nächtliche Ausgangssperren sind ein schwerwiegender Eingriff in die Freiheitsrechte eines jeden Einzelnen. Die Beurteilung, ob eine Senkung des Inzidenzwertes auch mit weniger freiheitseinschränkenden Maßnahmen erreichbar wäre, erfordert eine differenzierte Gesamtbetrachtung der Umstände, wobei aufgrund der rasanten Ausbreitung des Coronavirus auch die zeitliche Komponente zu berücksichtigen ist. Als Alternative zur Kontaktbeschränkung drängt sich der Gedanke förmlich auf, ob eine Verhinderung der Ausbreitung nicht auch mit dem milderem Mittel eines Appells zur Reduzierung der Kontakte an die Bevölkerung hätte erreicht werden können. Kanzlerin Merkel hatte auf einer Pressekonferenz am 3. März 2021 an die Bevölkerung appelliert, „dass alle anderen Kontaktbeschränkungen, alle anderen AHA-Regeln und alles, was wir in der Pandemie eingewöhnt haben, akkurat eingehalten wird. Auch Tests erlauben nicht, dass man die Abstandsregeln und anderes nicht mehr einhält“.⁹⁰ Eine am 19. März veröffentlichte Studie der Technischen Universität Berlin untersuchte anhand eines mathematischen Modells Interaktionen zur Abbildung des Ansteckungsrisikos von ungeschützten Kontakten in Innenräumen und diskutierte mögliche Maßnahmen zur Infektionseindämmung.⁹¹ Im Ergebnis wurde eindringlich gewarnt, dass die Simulationen zeigen, dass die dritte Welle höhere Inzidenzen aufweisen werde als die zweite, was mit der deutlich höheren Übertragbarkeit der Mutation B.1.1.7 im Vergleich zum Wildtyp begründet wurde, weshalb vor allem ungeschützte Kontakte in Innenräumen vermieden werden müssten, da diese dramatisch zum Infektionsgeschehen beitragen. Das höchste Ansteckungsrisiko ginge dabei von gegenseitigen Besuchen (ohne Maske) und Kontakten im eigenen Haushalt aus, weshalb jeglicher ungeschützter Kontakt außerhalb des eigenen Haushalts in Innenräumen nicht mehr akzeptabel sei und eine abendliche und nächtliche Ausgangssperre laut ihren Modellen vor allem private Kontakte reduzieren würde.⁹² Dabei wäre ihr Eindruck, dass Regeln, die nicht auf Verboten ruhen, nicht gut befolgt werden würden, daher wäre es plausibel eine Ausgangssperre ab 21 Uhr anzuordnen oder private Kontakte vollständig zu verbieten. Den fast identischen Inhalt hatte der COVID-19 Lagebericht des RKI vom 14. April,⁹³ dessen Einschätzung der Gefährdungslage ähnlich war. Es wurde auf einen erneuten Anstieg der Infektionszahlen hingewiesen, der auf die Ausbreitung der Virusmutation und die gleichzeitige Rücknahme von Kontaktbeschränkungen zurückzuführen sei, wobei das Risiko für die Gesundheit der Bevölkerung als insgesamt sehr hoch eingeschätzt wurde. Als problematisch wurde zudem der hohe Ausgangswert der Infektionen zu Beginn der dritten Infektionswelle bezeichnet und eine konsequente Umsetzung kontaktreduzierender Maßnahmen zur Senkung von Neuinfektionen sowie massive Anstrengungen zur Eindämmung von Ausbrüchen gefordert.⁹⁴ Die Appelle an die Bevölkerung trugen jedoch nicht zu einer Abmilderung des Infektionsgeschehens bei, der 7-Tage-Inzidenzwert stieg zwischen dem 3. März und dem 14. April von 64 auf 153.⁹⁵ Als milderer Mittel haben sich Appelle an die Bevölkerung somit als wirkungslos erwiesen. In Betracht käme noch eine effektivere Kontrolle vorhandener Kontaktbeschränkungen in Innenräumen. Diese ließe sich in der Praxis allerdings nur durch einen

90 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-buergermeister-mueller-und-ministerpraesident-soeder-nach-der-besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1872344>.

91 MODUS-COVID Bericht vom 19.03.2021, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.14279/depositonnce-11678>.

92 https://www.deutschlandfunk.de/corona-infektionen-vermeiden-einfache-regel-keine.694.de.html?dram:article_id=494524, abgerufen am: 11.06.2021.

93 COVID-19-Lagebericht vom 14.04.2021, S. 8, 14, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-19-de.pdf?__blob=publicationFile.

94 <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/rki-zahlen-mittwoch-101.html>, abgerufen am 12.06.2021.

95 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html.

extrem hohen Einsatz von Polizei- und Ordnungskräften darstellen und würde zudem mit einer Verletzung der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 einhergehen, weshalb diese Maßnahme als milderes Mittel zu verneinen ist. Das BVerfG führte aus, dass „etwa die Kontrolle von Beschränkungen privater Kontakte unmittelbar im privaten Raum kaum weniger eingriffsintensiv sein dürfte als eine nächtliche Ausgangsbeschränkung und sich diese nur unmittelbar kontrollieren ließe, indem die Behörden in diesen eindringen“.⁹⁶ Zweifel hinsichtlich der Erforderlichkeit wurden auch dahingehend geäußert, dass nächtliche Ausgangssperren nicht verhältnismäßig sein können, wenn gleichzeitig Menschen in Büros in großer Anzahl aufeinandertreffen.⁹⁷ Ein Tätigkeitsverbot in Büroräumen ist milderes Mittel abzulehnen, damit nicht die ganze Bevölkerung sondern nur der Teil erfasst würde, der tatsächlich in Büroräumen tätig ist. Zweifelhaft erscheint auch, wie das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Reduzierung privater Kontakte durch stärkere Beschränkungen der Arbeitswelt erreicht werden kann.⁹⁸ Zudem wird vorgebracht, dass die Erforderlichkeit von Ausgangssperren auch nicht mit dem Argument verneint werden können, dass zur Verhinderung einer Überbelastung des Gesundheitssystems die übrigen Maßnahmen ausreichend wären, da die Erforderlichkeit einer einzelnen Maßnahme als Teil eines Gesamtkonzeptes in Form des Maßnahmenbündels in § 28b IfSG zu betrachten ist.⁹⁹ Zur effektiven Eindämmung der Coronavirus-Krankheit muss schließlich das Verhalten von ca. 83 Millionen Bundesbürgern koordiniert werden, jede Maßnahme ist dabei ein relevantes Wirkungselement und trägt erst zusammen mit anderen Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels bei.¹⁰⁰ Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist allerdings nicht auf das Maßnahmenbündel abzustellen, sondern auf die jeweilige Einzelmaßnahme. Ausweisliches Ziel des Gesetzgebers ist es, einem exponentiellen Wachstum der Infektionen mit dem Coronavirus durch eine Reduzierung zwischenmenschlicher Kontakte entgegenzuwirken, wobei die Anordnung nächtlicher Ausgangssperren primär die Mobilität in den Abendstunden und private Zusammenkünfte begrenzen soll.¹⁰¹ Nächtliche Ausgangssperren verstärken die Wirkung von Kontaktbeschränkungen indem sie private Zusammenkünfte in den Abendstunden zeitlich begrenzen und leisten so in diesem Zusammenwirken einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie. Zur abschließenden Beurteilung, inwieweit Ausgangssperren zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sind, vertrat das BVerfG im Eilverfahren die Ansicht, dass andere grundrechtsschonendere und gleichzeitig genauso effektive Maßnahmen zur Reduzierung des Infektionsrisikos durch eine Effektivierung vorhandener Ausgangsbeschränkungen nicht ersichtlich sind.¹⁰² Im Ergebnis ist die Erforderlichkeit nächtlicher Ausgangssperren unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gegeben, da andere gleich wirksame Maßnahmen nicht erkennbar sind.

d) Angemessenheit der Maßnahme (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der zu rechtfertigenden Gründe stehen darf.¹⁰³ Die Prüfung erfolgt mittels präziser Güterabwägung kollidierender

96 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 35, 38.

97 Kießling, Ausschussdrucksache 19(14)323(6).

98 Anm. Hecker, NVwZ 2021, 789, zu BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21.

99 Murswiek, Die Corona-Waage, NVwZ Extra 5/2021, S. 5.

100 Kluckert, Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Rixen, Sonderkapitel §18, S. 13, Rn. 43.

101 Vgl. BT-Drs. 19/28444, S. 8, 12.

102 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 35, 38.

103 Vgl. Ipsen, Staatsrecht II, 23. Auflage 2020, S. 51, Rn. 193.

Grundrechte, die anhand des Umfangs und der Intensität des Eingriffs bemessen wird. Die Abwägung zwischen dem beeinträchtigten Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und dem kollidierenden Schutz der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 erfolgt mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz. Dieses Prinzip besagt, dass „verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter in der Problemlösung einander so zugeordnet werden müssen, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt; aus dem Prinzip der Einheit der Verfassung folgt die Aufgabe einer Optimierung“.¹⁰⁴ Zur Herstellung praktischer Konkordanz ist eine eilfertige Güterabwägung kollidierender Grundrechte zu vermeiden, vielmehr ist ein gerechter Ausgleich herzustellen, der eine optimale Wirksamkeit beider Grundrechte sicherstellt.¹⁰⁵ Auf der Ebene der Angemessenheit treffen Abwehr- und Schutzdimension in existenziellen Fragen des Lebensschutzes aufeinander und es bedarf eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen der Freiheit der einen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und dem Schutzbedarf der anderen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, die der pandemischen Ungewissheit Rechnung tragen.¹⁰⁶ Dafür bedarf es zunächst einer Klärung, wie schwer der Eingriff in das Freiheitsrecht wiegt. Zweifellos greift die nächtliche Ausgangssperre tief in die Lebensverhältnisse der Bevölkerung ein, indem sie ein Verlassen der Wohnung bzw. einen Aufenthalt in der Öffentlichkeit zwischen 22 Uhr und 5 Uhr unter ein generelles Verbot stellt und nur zu bestimmten Zwecken erlaubt. Die Bußgeldbewehrung nach § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG sanktioniert Verstöße und erlaubt gem. § 73 Abs. 2 IfSG drastische Geldbußen bis zu einer Höhe von 25.000 Euro, wodurch die Eingriffsintensität der Maßnahme zusätzlich verstärkt wird. Durch den Eingriff können Personen zur Nachtzeit im öffentlichen Raum ihren Interessen nicht mehr nachgehen ohne sich dafür rechtfertigen zu müssen oder sogar eine Geldstrafe zu fürchten. Ihre Auswirkungen sind vor allem im privaten und familiären Bereich zu spüren, selbst Abendessen mit Freunden oder Familienmitgliedern müssen in einen Zeitraum verlegt werden, der es den Beteiligten ermöglicht, sich rechtzeitig zur gebotenen Zeit wieder im eigenen Haushalt einzufinden.¹⁰⁷ Nächtliche Ausgangssperren können auch die Einsamkeit von Alleinstehenden verstärken. Junge Menschen, die soziale Kontakte besonders häufig am Abend oder in der Nacht pflegen, sind dieser Möglichkeit vorübergehend vollständig beraubt. Nicht zu vernachlässigen sind auch mögliche psychische Folgen, die mit der Maßnahme einhergehen. Einer Untersuchung¹⁰⁸ zufolge hängen die psychischen Auswirkungen von Kontakt- und Ausgangssperren davon ab, in welchem Ausmaß sie verhängt werden und bedeuten gerade für Einpersonenhaushalte häufig eine faktische Isolation. Daneben konnten auch psychische Konsequenzen und Auswirkungen auf die körperliche Gesundheit nachgewiesen werden, wodurch der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 berührt ist. Das BVerfG fasst zusammen, dass die Ausgangssperre vorhandene Beeinträchtigungen mit nicht unerheblichen Auswirkungen auf die psychische und physische Gesundheit weiter verstärken kann, da etwa bei wegen Alter oder Erkrankung ohnehin bereits verletzlichen Betroffenen vorhandene Kontakte deswegen nicht mehr in dem bisherigen Umfang möglich sind.¹⁰⁹ Der Eingriff in das Freiheitsrecht von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 wiegt aufgrund der dargelegten hohen Eingriffsintensität und der enormen Reichweite schwer. Demgegenüber steht der Schutz des menschlichen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, der innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert hat. Er ist vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller

104 Sodan/Ziekow GK ÖffR, § 2. Einführung in die juristische Methodenlehre Rn. 11.

105 Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6.

106 Goldhammer/Neuhöfer, Grundrechte in der Pandemie – Allgemeine Lehren, JuS 2021, 212.

107 Eine Übernachtung wäre darüber hinaus auch in jedem anderen Haushalt möglich.

108 Apelbacher et. al, 21.05.2020, S. 4, 5, abrufbar unter: <https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/beblo/02-team/01-beblo-miriam/pdf-beblo/20200521-corona-papier-evidenz.pdf>.

109 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 44.

anderen Grundrechte,¹¹⁰ die es dem Staat gebieten, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen und es vor rechtswidrigen Eingriffen seitens anderer zu bewahren.¹¹¹ Dabei hat der Staat einen weiten Einschätzungsspielraum, dessen Grenze dabei das sogenannte Untermaßverbot bildet.¹¹² Damit wird eine Zusammenschau verschiedener Gesichtspunkte bezeichnet, die der Gewährleistung von Mindestanforderungen¹¹³ des Schutzes von Rechtspositionen des Bürgers gegenüber anderen Bürgern dienen.¹¹⁴ Dem Gesetzgeber kommt dabei die Aufgabe zu, Art und Umfang im Einzelnen zu bestimmen, die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, ohne dessen Ausgestaltung näher zu regeln, sodass unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter ein angemessener und wirksamer Schutz gewährt wird, der tatsachenbasiert und auf vertretbaren Einschätzungen beruhen muss.¹¹⁵ Ein klassisches Beispiel in Verfolgung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 sind landesrechtliche Regelungen zum Nichtraucherschutz in Gaststätten, die aufgrund eindeutiger wissenschaftlicher Erkenntnisse bezüglich der Gefahren durch Passivrauchen auch Beschränkungen der Berufsfreiheit von Gaststättenbetreibern aus Art. 12 Abs. 1 rechtfertigen, ohne das Rauchen gänzlich zu verbieten.¹¹⁶ Dieser Umstand ist darauf zurückzuführen, dass Grundrechte ihrem Wesen nach vor allem Freiheitsgrundrechte und damit Abwehrrechte vor dem Staat (*status negativus*), weniger „Abwehrrechte“ durch den Staat vor dem freiheitsgetragenen Verhalten anderer oder sich selbst (*status positivus*) sind. Folglich ist der Staat angewiesen, keinen allumfassenden Maximalschutz der Bevölkerung sicherstellen, sondern angemessenen und wirksamen Minimalschutz sicherstellen.¹¹⁷ Er ist dem Grundgesetz nach nicht darauf beschränkt, „den Schutz gesundheits- und lebensgefährdeter Menschen allein durch Beschränkungen ihrer eigenen Freiheit zu bewerkstelligen. Vielmehr darf er Regelungen treffen, die auch den vermutlich gesünderen und weniger gefährdeten Menschen in gewissem Umfang Freiheitsbeschränkungen abverlangen, wenn gerade hierdurch auch den stärker gefährdeten Menschen, die sich ansonsten über längere Zeit vollständig aus dem Leben in der Gemeinschaft zurückziehen müssten, ein gewisses Maß an gesellschaftlicher Teilhabe und Freiheit gesichert werden kann“.¹¹⁸ Aus der Schutzpflicht von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 erwächst die Verantwortung des Staates, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu erhalten und zugleich die bestmögliche Versorgung im Krankheitsfall für die Bevölkerung sicherzustellen. Angesichts steigender Infektionszahlen, welche zu einer stetig wachsenden Anzahl von Bürgern führten, die medizinisch und in einem erheblichen Maße auch intensivmedizinisch betreut werden mussten, sah der Gesetzgeber die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung im Falle weiterhin steigender Neuinfektionen als gefährdet an. Besondere Bedeutung maß er dabei der Tatsache zu, dass bei einer weiteren Zunahme von Intensivpatienten die Krankenhäuser wieder auf Notbetrieb umstellen müssten und die Zahl planbarer Eingriffe reduziert werden müsste, um die Versorgung von Intensivpatienten sicherzustellen.¹¹⁹ Zur Bestimmung der Angemessenheit ist eine Abwägung zwischen dem zu schützenden Interesse und dem damit verbundenen Nutzen der Maßnahme für dieses Interesse vorzunehmen, die eine Bestimmung des Kenntnisstandes der Gefährdungslage von Leben und Gesundheit zum Zeitpunkt der Einführung der Ausgangssperre am 23. April 2021 erfordert.

110 BVerfGE 39, 1 (42) = NJW 1975, 573.

111 BVerfG NJW 1977, 2255.

112 Schmidt, COVID-19, § 18 Öffentliches Recht Rn. 43a.

113 Epping, et al., Grundrechte. 8. Auflage. Springer, 2019, S. 67, Rn. 127, 129.

114 Maunz/Dürig/Grzeszick, 93. EL 10.2020, GG Art. 20 Rn. 126.

115 BVerfG, Urteil v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 = NJW 1993, 1751.

116 BVerfG, Urteil v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. = JuS 2008, 916.

117 Epping et al., Grundrechte. 8. Auflage. Springer, 2019, S. 66, Rn. 127.

118 BVerfG NJW 1977, 2255.

119 BT-Drs. 19/28444, S. 8.

Damals befand sich Deutschland inmitten der dritten Infektionswelle,¹²⁰ 5.094 Menschen waren mit oder an dem Virus verstorben. Der Sieben-Tage-Inzidenzwert lag im Bundesdurchschnitt bei 153, in Bayern sogar bei 301, die bundesweite Belegungsrate für Intensivbetten betrug 58 Prozent, während die Gefährdungslage für die Gesundheit der Bevölkerung durch das RKI als hoch, für Risikogruppen als sehr hoch eingeschätzt wurde.¹²¹ Angehörige der Risikogruppe haben nach bisherigen Erkenntnissen ein höheres Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf. Dazu zählen insbesondere ältere Menschen, Personen mit Erkrankungen der Leber, des Herzkreislaufsystems, des Atemsystems, Schwangere mit Vorerkrankungen, Raucher, adipöse Menschen und solche, die unter einer Krebserkrankung leiden oder litten.¹²² Nach diesen Kriterien ist eine Vielzahl von Menschen in der Bundesrepublik einem sehr hohen Risiko ausgesetzt, im Falle einer Infektion mit dem Coronavirus einen schweren Krankheitsverlauf zu erleiden, wodurch sie als besonders schutzwürdig zu klassifizieren sind. Diese Gruppe besonders gefährdeter Personen wurde bei den parallel zu den Maßnahmen vorangetriebenen Corona-Schutzimpfungen mit erhöhter Priorität behandelt, um das Risiko schwerer Krankheitsverläufe zu reduzieren. Zum Zeitpunkt der Einführung der Bundesnotbremse war die Impfkampagne zwar bereits angelaufen, die Impfquote mit ca. 22,2 Prozent an Erstimpfungen aber noch sehr niedrig (Stand 22. April 2021).¹²³ Die Intention des Gesetzgebers einer möglichst engen Begrenzung des Infektionsgeschehens bestand auch darin, das Auftreten neuer Virusvarianten zu vermeiden, deren Entstehung begünstigt wird, wenn eine hohe Zahl noch nicht vollständig geimpfter Personen auf eine hohe Zahl von Infizierten trifft.¹²⁴ Da bereits vor dem Auftreten von Symptomen eine hohe Infektiosität besteht, erfolgt ein relevanter Anteil an Ansteckungen mit dem Coronavirus bei symptomfreien Personen.¹²⁵ Diese Personengruppe, von der eine erhebliche Gefährdung für andere Personen ausgeht, kann aufgrund mangelnder Kenntnis einer Ansteckung¹²⁶ mit dem Krankheitserreger unmöglich abgesondert werden, noch sich selbst absondern um andere zu schützen. Das diffuse Infektionsgeschehen gepaart mit einem erheblichen Anteil sowohl solcher Gruppen die als besonders gefährdet gelten, als auch jenen, die das Virus unbemerkt in sich tragen und dadurch eine Gefährdung für Dritte darstellen, lässt Maßnahmen zum Infektionsschutz notwendig erscheinen, die ihre Wirkung in der Gesamtbevölkerung entfalten. Die Einschätzung des Gesetzgebers durch die Anordnung freiheitsbeschränkender nächtlicher Ausgangssperren, eine unkontrollierbare Ausbreitung des Coronavirus zu verhindern, um auf diese Weise Gesundheit und Leben zu schützen, erscheint in Folge der vorgebrachten Argumente zumindest nicht evident fehlerhaft. Zur Abwägung widerstreitender Interessen muss der Nutzen des Eingriffs in Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht in einem angemessenen Verhältnis mit den Freiheitsbeschränkungen von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 stehen. Die Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren bemisst sich auch daran, ob sie auf eine enge Zeitspanne begrenzt und mit hinreichenden Ausnahmen versehen sind.¹²⁷ Die Geltungsdauer nächtlicher Ausgangssperren ist gem. § 28b Abs. 1 S.1 IfSG an den Schwellenwert der Sieben-Tage-Inzidenz von hundert an drei aufeinanderfolgenden Tagen gekoppelt. Liegen die Voraussetzungen des § 28b Abs. 2 Satz 1 IfSG vor und sinkt

120 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-03/corona-politik-rki-chef-lothar-wieler-lockdown-dritte-welle>.

121 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/2020-04-23-de.pdf?__blob=publicationFile.

122 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html.

123 <https://impfdashboard.de/>.

124 BT-Drs. 19/28444, S. 10.

125 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html, abgerufen am 02.07.2021.

126 Um dem entgegenzuwirken wurde mit Stand 31.03.2021 eine nationale Teststrategie eingeführt, s. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html.

127 Guckelberger, NVwZ– Extra9a/2020, S. 11.

die Sieben-Tage-Inzidenz unter den Wert von hundert an fünf aufeinanderfolgenden Tagen, so tritt sie automatisch wieder außer Kraft. Gemäß § 28b Abs. 10 IfSG gelten nächtliche Ausgangssperren nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. Ausnahmetatbestände sind in § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG geregelt, die ein Verlassen der Wohnung für Abwendungen von Gefahren, medizinische oder veterinärmedizinische Notfälle und unaufschiebbare Behandlungen gestatten. Weiterhin gewährleistet ist die Berufsausübung, Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts, die Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen, die Begleitung Sterbender und die Versorgung von Tieren sowie ähnlich gewichtige und unabweisbare Zwecke. Bei der Beurteilung der Schwere des Grundrechtseingriffs hat das BVerfG auch die Mobilitätsrate berücksichtigt, die in dem von der Ausgangssperre erfassten Zeitraum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr bei etwas über 7 Prozent und jedenfalls unter 10 Prozent liegt. Damit fällt die Ausgangssperre in einen Zeitraum, in dem Aktivitäten außerhalb der Wohnung keine erhebliche quantitative Bedeutung haben.¹²⁸ Des Weiteren ist sportliche Betätigung sowie körperliche Bewegung bis 24 Uhr gestattet, sofern diese allein und nicht in Sportanlagen stattfindet. Gemäß § 28b Abs. 4 IfSG sind ferner Versammlungen nach Artikel 8 sowie religiöse Zusammenkünfte im Sinne von Artikel 4 nicht von der Regelung betroffen. Seit 4. Mai 2021 gelten daneben Erleichterungen und Ausnahmen für geimpfte und genesene Personen. Eine auf Basis von § 28c IfSG erlassene Rechtsverordnung sieht Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vor, da nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen von diesem Personenkreis kein Ansteckungsrisiko bzw. keine Gefahr mehr ausgeht und Grundrechtseinschränkungen daher nicht mehr zu rechtfertigen sind.¹²⁹ Der schwerwiegende Eingriff in das Freiheitsrecht der Bevölkerung kann durch die Wichtigkeit der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht von Leben und Gesundheit gerechtfertigt werden. Angesichts der Abmilderung der Grundrechtseinschränkung durch zahlreiche Ausnahmetatbestände, der Gewährleistung anderer grundrechtlich bedeutsamer Güter wie der Versammlungs- und der Personenfreiheit in Kombination mit der zeitlich engen Befristung der Maßnahme überwiegen die Nachteile für die Betroffenen trotz der erheblichen Eingriffsintensität in die Personenfreiheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 nicht gegenüber den Nachteilen für eine wirksame Reduzierung des Infektionsgeschehens zur Gewährleistung eines effektiven Gesundheitsschutzes der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1.

7. Ergebnis

Der Eingriff in die Personenfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 konnte durch die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden. Bundesweite, nächtliche Ausgangssperren nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG dienen der Erreichung eines legitimen Zwecks und sind zur Erreichung dieses legitimen Zwecks sowohl geeignet als auch erforderlich und angemessen. Trotz der hohen Eingriffsintensität wurden die Beschränkungen individueller Freiheitsrechte mit dem erwarteten Nutzen zur Pandemiebekämpfung durch Senkung des Infektionsrisikos in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht.

¹²⁸ BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 48.

¹²⁹ BT-Drs. 19/29257.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Als Mittel zur Pandemiebekämpfung konnten bundesweite, nächtliche Ausgangssperren nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG einer Beurteilung ihrer Verfassungskonformität erfolgreich standhalten. Die mangelnde Zustimmung des Bundesrates (siehe IV.) und die Tatsache, dass der Gesetzgeber nächtliche Ausgangssperren durch ein Maßnahmengesetz unmittelbar angeordnet hat, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes durch die Exekutive bedarf (siehe III.1), werfen Fragen nach der Vereinbarkeit von § 28b IfSG mit Art. 20 Abs. 3 und Art. 104a Abs. 4 i.V.m. Art. 78 auf, die zukünftig einer näheren Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen. Unbestritten verfolgt der parlamentarische Gesetzgeber mit nächtlichen Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung gewichtige Ziele und damit grundsätzlich auch einen legitimen Zweck. Der Anspruch der Bevölkerung auf Schutz von Leib und Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 kann aufgrund des hohen Infektionsrisikos des Coronavirus nur durch die Sicherstellung bestmöglicher Gesundheitsversorgung bei gleichzeitiger Eindämmung des Infektionsgeschehens gewährleistet werden. Hierfür sind nach Ansicht des Gesetzgebers zahlreiche grundrechtsrelevante Eingriffe von erheblicher Breite und Tiefe erforderlich, unter anderem in die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2. Begründet wurden die Freiheitseingriffe damit, dass eine Übertragung des Coronavirus hauptsächlich über die Luft erfolgt, wobei das höchste Infektionsrisiko bei zwischenmenschlichen Kontakten in geschlossenen Räumen besteht. Um eine schnellstmögliche Reduzierung von Neuinfektionen herbeizuführen, wurden neben zahlreichen anderen Maßnahmen bundesweite, nächtliche Ausgangssperren eingeführt, die eine Einschränkung zwischenmenschlicher Kontakte durch eine Verringerung der nächtlichen Mobilität bewirken sollten. Bei der Auswahl der Maßnahmen hat der Gesetzgeber von seinem weiten Einschätzungsspielraum Gebrauch gemacht und nächtliche Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung ausgewählt, die er unter Einbeziehung verschiedener Studien¹³⁰ als sinnvolle Maßnahme betrachtet hat. Welchen konkreten Beitrag diese zur Eindämmung der Pandemie leisten können, ist jedoch umstritten,¹³¹ was primär dem Umstand geschuldet ist, dass es sich beim Coronavirus um eine neuartige Erkrankung handelt. Eine inzwischen durch das Statistische Bundesamt veröffentlichte Auswertung von Mobilfunkdaten hat ergeben, dass die nächtliche Mobilität während des Lockdowns¹³² zwischen 22 Uhr und 5 Uhr um 12 Prozentpunkte gesunken ist,¹³³ was als Indiz gewertet werden kann, dass das Ziel des Gesetzgebers, eine Reduzierung der nächtlichen Mobilität der Bevölkerung herbeizuführen, erreicht wurde. Unter dem Aspekt der Geeignetheit hat sich der Gesetzgeber bezüglich der Beurteilung und Auswahl entsprechender Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung, insbesondere hinsichtlich der Wirksamkeit auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt, die zum Zeitpunkt des Erlasses von § 28b Abs. 1 IfSG dem aktuellen Wissensstand entsprachen. Zahlreiche Kritik wurde insbesondere im Hinblick auf die Aussagekraft des Inzidenzwertes von hundert als geeigneten Indikator für das Infektionsgeschehen und seiner Warnfunktion zur Vorbeugung einer möglichen Überlastung des Gesundheitssystems geäußert (siehe V.6.b.). Das BVerfG hat das Abstellen auf den Schwellenwert jedoch als geeignetes Mittel zur Abbildung des Infektionsgeschehens mit

130 BT-Drs. 19/28444, S. 12.

131 <https://www.dw.com/de/faktencheck-wie-wirksam-sind-n%C3%A4chtliche-ausgangssperren/a-57045074>, abgerufen am 10.06.2021.

132 Die Auswertung erfolgte für den Zeitraum vom 24.04.2021 bis zum 01.05.2021. Vergleichswert gegenüber den Referenzwerten des Vorkrisenjahres 2019.

133 https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/05/PD21_215_12.html, abgerufen am 10.06.2021.

dem Hinweis auf entsprechende Erfahrungen in den frühen Phasen der Pandemie bestätigt.¹³⁴ Da andere, gleich effektive Maßnahmen, die eine geringere Eingriffsintensität aufweisen, nicht ermittelt werden konnten, waren nächtliche Ausgangssperren auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit zu bejahen. Die im Schwerpunkt durchgeführte Angemessenheitsprüfung ergab, dass nächtliche Ausgangssperren eine erhebliche Eingriffsintensität aufweisen, jedoch im Hinblick auf mögliche Folgen hinsichtlich des Gesundheits- und Lebensschutzes der Bevölkerung von größerem Gewicht sind als die mit den Freiheitsbeschränkungen verbundenen Nachteile für die Betroffenen. Ausschlaggebend waren hierbei die strikte zeitliche Befristung der Maßnahme bis zum 30. Juni 2021, die Abmilderung der Maßnahme durch zahlreiche Ausnahmetatbestände, sowie ihre Beschränkung zu regelmäßigen Ruhe- und Schlafenszeiten auf den Zeitraum von 22 Uhr bis 5 Uhr. Im Ergebnis konnte festgestellt werden, dass die mit einem Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 verbundenen Freiheitseinschränkungen in Erfüllung mit der staatlichen Schutzpflicht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in ein ausgewogenes, grundrechtlich gebotenes Verhältnis gebracht wurden. Zusammenfassend konnte der Anordnung nächtlicher Ausgangssperren durch § 28b Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht eine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz attestiert werden. Jedoch dürfen grundrechtliche Einschränkungen grundsätzlich nur in absoluten Ausnahmefällen, wie im vorliegenden Fall zur Eindämmung des Pandemiegeschehens, als Ultima-Ratio zur Anwendung kommen. Um in Zukunft derart gewichtige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu vermeiden, könnte der Gesetzgeber, als mögliche Lehre aus der Corona-Pandemie, prüfen, ob ein effektiver Gesundheitsschutz der Bevölkerung auch durch entsprechende Vorsorgemaßnahmen erreicht werden könnte. In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob eine Überlastung der Intensivstationen zukünftig im Bedarfsfall auch durch eine entsprechende Erhöhung der Bettenanzahl und Personalkapazität in Krankenhäusern zu erreichen wäre. Eine im Rahmen einer Folgenabwägung durchzuführende, gründliche Analyse und Auswertung hinsichtlich sozialer und gegebenenfalls wirtschaftlicher Folgen nächtlicher Ausgangssperren wäre ebenfalls zu begrüßen, was jedoch naturgemäß nur ex-post machbar ist. Dieser in Zukunft noch zu generierende weitere Zugewinn an faktenbasiertem Wissen könnte dem Gesetzgeber als Grundlage für ein mögliches anderes, tragfähiges und an erster Stelle grundrechtsschonenderes Gesamtkonzept zur Pandemiebekämpfung dienen. Das gilt jedoch nur für den Umgang mit zukünftig möglicherweise erneut auftretenden Pandemien und soll nicht als Kritik am gesetzgeberischen Handeln bei der Abwehr der Verbreitung des Coronavirus verstanden werden. Ungeachtet der Tatsache, dass die Wirksamkeit der mit § 28b Abs. 1 IfSG angeordneten Maßnahmen zum Infektionsschutz mit großen Zweifeln behaftet waren, offenbart ein Blick auf die Entwicklung der Inzidenzzahlen ihre potentielle Wirksamkeit. Ein Vergleich des Sieben-Tage-Inzidenzwertes macht deutlich, dass der Gesetzgeber mit seiner Einschätzung, durch die Maßnahmen eine spürbare Senkung von Neuinfektionen herbeiführen, bestätigt wurde. Lag der Inzidenzwert mit Einführung des § 28b Abs. 1 IfSG am 23. April 2021 im Bundesdurchschnitt bei 153,¹³⁵ sank dieser bis zum Ablauf der Maßnahme am 30. Juni 2021 auf 5,2.¹³⁶ Im Ergebnis wird die im Eilverfahren vertretene Ansicht des BVerfG geteilt, das im Falle einer Außervollzugsetzung von § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG durch einstweilige Anordnung ein bedeutsames Mittel im gesetzgeberischen Gesamtkonzept nicht mehr zur Verfügung gestanden hätte.¹³⁷ Trotz des offenen Ausgangs im

134 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 40.

135 Stand 23.04.2021, siehe Fußnote Nr. 93.

136 https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Jun_2021/Archiv_Juni_2021.html, abgerufen am 02.07.2021.

137 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 51b, 52.

Hauptsacheverfahren gegen die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG geregelten, nächtlichen Ausgangssperren, hat das BVerfG bereits deutliche Akzente gesetzt, indem es diese nicht von vornherein als unzulässig oder unvereinbar mit dem Grundgesetz erachtet und ihnen als Mittel zur Pandemiebekämpfung in Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit der Bevölkerung erhebliche Bedeutung beigemessen hat.¹³⁸

138 BVerfG, Beschluss v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 54.

Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

ISSN 2366-0260 (print) / ISSN 2365-4112 (online)

Bislang erschienene Hefte

Heft 1

Felix Boor, Die Yukos-Enteignung. Auswirkungen auf das Anerkennungs- und Vollstreckungssystem aufgehobener ausländischer Handelsschiedssprüche

Heft 2

Karsten Nowrot, Sozialökonomie als disziplinäre Wissenschaft. Alternative Gedanken zur sozialökonomischen Forschung, Lehre und (Eliten-) Bildung

Heft 3

Florian Hipp, Die kommerzielle Verwendung von frei zugänglichen Inhalten im Internet

Heft 4

Karsten Nowrot, Vom steten Streben nach einer immer wieder neuen Weltwirtschaftsordnung. Die deutsche Sozialdemokratie und die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts

Heft 5

Karsten Nowrot, Jenseits eines abwehrrechtlichen Ausnahmecharakters. Zur multidimensionalen Rechtswirkung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG

Heft 6

Karsten Nowrot, Grundstrukturen eines Beratungsverwaltungsrechts

Heft 7

Karsten Nowrot, Environmental Governance as a Subject of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements

Heft 8

Margaret Thornton, The Flexible Cyborg: Work-Life Balance in Legal Practice

Heft 9

Antonia Fandrich, Sustainability and Investment Protection Law. A Study on the Meaning of the Term *Investment* within the ICSID Convention

Heft 10

Karsten Nowrot, Of “Plain” Analytical Approaches and “Savior” Perspectives: Measuring the Structural Dialogues between Bilateral Investment Treaties and Investment Chapters in Mega-Regionals

Heft 11

Maryna Rabinovych, The EU Response to the Ukrainian Crisis: Testing the Union’s Comprehensive Approach to Peacebuilding

Heft 12

Marita Körner, Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union: Struktur und Ordnungsprinzipien

Heft 13

Christin Krusenbaum, Das deutsche Krankenversicherungssystem auf dem Prüfstand – Ist die Bürgerversicherung die ultimative Alternative?

Heft 14

Marita Körner, Age Discrimination in the Context of Employment

Heft 15

Avinash Govindjee/ Judith Brockmann/ Manfred Walser, Atypical Employment in an International Perspective

Heft 16

Cara Paulina Gries, Gesetzliche Barrieren bei der Integration von geduldeten Flüchtlingen in den deutschen Arbeitsmarkt

Heft 17

Karsten Nowrot, Aiding and Abetting in Theorizing the Increasing Softification of the International Normative Order - A Darker Legacy of Jessup’s *Transnational Law*?

Heft 18

Matti Riedlinger, Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Implementierung von Corporate Social Responsibility Berichtspflichten in nationales Recht

Heft 19

Karsten Nowrot, “Competing Regionalism” vs. “Cooperative Regionalism”: On the Possible Relations between Different Regional Economic Integration Agreements

Heft 20

Karsten Nowrot, The 2017 EU Conflict Minerals Regulation: An Effective European Instrument to Globally Promote Good Raw Materials Governance?

Heft 21

Karsten Nowrot, The Other Side of Rights in the Processes of Constitutionalizing International Investment Law: Addressing Investors' Obligations as a New Regulatory Experiment

Heft 22

Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, Arbitrator Intimidation and the Rule of Law: Aspects of Constitutionalization in International Investment Law

Heft 23

Karsten Nowrot, European Republicanism in (Legitimation) Action: Public Participation in the Negotiation and Implementation of EU Free Trade Agreements

Heft 24

Karsten Nowrot, Non-Recognized Territorial Entities in the Post-Soviet Space from the Perspective of WTO Law: Outreach to Outcasts?

Heft 25

Marita Körner, Beschäftigtendatenschutz im Geltungsbereich der DSGVO

Heft 26

Vladena Lisenko/Karsten Nowrot, The 2018 Pridnestrovian Law on State Support for Investment Activities: Some Thoughts on an Investment Statute in a Frozen Conflict Situation

Heft 27

Marita Körner, Die Rolle des Betriebsrats im Beschäftigtendatenschutz

Heft 28

Nadia Kornioti/Karsten Nowrot, Looking Back to Learn for the Future?: The Work of the ILA on the Issue of Human Rights in Times of Emergency in the 1980s

Heft 29

Marita Körner, Der Betriebsrat als datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle

Heft 30

Karsten Nowrot/Emily Sipiorski, (De-) Constitutionalization of International Investment Law?: Narratives from Africa

Heft 31

Felix Boor, Die beschleunigte Landreform Mugabes vor deutschen Gerichten - der „Hamburger Kaffeestreit“

Heft 32

Karsten Nowrot, Corporate Legal and Social Responsibility as an Issue of International Investment Agreements: A Suitable Role Model for the WTO Legal Order?

Heft 33

Julius Adler, Der Grundsatz der „Full Protection and Security“ im internationalen Investitionsschutzrecht - Bedeutung in Theorie und Praxis

Heft 34

Sebastian Barth, Gefangenearbeit: Meilen- oder Stolperstein der Resozialisierung? Eine rechtliche Betrachtung von Gefangenearbeit in Bezug auf das Resozialisierungsziel

Heft 35

Karsten Nowrot, Das gesellschaftliche Transformationspotential der Sustainable Development Goals: Völkerrechtliche Rahmenbedingungen und außerrechtliche Nachhaltigkeitsvoraussetzungen

Heft 36

Karsten Nowrot, Illegal Trade in Wild Animals and Derived Products during Armed Conflicts: What Role for International Wildlife Agreements?

Heft 37

Emily Sipiorski, The Seabed and Scientific Legitimization of International Law: Transforming Narratives of Global Justice

Heft 38

Matti Riedlinger, Mitwirkung des Betriebsrats im Insolvenzplanverfahren

Heft 39

Karsten Nowrot, „Long Live Deglobalization“ vs. „Free Trade Saves Lives“: Die Rolle des Internationalen Wirtschaftsrechts in Zeiten der Corona-Krise

Heft 40

Emily Sipiorski, Cocoa and International Law: Some Remarks on the Contradictions and Symmetry in the Role of Private Actors in Elevating and Unifying Standards

Heft 41

Karsten Nowrot, Vertragskonkurrenz zwischen Menschenrechtsverträgen und Wirtschaftsabkommen in der internationalen Rechtsordnung: Überlegungen zu einem aktuellen völkervertragsrechtlichen Hierarchisierungskonzept

Heft 42

Felix Boor, Das Vertragsverletzungsverfahren gegen das ungarische Hochschulgesetz und seine Auswirkungen auf die Internationalisierung des Europäischen Verwaltungsrechts

Heft 43

Kerrin Kobes, Selbstbestimmung am Lebensende – Eröffnete das BVerfG die Tür einer Suizidassistenten für psychisch Erkrankte?