

## BVerfG Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - Bundesnotbremse I

Eine Zusammenfassung von Maximilian K. Schubert, LL.M. (Dublin)

Gegenstand der Entscheidung:

Die Verfassungsbeschwerden haben das vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802) zum Gegenstand. Insbesondere wenden sich die Beschwerdeführer gegen die Ausgangs- (§ 28b I 1 Nr. 2 IfSG) und Kontaktbeschränkungen (§ 28b I 1 Nr. 1 IfSG).

### Die Rügen der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer sehen sich (im Einzelnen unterschiedlich) durch die Regelungen des § 28b I 1 IfSG in ihren Grundrechten aus Art. 5 III, 6 I, 2 I i. V. m. 1 I, 2 II i. V. m. 104 I, 3 I, 2 I GG verletzt.

### Das (wesentliche) Vorbringen der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer tragen zuerst vor, dass das Gesetz schon nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung gehöre, da es formell verfassungswidrig ist (S. hierzu: 1 BvR 253/56- *Elfes*, Rn. 29). Der Bundesrat hätte dem Gesetz gemäß Art. 104a IV GG zustimmen müssen. Es handle sich bei Leistungen nach § 28b III IfSG und § 56 IfSG um Geld- oder geldwerte Leistungen, die von den Ländern zu tragen sind.

Zudem ist das Gesetz auch materiell verfassungswidrig.

### **Kontaktbeschränkungen**

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die undifferenzierte Gleichbehandlung von Zusammenkünften innerhalb und außerhalb von geschlossenen Räumen widersprüchlich ist und wissenschaftlichen Erkenntnissen zuwider läuft. Zumal die Streubreite zu undifferenziert ist und damit erweise sich die Regelung als nicht geeignet.

### **Ausgangssperren**

Die Ausgangssperre greift in die Freiheit der Person gemäß Art. 2 II, 104 I GG ein, da die psychischen Zwänge des Nichtverlassens der Wohnung für einen staatlichen Zwang ausreichen.<sup>1</sup> Erreicht werde dieser Zwang durch die Bußgeldbewehrung in § 73 Ia Nr. 11c IfSG. Zudem eröffnet die Regelung auch die Anwendung unmittelbaren Zwangs gegenüber sich unberechtigt aufhaltender Personen. In dieser Kombination steht die Wirkung auf die Psyche einem Eingriff durch physischen Zwang gleich. Dieser Eingriff lasse sich nicht rechtfertigen; insbesondere ist die spezielle Art der Regelung (self-executing, vgl. zur Herkunft *Talmon*, JZ 2013, 12 (13)) nicht mit dem Wortlaut des Grundgesetzes vereinbar, denn dieses setzt einen Eingriff *aufgrund* eines Gesetzes und gerade nicht *durch* Gesetz voraus. Art. 104 GG ist seinem Aufbau nach eine Norm mit Richter- und Verwaltungsvorbehalt. Zudem ist die Regelung auch unverhältnismäßig, denn sie sei weder geeignet (a) noch angemessen (b).

---

<sup>1</sup> Dies wurde von anderen Beschwerdeführern in eigener Verfassungsbeschwerde jedoch bestritten.

- a) In Anbetracht des Zwangs zum Aufenthalt im Innenraum läuft die Regelung dem Zweck der Ansteckungsvermeidung zuwider, begünstigt diese doch gerade den Aufenthalt mehrerer Menschen im Innenraum.
- b) Die Regelung ist zudem unangemessen, da die Anknüpfungspunkte an die Inzidenz zu ungenau und unsicher sind, um einen Eingriff dieser Art zu rechtfertigen.

### Die Entscheidung des Gerichts

Das BVerfG weist die Verfassungsbeschwerden umfassend zurück (und verwirft diejenigen, welche bereits unzulässig waren).

### **Zur Zulässigkeit**

Das BVerfG sieht das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführer als gegeben an, obwohl die Normen zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits außer Kraft waren. Es begründet dies damit, dass das Bedürfnis fortbesteht, wenn „[...] andernfalls entweder *die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe* und der gerügte Grundrechtseingriff *besonders belastend erscheint*, eine *Wiederholung* der angegriffenen Maßnahme *zu besorgen ist* oder die aufgehobene oder gegenstandslos gewordene Maßnahme den Beschwerdeführer noch *weiterhin beeinträchtigt*.“ (Rn. 98) (Hervorhebungen nicht im Original).<sup>2</sup>

### **Zur Begründetheit**

#### **I. Die Eingriffe**

Das BVerfG bejaht einen Eingriff in folgende Grundrechte der Beschwerdeführer:

1. Kontaktbeschränkungen
  - Art. 6 I GG
  - Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG
  - Art. 2 I GG
2. Ausgangssperre
  - Art. 2 II, 104 I GG → Mit Verweis auf die Fußfesselentscheidung NStZ 2021, 348
  - Art. 6 I GG
  - Art. 2 I GG
  -

#### **II. Die Rechtfertigung**

##### **1) Die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes**

Das Gesetz ist formell nicht zu beanstanden, denn es oblag der Zuständigkeit des Bundes (a) und war nicht zustimmungsbedürftig (b).

- a) Die Zuständigkeit des Bundes folgt aus Art. 74 I Nr. 19 GG, bei der Covid-19 Pandemie handelt es sich (unstreitig) um übertragbare Krankheiten. Da die Kontaktbeschränkungen und die Ausgangssperre dem Schutz vor übertragbaren

---

<sup>2</sup> Denken Sie hierbei auch an die verwaltungsrechtliche Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO ((doppelt) analog).

Krankheiten dienen, unterfielen sie diesem Regelungskomplex. Die Auslegung zu dieser Begründung erfolgt im Rahmen der Verfassungsinterpretation (Rn. 119 – 123).

- b) Der Senat prüft das Gesetz in der Folge jedoch nicht darauf, ob aus dem Gesamtkonzept der Regelungen eine Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes folgt. Die sogenannte Einheitsthese besagt, dass das gesamte Gesetz zustimmungsbedürftig wird, wenn es auch nur eine Regelung enthält, welche die Zustimmungspflicht auslöst (BVerfGE 105, 313 (339)). Eine solche lag jedoch nicht vor. Der Senat verweist auf den Parallelbeschluss - 1 BvR 971/21-Bundesnotbremse II (Rn. 88 ff.)

In der Folge war das Gesetz formell gesehen Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung.

## 2) Die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (Teil 1: Kontaktbeschränkung)

Der Senat vertritt darauf aufbauend die Ansicht, dass das Gesetz weder durch die Wahl der Handlungsmittel (a) noch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beanstanden ist (b).

- a) Zuerst bedarf es einer Prüfung der Zulässigkeit von selbst vollziehenden Regelungen anhand des Grundsatzes der Gewaltenteilung, der aus Art. 20 II 2 GG folgt (Rn. 138). Ein Verstoß führt dazu, dass – wie bei allen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen – das Gesetz keine Rechtfertigungswirkung entfalten kann (BVerfGE 6, 31 (41)). Hier kommt der Senat zu dem Schluss, dass kein Verstoß gegen die Gewaltenteilung vorliegt. Begründet wird dies damit, dass erstens kein Verstoß gegen die Kernbereichszuteilung der Exekutive vorliegt (Rn. 144), zudem bleibe die Normanwendung im Einzelfall unberührt. (Rn. 144) Zweitens lagen für die Verschiebung der Verhältnisse ausreichende Gründe, insbesondere ein befürchtetes Vollzugsdefizit, vor. (Rn. 145)  
Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Prinzip des Schutzes individueller Grundrechte, (Rn. 147 – 150) zumal die alternative Handlungsform diejenige der Rechtsverordnung war (Rn. 150). Zudem „[liegt es] in der Natur einer Epidemie, dass der Staat zum Schutz der Bevölkerung nicht in individuellen Verwaltungsverfahren punktuelle Maßnahmen trifft, sondern dass zur Abwehr der Gefahr großflächige Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen.“ (Rn. 150)
- b) Die Regelungen waren nach Ansicht des Senats auch geeignet und erforderlich zur Bekämpfung der Pandemie (Rn. 167 – 214). Er behandelt hier die üblichen Beurteilungsspielräume und prüft nur, ob der Gesetzgeber eine fehlerhafte Gefahrenanalyse durchführte. Dies konnte aufgrund der umfassenden Nachweise verneint werden. Zur Angemessenheit führt der Senat aus, dass auch hier ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers vorliegt (Rn. 217, jetzt definitiv bestätigt durch 1 BvR 2649/21 Rn. 204) und verweist auf eine bestehende Rechtsprechung. (Zur Kritik *Rixen*,: Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, VerfBlog, 2022/5/25). Die erheblichen Eingriffe hat der Gesetzgeber jedoch ausreichend kompensiert denn „die Angehörigen eines Haushalts [dürften] weiter gemeinsam im öffentlichen und privaten Raum agieren. Eine zusätzliche Person war berechtigt, mit unbegrenzt vielen zu ihrem Haushalt gehörenden Kindern an diesen Zusammenkünften teilzunehmen.“

(Rn. 226). In der Gesamtabwägung kommt der Senat zu dem Entschluss, dass der Infektionsschutz als Gesamtkonzept vorgeht.

### 3. Die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (Teil 2: Ausgangssperre)

Das Gericht kommt auch hier zu dem Schluss, dass die Wahl des Handlungsmittels zulässig war (a) und das Gesetz verhältnismäßig ist (b).

a) Für die Zulässigkeit der Handlungsform war relevant, dass das Gericht einen Eingriff in Art. 2 II, 104 GG (in Form der Freiheitsbeschränkung) annahm. Dies tat es mit der Begründung, dass „[auch] staatliche Maßnahmen in die Fortbewegungsfreiheit eingreifen, die auf den Willen des Betroffenen zur Ausübung der Fortbewegungsfreiheit in vergleichbarer Weise wirken wie bei unmittelbarem Zwang“ (Rn. 246).

Daher stellte sich die Frage, wie der Gesetzesvorbehalt des Art. 104 I GG zu verstehen ist. Das Fehlen des Zusatzes „durch Gesetz“ indiziert nach dem für die Auslegung relevanten Wortlaut (Verfassungsinterpretation!), dass es keinen Eingriff nur durch Gesetz gebe. Der Senat weist diese Argumentation damit zurück, dass die Formulierung aufgrund eines Gesetzes gerade keinen Ausschluss des Self-Executing bezwecke, sondern die beiden Handlungsformen nebeneinander bestehen können. (Rn. 270). Und das obwohl die Grundkonzeption des Eingriffstatbestandes auf ein Zusammenspiel der beteiligten Staatsgewalten ausgelegt ist (Rn. 271). Begründet wird dies mit der unterschiedlichen Schutzrichtung zwischen abstrakter Beschränkung und konkret-individueller Beschränkung der Freiheit durch die Staatsgewalt (*habeas corpus*, vgl. *Riedel* EuGRZ 1980, 192; *Dürig/Herzog/Scholz/Mehde*, 96. EL November 2021, GG Art. 104 Rn. 6; Art. 1 Sect. 9 s. 2 US-Constitution, *Mehde*, aaO Rn. 21; *Meyer*, ZaöRV 69 (2009), 1 (34); *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723). Durch diese Unterscheidung bedarf es keines Schutzes von Art. 104 I 1 HS. 2, S. 2 GG.

b) Das Gericht analysiert in der Folge wieder die Begründung des Gesetzgebers für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Ausgangssperre (Rn. 274 – 288) und kommt erneut zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber einen vertretbaren Schluss gezogen hat, sodass Geeignetheit und Erforderlichkeit bejaht werden konnten. Zur Angemessenheit kommt es dann zu folgendem Entschluss: Zwar liegen enorme Eingriffe vor, diese sind jedoch in angemessenen Ausgleich gebracht worden, da diese im Gesamtkonzept des Gesetzes einen Baustein sicherten (Rn. 290). Das enorme Gewicht der Ausgangssperre (Rn. 291 – 295) wurde nach Ansicht des Senats jedoch durch die Ausnahmen in § 28b I 1 HS. 2 lit. a – lit. g IfSG entschärft. (Rn. 296) Besonders relevant für die angenommene Angemessenheit war zudem der gewählte Zeitraum von 22 Uhr – 5 Uhr, da dies der regelmäßigen Schlafenszeit entspreche und zudem Ausnahmen für die sportliche Betätigung bis 24 Uhr vorlagen. (Rn. 301 – 303)

Dies gilt trotz der wissenschaftlichen Kritik an der Wirksamkeit (Rn. 303),

denn „[den] Beitrag von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen im Schutzkonzept zur Verminderung des Sterberisikos und des Risikos schwerer Krankheitsverläufe durfte er [scil. der Gesetzgeber] als quantitativ und qualitativ erheblich veranschlagen. Da er die gegenläufigen gewichtigen Individualinteressen bei der Ausgestaltung des Gesamtschutzkonzepts und der

Einzelmaßnahme der Ausgangsbeschränkungen berücksichtigt hat, war der von ihm vorgenommene Interessenausgleich verfassungsgemäß.“ (Rn. 303)

Der Beschluss schließt mit dem Hinweis auf die exzeptionelle Möglichkeit von Ausgangssperren (Rn. 305).