



Kurztgutachten: „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge), Flensburg

A. Einleitung	3
I. Gutachtenfrage: Nächtliche Ausgangssperren	3
II. Es ist Sache des Staates, Anti-Pandemie-Maßnahmen zu rechtfertigen	3
III. Verfassungswidrigkeit der Ausgangssperre	3
B. Die vorgesehene Regelung des § 28b IfSG-E und ihre Probleme	5
I. Zwecke der Gesetzesänderung	5
II. Tatbestand	5
1. Normtext	5
2. Überschreitung des Inzidenzwerts 100	6
3. Tatbestandliche Ausnahmen	6
III. Rechtsfolge	11
1. Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Wohnung	11
2. Automatismus: selbstvollziehende Norm	11
3. Bußgeldbewehrung	12
IV. Zusammenfassung	12
C. Eingriffe in Vielzahl von Grundrechten	12
I. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG	12
1. Unmittelbarer Eingriff in die Freiheit der Person?	12
2. Schranke	13
II. Körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	14
1. Mittelbarer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit	14
2. Schranke	14
III. Freizügigkeit, Art. 11 GG	14
IV. Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG	14
1. Eingriff in den Schutzbereich des Ehegrundrechts	14
2. Eingriff in den Schutzbereich des Familiengrundrechts	15
3. Schranke: Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang	15
V. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG	15
1. Eingriff in die Schutzbereiche	15
2. Schranke	15

VI.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.....	16
1.	Eingriff in den Schutzbereich	16
2.	Schranke	16
VII.	Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	16
1.	Intensiver Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit	16
2.	Schranke	16
D.	Bestimmtheit der Norm	16
E.	Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren	17
I.	Zweck der Maßnahme	17
II.	Geeignetheit.....	17
1.	Einschätzungsspielräume und Reaktion auf fortschreitende wissenschaftliche Erkenntnis.....	17
2.	Geeignetheit der Ausgangssperre zur direkten Infektionsbekämpfung.....	18
3.	Geeignetheit der Ausgangssperre zur indirekten Infektionsbekämpfung.....	19
4.	Ergebnis	22
III.	Erforderlichkeit, insbesondere: denkbare mildere Mittel	22
1.	Eingriffsintensität der Ausgangssperren.....	22
2.	Mildere Mittel, beispielsweise effektive Regulierung des Arbeitslebens.....	23
3.	Jojo-Lockdown bei Inzidenz 100	25
IV.	Angemessenheit	26
1.	Ausgangssperren grundsätzlich nur als ultima ratio.....	26
2.	Prozedurale Absicherung dynamisierter Wissensverarbeitung durch Befristung.....	26
3.	Gewichtung der Effektivität und der verfolgten Zwecke.....	27
4.	Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept, das rasche Aufhebung der Maßnahmen erwarten lässt 27	
5.	Ergebnis: Unverhältnismäßigkeit.....	28
V.	Ergebnis	28
F.	Rechtsschutz.....	29

A. Einleitung

I. Gutachtenfrage: Nächtliche Ausgangssperren

Das Kurzgutachten untersucht im Auftrag der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V. die grundrechtliche Zulässigkeit nächtlicher Ausgangssperren als rechtliches Instrument zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie.

Anlass dieses Gutachtens ist der geplante § 28b IfSG-E, der am 13. April 2021 von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD als Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite¹ eingebracht wurde. Wesentliche Aussagen dieses Gutachtens betreffen jedoch nächtliche Ausgangssperren schlechthin.

II. Es ist Sache des Staates, Anti-Pandemie-Maßnahmen zu rechtfertigen

Eingriffe in grundrechtliche Freiheit durch den Staat sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Diese Rechtfertigungslast gilt nicht nur für die Landesregierungen, deren Rechtsverordnungen bisher im Mittelpunkt der Pandemiebekämpfung stehen, sondern auch für die Gesetzgebung sowohl des Bundes als auch der Länder.

Dieses Prinzip wird mit einer Ausgangssperre umgedreht: **Die Einzelnen müssen sich für ihre Grundrechtsausübung rechtfertigen.**² Wenn sie sich nach Beginn der Ausgangssperre im Freien aufhalten und von der Polizei kontrolliert werden, müssen sie Gründe angeben, die ihnen ausnahmsweise den Aufenthalt draußen erlauben. Können sie einen solchen Grund nicht angeben oder halten die Kontrollierenden den Grund für nicht hinreichend, drohen empfindliche **Bußgelder** und polizeiliche Zwangsmaßnahmen.

Zugleich tragen die Einzelnen das **Risiko der zutreffenden Auslegung**, welche Gründe als Ausnahmen anerkannt werden. Das ist besonders problematisch, weil die ausdrücklich genannten Ausnahmetatbestände nicht alle grundrechtlich gebotenen Ausnahmegründe abdecken. Zugleich lässt die höchst vage Auffangklausel „ähnliche gewichtige und unabweisbare Zwecke“ viel Raum für Interpretation, denn was ist so „ähnlich“ wie die völlig unterschiedlichen Zwecke Gassigehen einerseits und Begleitung Sterbender andererseits?

III. Verfassungswidrigkeit der Ausgangssperre

Die im Gesetzentwurf vorgesehene „Notbremse“, mit der unter anderem die Ausgangssperre für die Zeit zwischen 22 Uhr und 5 Uhr in Kraft gesetzt würde, soll ab Erreichen des Inzidenzwertes 100 automatisch gelten, also ohne weitere notwendige hoheitliche Entscheidung.³

Die gesetzlich angeordnete Ausgangssperre bedarf der Rechtfertigung, da sie in eine Vielzahl von Grundrechten eingreift: *unmittelbar* in die Ehe- und Familienfreiheit, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Allgemeine Handlungsfreiheit, *mittelbar* in die körperliche Unversehrtheit und die Berufs- und Eigentumsfreiheit.⁴ Die Regelung genügt jedoch bereits nicht dem verfassungsrechtlichen

¹ In der Fassung der BT-Drs. 19/28444, bereits unter Berücksichtigung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages vom 19. April 2021, BT-Drs. 19/28692.

² Kritisch dazu auch *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 9.

³ Dazu unten A.II.2.

⁴ Dazu unten C.

Bestimmtheitsgebot.⁵ An einer hinreichenden Rechtfertigung fehlt es außerdem, weil die Ausgangssperre sich als **unverhältnismäßig** erweist.⁶

In ihrer derzeitigen Ausgestaltung verletzt die nächtliche Ausgangssperre des § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG das **Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit**, das **Ehe- und Familiengrundrecht**, die **Berufsfreiheit** und das **Eigentumsgrundrecht**, das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht** und die **allgemeine Handlungsfreiheit**.

Unverhältnismäßig ist die im Gesetzentwurf vorgesehene nächtliche Ausgangssperre aus mehreren Gründen:

Die nächtliche Ausgangssperre ist **nur wenig geeignet**, den angestrebten Zweck zu erreichen, indirekt zur Kontaktreduzierung im privaten Bereich beizutragen.⁷ Empirisch zeigen Ausgangssperren allenfalls moderate Effekte. Da die überwältigende Mehrzahl der Infektionen in Innenräumen stattfindet, während der Aufenthalt im Freien kaum zu Infektionen führt, ist es zudem widersinnig, die Menschen in ihre Wohnungen zu schicken. Dieser offensichtliche Widerspruch zu den aktuellen Erkenntnissen über die Virusverbreitung lädt die Menschen zum Widerstand gegen diese Maßnahme geradezu ein. Gleichzeitig wird die Ausgangssperre wegen der Vielzahl – grundrechtlich gebotener, also nicht einfach zu streichender – Ausnahmen nicht effektiv kontrollierbar sein. Das wiegt umso schwerer, als die vermeintlich leichtere Kontrollierbarkeit im Vergleich zu Kontaktverboten in privaten Räumen gerade das zentrale Regulierungsmodell ist.

Die nächtliche Ausgangssperre ist **nicht erforderlich**.⁸ Sie ist ein hochinvasives Rechtsinstrument. Ein milderer, mindestens gleich effektives Mittel zur Pandemiebekämpfung wäre die Regulierung des Arbeitslebens, das maßgeblich zum Infektionsgeschehen beiträgt, bislang jedoch von verpflichtenden Vorgaben weitgehend freigestellt blieb. Die geplante Ausgestaltung wird außerdem absehbar zu einem „Jojo-Lockdown“ und zu immer neuen Ausgangssperren führen, wohingegen bei einem niedrigeren Inzidenzwert der Grundrechtseingriff effektiv beendet werden könnte, sobald das Infektionsgeschehen kontrollierbar ist.

Die nächtliche Ausgangssperre ist schließlich **unangemessen**.⁹ Wegen der extremen Schwere der mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffe darf die Ausgangssperre nur als ultima ratio (als letztes Mittel) angeordnet werden. Das Verhältnis zwischen der massiven Eingriffsintensität und der geringen Effektivität in der Zweckerreichung steht in keinem angemessenen Verhältnis.

Demgegenüber wäre eine Ausgangssperre **als Teil eines schlüssigen Gesamtkonzepts durchaus zulässig**, wenn dieses die rasche Aufhebung der Maßnahmen erwarten lässt und zudem auf ein stabiles und kontrollierbares Infektionsgeschehen gerichtet ist.

Angesichts der dynamischen Entwicklung der Pandemie und des Wissens über sie bedürfte es überdies einer **Befristung** der Ausgangssperre. Eine solche Befristung stellt die regelmäßige Evaluation der Lage sicher und gewährt die stets angemessene Relation von Grundrechtseingriff und verfolgtem Zweck.

⁵ Dazu unten D.

⁶ Dazu unten E.

⁷ Dazu unten E.II.

⁸ Dazu unten E.III.

⁹ Dazu unten E.IV.

B. Die vorgesehene Regelung des § 28b IfSG-E und ihre Probleme

I. Zwecke der Gesetzesänderung

Schutzzweck der im Gesetzentwurf vorgesehenen Maßnahmen ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems¹⁰, sowie die Vermeidung von escape-Virusvarianten.¹¹ Anlass der Neuregelung ist die bundesweit nicht einheitliche Umsetzung der in der Ministerpräsident*innenkonferenz beschlossenen Maßnahmen und die daraus resultierende „Lücke im Schutz“.¹² Insgesamt richten sich die im Gesetzentwurf enthaltenen Maßnahmen überwiegend auf das private Leben, um „die unverzichtbaren persönlichen Aktivitäten [...] zur Aufrechterhaltung der beruflichen Tätigkeiten“¹³ weiterhin zu ermöglichen.

II. Tatbestand

Der Gesetzentwurf schlägt einen neuen § 28b IfSG-E vor, der selbstvollziehend bestimmte Maßnahmen als „Notbremse“ ab einer Inzidenz von 100 Corona-Infektionen pro 100.000 Einwohnern über 7 Tage anordnen soll.

1. *Normtext*¹⁴

In § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E ist bei Überschreitung des Inzidenzwertes 100 eine automatisch in Kraft tretende nächtliche Ausgangssperre vorgesehen:

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

- a. der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,
- b. der Berufsausübung im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,
- c. der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,
- d. der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,
- e. der Versorgung von Tieren.
- f. aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder
- g. zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen“

¹⁰ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8

¹¹ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 10.

¹² Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 9.

¹³ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 11.

¹⁴ In der Fassung der BT-Drs. 19/28444, bereits unter Berücksichtigung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages vom 19. April 2021, BT-Drs. 19/28692.

2. Überschreitung des Inzidenzwerts 100

Die „Notbremse“ soll gemäß § 28b Abs. 1 Hs. 1 IfSG-E automatisch in Kraft treten, wenn die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinanderfolgenden Tagen den **Schwellenwert** von 100 überschreitet, und automatisch außer Kraft treten, wenn der Schwellenwert an fünf aufeinander folgenden Werktagen unterschritten wird. Es soll also – in Reaktion auf die zögerliche Umsetzung der Entscheidungen der Ministerpräsident*innenkonferenz in den letzten Wochen und Monaten – gerade keine gesonderte behördliche Entscheidung über das Inkrafttreten der Maßnahmen geben. § 28b Abs. 1 S.2-4 IfSG-E spezifizieren die Voraussetzungen des Inkrafttretens einer Ausgangssperre.¹⁵ Orientierungspunkt sind die Daten, die gemäß § 28b Abs.1 S. 2 IfSG-E vom Robert-Koch-Institut (RKI) im Internet (<https://www.rki.de/inzidenzen>) veröffentlicht werden.

Die zuständigen Landesbehörden machen nach § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG-E die Tage „in geeigneter Weise“ bekannt, an denen die Maßnahmen der Notbremse gelten. Diese **Bekanntmachung** hat nach § 28b Abs. 1 S. 4 IfSG-E „unverzüglich“ zu erfolgen, wenn die Voraussetzung § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG-E ist, also der Schwellenwert 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschritten war. Sie hat ausdrücklich nur deklaratorische Funktion, aber keine eigenständige Regelungswirkung.

Zusätzliche Voraussetzung bleibt gemäß § 28b Abs. 10 IfSG-E die **Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite** durch den Bundestag gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG; diese Voraussetzung ist aktuell erfüllt.¹⁶ Zudem ist die Notbremse nach § 28b Abs. 10 IfSG-E **bis 30. Juni 2021 befristet**.

3. Tatbestandliche Ausnahmen

Eine Reihe von höchst unterschiedlichen Gründen werden als berechtigte Ausnahmen von der Ausgangssperre gesetzlich ausdrücklich anerkannt. Sie reichen vom Gassigehen bis zur Begleitung Sterbender. Diese Ausnahmen werfen allerdings ebenfalls deutliche Bestimmtheitsprobleme auf, denn es bleibt überwiegend unklar, wann die Ausnahmetatbestände jeweils erfüllt sind und wie weit sie reichen (a). Der Normentwurf ist dabei noch weniger grundrechtssensibel als die bisherigen Rechtsverordnungen der Bundesländer.

Hinzu tritt eine gänzlich unbestimmte Auffangklausel, die wegen der Disparität der explizit aufgeführten Ausnahmegründe Wertungsprobleme aufwirft. Vor allem aber wird stets die Rückkehr nach Hause in die eigene Wohnung als gewichtiger Grund anzuerkennen sein, so dass die Ausgangssperre schon regelungstechnisch ihren Zweck verfehlt (b).

Weitere generelle Ausnahmen bestehen für Versammlung und Gottesdienste, vermutlich, weil das Bundesverfassungsgericht zu diesen Grundrechten bereits Entscheidungen über Corona-Maßnahmen getroffen hat. Andererseits fehlt die vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit unter diesen generellen Ausnahmen (c).

¹⁵ § 28b Abs. 1 IfSG-E i.d.F. der BT-Drs. 19/28692, S. 10: „²Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/inzidenzen> für alle Landkreise und kreisfreien Städte fortlaufend die Sieben-Tage-Inzidenz der letzten 14 aufeinander folgenden Tage. ³Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. ⁴Die Bekanntmachung nach Satz 3 erfolgt unverzüglich, nachdem aufgrund der Veröffentlichung nach Satz 2 erkennbar wurde, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 eingetreten sind.“

¹⁶ Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite vom 29. März 2021, BGBl. I 2021 Nr. 12, 30. März 2021, S. 370.

Überhaupt nicht bedacht ist die infektionsschutzrechtliche Ungefährlichkeit von Geimpften und Immunen, denen gegenüber schwere Grundrechtseingriffe wie bei einer Ausgangssperre nicht mehr gerechtfertigt werden können (d).

Die Tatsache, dass die Einzelnen sich für ihre Grundrechtsausübung bei etwaigen Kontrollen rechtfertigen müssen, verkehrt das Prinzip in sein Gegenteil, dass die Einschränkung von Grundrechten der Rechtfertigung bedarf und nicht ihre Wahrnehmung (e).

a) Explizit benannte Ausnahmen, lit. a-e, g

Zu den explizit benannten Ausnahmen zählen Aufenthalte, die der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer **medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen** dienen (lit. a). Diese Ausnahme trägt den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG Rechnung. Offen bleibt allerdings, nach welchem Maßstab und wann entschieden wird, ob es wirklich etwa um eine „unaufschiebbare“ Behandlung geht, was sich ja erst später herausstellen mag.

Auch **Berufs-, Dienst- und Mandatstätigkeit** und die **Presseberichterstattung** sind ausgenommen (lit. b), wobei davon auszugehen, dass der Weg zu diesen Tätigkeiten von der Ausnahme erfasst ist, mithin nicht nur eine Tätigkeit abends draußen, sondern auch der Weg zu einer abends ggf. in Innenräumen ausgeübten Tätigkeit. Diese Regelung trägt der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG sowie der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Rechnung. Doch fällt unter Diensttätigkeit etwa auch die von Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützte seelsorgerische Tätigkeit in religiösen Gemeinschaften? Die vom OVG Bautzen¹⁷ außer Vollzug gesetzte Ausgangssperre in Sachsen sah eine solche Ausnahme vor¹⁸, im Gesetzentwurf der Bundesregierung fehlt sie.

Die Wahrnehmung von **Sorge- und Umgangsrecht** bildet eine Ausnahmerechtigung (lit. c), die dem nach Art. 6 Abs. 1 GG gebotene Schutz von Ehe und Familie Rechnung trägt. Nicht umfasst ist jedoch der Weg zu einem in einer anderen Wohnung lebenden Ehegatten oder Familienmitglied. Dies überrascht insofern, als selbst der vom VGH Mannheim¹⁹ aufgehobene § 1c Abs. 2 CoronaVO BW²⁰ etwa in Nr. 6 eine Ausnahme zum „Besuch von Ehegatten, Lebenspartnern sowie Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ vorsah.

Den Aufenthalt draußen soll neben der **unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger** auch die **Begleitung Sterbender** erlauben (lit. d). Letzteres wahrt den Wesensgehalt des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, wenn nicht sogar die ausnahmslos zu achtende Menschenwürde. Doch vieles bleibt unklar: Wann ist eine Betreuung „unaufschiebbar“ und wann ist eine Person „unterstützungsbedürftig“? Reicht eine unter Corona-Bedingungen ja nicht unwahrscheinliche psychisch-mentale Krise? Wie schwer muss diese sein? Zu wessen Lasten gehen etwaige Fehleinschätzungen und wer entscheidet darüber?

Der Ausnahmegrund der **Versorgung von Tieren** (lit. e) dient dem Tierschutz, der in Art. 20a GG als Staatsziel erwähnt ist. Freilich: Gassi gehen mit dem Hund ist explizit aufgezählt, aber der

¹⁷ OVG Bautzen, B. v. 04.03.2021 – 3 B 26/21.

¹⁸ § 2c Abs. 1 Nr. 7 der SächsCoronaSchVO v. 12.02.2021 (GVBl. 213).

¹⁹ VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21.

²⁰ § 1c Abs. 2 CoronaVO BW v. 30.11.2020 (GBl. 1067) zuletzt geändert durch VO v. 30.01.2021 (GBl. 56) i. d. am 01.02.2021 gültigen Fassung.

berufsbedingt vielleicht einzig abends mögliche Spaziergang mit einer Person im Rollstuhl nicht? Hier liegen Wertungswidersprüche auf der Hand.

Zwischen 22 und 24 Uhr ist **körperliche Bewegung** im Freien „allein“ und außerhalb von Sportanlagen erlaubt (lit. g). Aufgegriffen ist damit eine in der politischen und medialen Debatte verbreitete Kritik, dass Spaziergänge und der abendliche Sport verboten werden. Unbestimmt ist freilich zunächst, was „allein“ heißt: Reicht der sonst übliche Abstand von 1,5 m, um anzunehmen, eine Person treibe „allein“ Sport? Warum sollen Personen, die in einem Haushalt wohnen, etwa Ehegatten, nicht gemeinsam joggen gehen können? Darf eine Person im Rollstuhl keinen „Spaziergang“ in Begleitung einer schiebenden Person machen, was problematisch wäre mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG? Unmöglich erscheint die Abgrenzung von Spaziergängen und zu Fuß bewältigten Wegen von und zu (verbotenen) Treffen bis 24 Uhr. Verboten sind dann wohl nurmehr Wege mit dem Auto oder Motorrädern, denn das Fahrradfahren dürfte als „körperliche Bewegung“ anzusehen sein.

Besonders ins Auge springt die fehlende Sensibilität für die grundrechtlich geschützten Belange **vulnerabler Personengruppen**. Demgegenüber berücksichtigte die thüringische Corona-Verordnung explizit auch den „Schutz vor Gewalterfahrung“ als Ausnahmegrund.²¹ Es verwundert, dass der vorliegende Gesetzentwurf die Regelungsmodelle der Bundesländer nicht wenigstens als Inspirationsquelle genutzt zu haben scheint.

b) Auffangklausel: „aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ (lit. f)

§ 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG-E enthält eine Auffangklausel, derzufolge der Aufenthalt außerhalb der Wohnung „aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ wie den explizit aufgezählten zulässig ist. Die Verfassungs-²² und Verwaltungsgerichtsbarkeit²³ hat im Eilrechtsschutz wiederholt darauf hingewiesen, dass eine extensive Auslegung solcher Auffangklauseln geboten ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung gehören zu diesen nicht explizit genannten Gründe²⁴ **Wohnungslosigkeit** und die Wahrnehmung einer **Corona-Schutzimpfung**.²⁵ Welche Zwecke aber darüber hinaus „ähnlich gewichtig und unabweisbar“ sind, lässt die Norm vollständig offen. Doch das Fehlen einer Systematik der Ausnahmegründe macht es schwer, hierfür Kriterien zu entwickeln – müssten doch die Zwecke „ähnlich gewichtig“ wie Gassigehen einerseits, die Begleitung Sterbender andererseits sein. Konsequenter wäre es wohl jedenfalls, Ausnahmen für alle Verhaltensweisen anzuerkennen, die in einem Grundrecht spezifisch geschützt sind.²⁶

Schwierigkeiten wirft die Frage auf, ob auch der **Weg nach Hause** von woher auch immer als „ähnlich gewichtiger und abweisbarer Grund“ anerkannt werden muss.²⁷ Andernfalls müsste die Person ja

²¹ § 3b Abs. 1 Nr. 13 3.ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO v. 14.12.2020 (GVBl. 612), zuletzt geändert durch VO v. 02.02.2021 (GVBl. 65) i. d. am 3.2.2021 gültigen Fassung.

²² BVerfG (K), B. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, Rn. 12; VerfGH Saarland, B. v. 28.04.2020 – LV 7/20, D. II.

²³ VGH München, B. v. 28.04.2020 – 20 NE 20.849, Rn. 46; dem folgend VG Aachen, B. v. 23.12.2020 – 7 L 951/20, Rn. 25 f.

²⁴ Inzwischen ersetzt durch „Zwecke“, BT-Drs. 19/28692, S. 6.

²⁵ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 12.

²⁶ Der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG kommt demgegenüber lediglich eine Auffangfunktion zu, vgl. BVerfGE 6, 32 (36 ff.) – *Elfes* [1957], explizit S. 41: „Sphäre privater Lebensgestaltung“.

²⁷ So etwa OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021, Rn. 23.: „Hinzu kommt, dass ein triftiger Grund für eine Ausnahme von der Ausgangsbeschränkung stets dann vorliegen dürfte, wenn ein im Zeitraum zwischen 5.01 Uhr und 21.59 Uhr begonnener Aufenthalt in einem anderen Haushalt in dem Zeitraum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr

draußen übernachten. Wenn aber der Rückweg von woher auch immer nach 22 Uhr noch als berechtigtes Interesse anerkannt werden müsste, führte sich die Ausgangssperre selbst ad absurdum, weil die Menschen dann sowohl berechtigterweise vor Beginn der Ausgangssperre ihre Wohnung verlassen hätten und „gewichtig und unabweisbar“ nach dem Beginn der Ausgangssperre den Rückweg anträten.

Näherliegend dürfte aber die **Reformulierung des Ausgangsverbots als Gebot** sein, entweder bereits um 22 Uhr zu Hause zu sein oder aber nach 22 Uhr den Aufenthaltsort nicht mehr zu verlassen.²⁸ In dieser Reformulierung wird deutlich, wie weitgehend die Tagesplanung staatlicherseits vorgegeben wird. Ziel ist es insofern, dass die Einzelnen sich nicht mehr abends verabreden, weil sie nicht mehr fristgerecht nach Hause zurückkehren können.

c) *Generelle Ausnahmen für Versammlungen und Zusammenkünfte der Religionsausübung, § 28b Abs. 5 IfSG-E*

§ 28 Abs. 5 IfSG-E enthält eine Ausnahme für Versammlungen und für die Religionsausübung. Diese grundrechtlich gebotene Ausnahme ist verfassungsrechtlich und rechtspolitisch zu begrüßen und reagiert wohl auf die drei erfolgreichen Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aus dem Frühjahr 2020,²⁹ in denen das Gericht pauschale Versammlungs-³⁰ und Gottesdienstverbote³¹ für verfassungswidrig befunden hatte.

Ebenso vorbehaltlos wie die Versammlungs- und die Religionsfreiheit ist aber auch die **Kunstfreiheit** geschützt (Art. 5 Abs. 3 GG).³² Eine künstlerische Lichtshow im Freien etwa, von der keine speziellen Infektionsgefahren ausgehen, wäre in der aktuellen Regelung ausgeschlossen. Der Gesetzentwurf lässt damit grundrechtlich geschützte, aber (noch) nicht durch das Bundesverfassungsgericht explizit beschiedene Grundrechte außer Acht.³³

Es fehlen auch Ausnahmen für die **Wege zu den geschützten Veranstaltungen**. Ohne Möglichkeit, dorthin zu gelangen, liefen diese Ausnahmen aber weitgehend leer. Verfassungskonform auffangen ließe sich dies über die „ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecke“ im Sinne des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f. IfSG-E³⁴. Auch hier liegt jedoch das Auslegungsrisiko bei den grundrechtsberechtigten Personen – als nächstes wohl insbesondere bei orthodoxen Gläubigen, die am 2. Mai 2021 Ostern feiern, und bei muslimischen Gläubigen, die am 12. und 13. Mai 2021 das Zuckerfest begehen werden.

beendet wird, um den eigenen Haushalt aufzusuchen.“ Ebenso *Felix Schmitt* Wen soll das schützen?, Verfassungsblog v. 18.12.2020.

²⁸ Allgemein zur Möglichkeit, ein Verbot als Gebot zu reformulieren, *Lothar Phillips* Normentheorie, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfried Neumann (Hrsg.) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, 320–332 (321 f.).

²⁹ *Hinnerk Wißmann* Ad-hoc Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein „Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ v. 12. April 2021, S. 8.

³⁰ BVerfG (K), B. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20 und BVerfG (K), B. v. 17.04.2020 – 1 BvR 829/20.

³¹ BVerfG (K), B. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20.

³² *Thorsten Kingreen* Ist das Kunst? Dann kann das weg!, Verfassungsblog v. 04.11.2020.

³³ *Wißmann* (Fn. 29), S. 9.

³⁴ Soeben B.II.3.c).

d) *Was fehlt: Ausnahmen für Geimpfte und Immune*

Von Geimpften und Immunen gehen nach derzeitigem Kenntnisstand **keine epidemiologisch relevanten Infektionsgefahren** aus.³⁵ Maßnahmen ihnen gegenüber können den Zweck des Schutzes vor Infektionen nicht mehr erreichen. Da sie deswegen keine infektionsschutzrechtlichen Verantwortlichen sind, dürfen dem Grunde nach auch keine infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen mehr gegen sie ergriffen werden, insbesondere keine so grundrechtsinvasiven wie eine Ausgangssperre. Die insofern erforderlichen³⁶ Ausnahmen fehlen jedoch im Gesetzentwurf.

Zwar ermächtigt § 28c IfSG-E³⁷ die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen, die u.a. Ausnahmen von den Maßnahmen des Infektionsschutzes für Immune und Geimpfte enthalten dürfen. Dies ist aber vom politischen Willen der Bundesregierung sowie von der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat gem. § 28c S. 2 IfSG-E abhängig.

e) *Rechtfertigung für Grundrechtsausübung bei Kontrollen*

Insgesamt verkehrt die Ausgestaltung der Norm das **grundrechtliche Verteilungsprinzip** in sein Gegenteil: Die grundrechtsberechtigten Personen müssen ihre Grundrechtsausübung bei etwaigen Kontrollen plausibilisieren und sich somit für ihre Freiheitsausübung rechtfertigen.³⁸ Bei ihnen bleibt auch das Subsumtionsrisiko,³⁹ das sich aus der Unbestimmtheit der „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren“ Gründe ergibt: Was, wenn ihnen bei Kontrollen nicht geglaubt oder ein vorgebrachter Grund als nicht rechtsrelevant angesehen wird?

Ausweislich der Gesetzesbegründung sind die Ausnahmegründe der Polizei bei einer Kontrolle „glaubhaft zu machen“.⁴⁰ Hier stellt sich zunächst ganz praktisch die Frage, wie das Vorliegen eines Ausnahmegrundes **plausibilisiert** werden soll: Wie soll etwa ein eiliger Fürsorgeeinsatz dokumentiert sein, und zwar so, dass sich zugleich zwingend ergibt, dass er unaufschiebbar notwendig ist? Diese Begründungspflicht hat das Potential, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verletzen, weil es die Polizei im Normalfall eben nichts angeht, aus welchen Gründen man wohin oder woher unterwegs ist.⁴¹ Mit der Rechtfertigungslast für die Grundrechtsausübung wird ein erheblicher grundrechtlicher Kollateralschaden produziert.

³⁵ So auch *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 10 f.

³⁶ So auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung v. 15.4.2021, WD 3 - 3000 - 083/21, S. 11.

³⁷ § 28c IfSG-E Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen, vgl. BT-Drs. 19/28692, S. 12: „Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder von aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.“

³⁸ SaarlVerfGH NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 51. Sondervotum Seegmüller/Schönrock VerfGH Berlin, B. v. 14.04.2020 – 50 A/20, Rn. 16; *Uwe Volkmann* Das Maßnahmegesetz, Verfassungsblog v. 20.11.2020; *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 9 m. W. n.

³⁹ Sondervotum Seegmüller/Schönrock VerfGH Berlin, B. v. 14.04.2020 – 50 A/20, Rn. 19.

⁴⁰ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 12.

⁴¹ VerfGH Saarland, B. v. 28.04.2020 – LV 7/20, D. II.

Gleichzeitig verunmöglicht die Anerkennung gewichtiger Gründe für einen Aufenthalt draußen nach Beginn der Ausgangssperre⁴² eine **effektive Kontrolle** der Ausgangssperre. Der Polizei wird faktisch kaum etwas anderes übrigbleiben, als jeden halbwegs überzeugend vorgetragenen Grund anzuerkennen.

Dennoch aber hat die Pflicht, pro forma einen Grund vorbringen zu müssen, der dann freilich nicht überprüft werden kann, das Potential, die Einzelnen von berechtigter Grundrechtsausübung abzuhalten. Das gilt insbesondere für gesellschaftliche Gruppen, die etwa aus ethnischen Gründen ohnehin einer erhöhten Kontroll- und Sanktionsdichte seitens der Polizei ausgesetzt sind und daher Kontakte mit der Polizei vorsichtshalber zu minimieren suchen. Dieser „**chilling effect**“ ist seinerseits grundrechtlich problematisch.

III. Rechtsfolge

1. *Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Wohnung*

Ist der Tatbestand erfüllt und überschreitet die maßgebliche Sieben-Tages-Inzidenz den Wert von 100, verbietet § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG den Aufenthalt „außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft“ im Zeitraum von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags. Die Ausgangssperre gilt dann für den gesamten Landkreis bzw. die gesamte kreisfreie Stadt. Eine Differenzierung nach Gemeinden bzw. Bezirken erfolgt nicht; auch für die Länder Berlin und Hamburg gilt gem. § 28b Abs. 7 IfSG-E die Ausgangssperre einheitlich.

2. *Automatismus: selbstvollziehende Norm*

Die gesetzliche Ausgangssperre ist **selbstvollziehend**.⁴³ Ein weiterer *Rechtsakt*, der die Ausgangssperre in Vollzug setzt, ist nicht erforderlich. Allerdings ist nunmehr in § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG-E die unverzügliche, rein deklaratorische Bekanntmachung der Maßnahmen durch die zuständigen Landesbehörden vorgesehen.

Der Selbstvollzug ist starr abhängig von der durch das RKI ermittelten **Sieben-Tage-Inzidenz**. Die Inzidenz vermittelt zwar einen Eindruck über die Infektionslage, ihre Aussagekraft ist aber wegen der sich verändernde faktische Grundlagen (Quote positiver Tests, Testhäufigkeit und Teststrategie) stark begrenzt.⁴⁴ Der behördlichen Bekanntmachung nach § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG-E kommt keine eigene Rechtsqualität zu, weil gerade keine eigene Entscheidung der Landesbehörden erfolgt. Insbesondere werden weitere Faktoren wie Krankenhausbelegung und Impfquote nicht berücksichtigt.⁴⁵

⁴² Zur grundrechtlichen Gebotenheit schon zu Beginn der Pandemie deutlich anlässlich der bayerischen Ausgangssperre BVerfG (K), B. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, S. 12, Rn. 12.

⁴³ Christoph Möllers BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 1, bezeichnet es als ein „Maßnahmegesetz mit allgemeiner Geltung“.

⁴⁴ André Sangs Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, NVwZ 2020, S. 1780 (1785) und Andrea Kießling IfSG, 2. Aufl. 2021, § 28a Rn. 119 [im Druck].

⁴⁵ Wißmann (Fn. 29), S. 6–7.

3. Bußgeldbewehrung

Der Verstoß gegen die Ausgangssperre soll als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von zu 25.000 € geahndet werden können, vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 11c und Abs. 2 IfSG-E⁴⁶. Das ist keine rein theoretische Möglichkeit: Aufgrund von Verstößen gegen die bayerische Ausgangssperre etwa wurden eine Unzahl von Bußgeldbescheiden erlassen.⁴⁷ Soll die Ausgangssperre effektiv werden, müsste die Polizei massenweise Kontrollen durchführen und ggf. Bußgeldbescheide verhängen oder die Personen zwangsweise nach Hause bringen.

IV. Zusammenfassung

Die Ausgestaltung der Ausgangssperre verkehrt das **grundrechtliche Verteilungsprinzip** in sein Gegenteil: Die grundrechtsberechtigten Personen müssen ihre Grundrechtsausübung bei etwaigen Kontrollen plausibilisieren und sich somit für ihre Freiheitsausübung rechtfertigen. Angesichts der lückenhaften Ausnahmeliste tragen sie das Subsumtionsrisiko, das sich aus der Unbestimmtheit der „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren“ Gründe ergibt. Für Geimpfte und Immune darf eine Ausgangssperre überhaupt nicht gelten.

C. Eingriffe in Vielzahl von Grundrechten

Die Ausgangssperren betreffen eine Vielzahl von Grundrechten. Soweit in den Schutzbereich eines Grundrechts eingegriffen wird, muss dies entweder von einer sogenannten Grundrechtsschranke im Grundgesetz vorgesehen sein,⁴⁸ oder – bei schrankenlos gewährten Grundrechten – dem Schutz anderer, gleichwertiger Verfassungsgüter dienen.⁴⁹

I. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG

1. Unmittelbarer Eingriff in die Freiheit der Person?

Die Grundrechte schützen die Freiheit der Person vor **Freiheitsentziehungen** ebenso wie vor **Freiheitsbeschränkungen**. Als Freiheitsentziehungen im Sinne des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG⁵⁰ gelten

„alle der öffentlichen Gewalt in allen ihren Erscheinungsformen zurechenbaren Maßnahmen, die die körperliche Bewegungsfreiheit für eine gewisse Mindestdauer allseitig bzw. auf einen engen Raum beschränken, weil physischer Zwang angewendet wird oder, bei Nichtbefolgung einer Anordnung, sehr wahrscheinlich sofortiger Zwang unmittelbar zu erwarten ist“.⁵¹

⁴⁶ Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28444, S. 6.

⁴⁷ Allein in Bayern wurden 28 692 Bußgeldbescheide erlassen im Zeitraum bis zum 22.07.2020, vgl. Antwort des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege unter Zugrundelegung des Sachstands vom 22.07.2020, LT-Drs. 18/9916, S. 5.

⁴⁸ Z.B. Art. 5 Abs. 2 GG: „Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“

⁴⁹ Zur Verhältnismäßigkeit dann unten E.

⁵⁰ Für Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG als lex specialis zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG („festgehaltene Person“) und Art. 104 Abs. 2 GG („Freiheitsentziehung“), dass nur *Freiheitsentziehungen* gemeint sind.

⁵¹ *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 104, Rn. 24.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt vor *Freiheitsbeschränkungen*, also vor „kurzfristige[r] Aufhebung der physischen Bewegungsfreiheit“.⁵²

Nächtliche Ausgangssperren wurden vereinzelt als Freiheitsentziehung angesehen,⁵³ werden aber häufiger als Freiheitsbeschränkung eingeordnet, weil sie „eine selbstständige (nicht nur mittelbare) Pflicht zum Verbleiben an einem bestimmten Ort (in der häuslichen Wohnung)“ darstellten.⁵⁴

Ob die Ausgangssperre einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG darstellt, hängt entscheidend von der **Zwangswirkung der Ausgangssperre** ab. Umstritten ist dabei, ob die Freiheit der Person in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nur vor *körperlichem* Zwang geschützt werden soll oder ob auch eine rein *psychische* Zwangswirkung genügt.

Die in § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E enthaltene Regelung an sich entfaltet keinen unmittelbar *körperlich* wirkenden Zwang. Eine lediglich *psychische* Zwangswirkung könnte hier durch die Androhung eines Bußgeldes entstehen.⁵⁵ Würde dies ausreichend, wäre bereits in der gesetzlichen Anordnung der Ausgangssperre ein Eingriff in die Freiheit der Person zu sehen.⁵⁶ Die **systematische Verortung** des Grundrechts auf Freiheit der Person im Kontext der körperlichen Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG legt nahe, dass die Freiheit der Person in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vor *körperlichem* Zwang geschützt werden soll und eine rein *psychische* Zwangswirkung nicht meint. Die Androhung eines Bußgeldes reicht also nicht aus.

Allerdings kann die Polizei nicht nur ein Bußgeld verhängen, sondern womöglich auch die in einer Verletzung der Ausgangssperre liegende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Anwendung *unmittelbaren*, also *körperlich* wirkenden Zwanges beenden. Der körperliche Zwang muss allerdings **gegenwärtig** oder in allernächster Zukunft zu erwarten sein. Nur dann kontrolliert die staatliche Gewalt die Bewegungsfreiheit der Einzelnen tatsächlich effektiv, so dass diese nicht mehr selbst über ihren Aufenthaltsort oder ihre Bewegung bestimmen können. Die bloße Möglichkeit, dass bei einer Polizeikontrolle unmittelbarer Zwang ausgeübt wird, erreicht nicht diesen Grad an staatlicher Kontrolle über die Bewegungsfreiheit. **Die Ausgangssperren sind deswegen kein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.**

2. Schranke

Nähme man, anders als hier vertreten, einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG an, wäre § 28b Nr. 2 IfSG-E verfassungswidrig.⁵⁷ In die Freiheit der Person darf gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG und Art. 104 Abs. 1 GG nur „auf Grund“ eines Gesetzes und nicht „durch“ Gesetz eingegriffen werden. Daher wäre eine gesetzesunmittelbare Ausgangssperre schon deswegen verfassungsrechtlich schlichtweg unzulässig.

⁵² Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2, Rn. 102.

⁵³ Thorsten Kingreen BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7. Andrea Edenharter Freiheitsrechte ade?, Verfassungsblog v. 19.03.2020.

⁵⁴ Andrea Kießling BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 8 (Zitat); Christoph Möllers BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 5.

⁵⁵ Dazu oben B.III.3.

⁵⁶ So wohl Christoph Möllers BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 5 mit Fn. 2.

⁵⁷ So im Ergebnis Andrea Kießling BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 8; Thorsten Kingreen BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7 und Christoph Möllers BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 5.

II. Körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

1. *Mittelbarer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit*

Mittelbar greift die Ausgangssperre auch in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein.

Die körperliche Unversehrtheit umfasst die körperliche ebenso wie die physisch-mentale Gesundheit.⁵⁸ Der Schutzbereich ist weit auszulegen.⁵⁹ Das Verbot von Bewegung an der frischen Luft in der Nacht kann mittelbar erhebliche Auswirkungen auf die seelische und körperliche Gesundheit haben, besonders wenn Menschen tagsüber berufsbedingt nicht die Gelegenheit zur Ertüchtigung im Freien haben. Durch die Ausgangssperre erschwert der Staat eine gesunde Lebensführung. Das ist freilich nicht die Regelungsintention, sondern lediglich eine Nebenfolge. Insofern handelt es sich nur um einen mittelbaren Eingriff.

2. *Schranke*

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfolgt also nicht unmittelbar durch das Gesetz, sondern nur als Folge der Regelung. Der Eingriff erfolgt insofern „auf Grund eines Gesetzes“⁶⁰ und ist daher von der Schranke des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG gedeckt.

III. Freizügigkeit, Art. 11 GG

Art. 11 Abs. 1 GG garantiert die Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet. Aufgrund der speziell angeordneten Freiheit der Person in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Fortbewegungsfreiheit in Art. 2 I S. 1 GG sind von Art. 11 Abs. 1 GG lediglich dauerhafter Aufenthalt und Wohnsitznahme geschützt.⁶¹ Die Ausgangssperre betrifft weder die Wohnsitznahme noch den dauerhaften Aufenthalt und greift daher nicht in das Recht auf Freizügigkeit in Art. 11 Abs. 1 GG ein.⁶²

IV. Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG

1. *Eingriff in den Schutzbereich des Ehegrundrechts*

Art. 6 Abs. 1 GG stellt die **Ehe** unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Diese umfasst die Freiheit, das Eheleben frei zu gestalten, auch räumlich.⁶³ Die Ausgangssperre verhindert den nächtlichen Weg zum in anderer Wohnung lebenden Ehepartner und enthält auch keine Ausnahme für solche Besuche.⁶⁴ Die Ausnahme in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG-E erlaubt nur Sport allein und verbietet damit Ehegatten, abends gemeinsam Sport zu treiben oder spazieren zu gehen. Sie greift daher in die in Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Ehegestaltungsfreiheit ein.

⁵⁸ Helmuth Schulze-Fielitz in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2, Rn. 33.

⁵⁹ Helmuth Schulze-Fielitz in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2, Rn. 50.

⁶⁰ Dazu plausibel Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 GG, Rn. 154. Die Formulierung rührt daher, dass ein Gesetz niemals unmittelbar und direkt in die körperliche Unversehrtheit eingreifen kann.

⁶¹ Ferdinand Wollenschläger, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 11, Rn. 25–27.

⁶² Andere Ansicht VG München, Beschluss v. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252, Rn. 29 unter Rückgriff auf einen mittelbar-faktischen Eingriff.

⁶³ Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 66.

⁶⁴ So aber zum Beispiel § 3b I 3.ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO v. 14.12.2020 (GVBl. 612) zuletzt geändert durch VO v. 02.02.2021 (GVBl. 65) i. d. am 3.2.2021 gültigen Fassung.

2. *Eingriff in den Schutzbereich des Familiengrundrechts*

Auch die **Familie** steht gem. Art. 6 Abs. 1 GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Dies umfasst den Schutz des Familienlebens und seiner selbstbestimmten Ausgestaltung.⁶⁵ Die Wahrnehmung von familiären Begegnungen wird durch die Ausgangssperre erschwert. Die Ausnahmen des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. e und f IfSG zur Betreuung Minderjähriger und zur Wahrnehmung des Umgangsrechts begrenzen die Reichweite des Eingriffes zwar. Die Ausgangssperren greifen allerdings in den verbleibenden beachtlichen Teil der Familiengestaltungsfreiheit ein.

3. *Schranke: Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang*

Die Grundrechte auf Ehe und Familie sind vorbehaltlos gewährt.⁶⁶ Ein Eingriff muss daher, um gerechtfertigt werden zu können, den **Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang** verfolgen. Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz bezweckt mit der Einführung des § 28a IfSG-E die Erfüllung der Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems⁶⁷ sowie die Vermeidung von escape-Virusvarianten⁶⁸. All diese Zwecke finden ihre Grundlage im Schutz von Leib und Leben, einem Rechtsgut höchsten Ranges, das in der Verfassung nicht zuletzt in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG anerkannt ist. Eine Rechtfertigung kommt daher grundsätzlich in Betracht, hängt aber von der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ab.⁶⁹

V. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

1. *Eingriff in die Schutzbereiche*

Darüber hinaus greift die Ausgangssperre mittelbar in die Berufsausübungsfreiheit⁷⁰ sowie in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein, das teilweise als vom verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG umfasst angesehen wird⁷¹. So dürfen beispielweise Einzelhandelsgeschäfte, die nach den Ladenöffnungsgesetzen der Länder auch nach 22 Uhr geöffnet sein dürfen,⁷² nicht mehr von Kunden angesteuert und betreten werden.⁷³

2. *Schranke*

Die Eingriffe stellen eine Berufsausübungsregelung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) dar, die grundsätzlich durch Gesetz möglich sind. Auch hier kommt es für die Rechtfertigung also auf die Verhältnismäßigkeit an.⁷⁴

⁶⁵ *Frauke Brosius-Gersdorf* in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 121.

⁶⁶ BVerfGE 31, 58 (68 f.) – *Ehefähigkeitszeugnis* [1971].

⁶⁷ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8.

⁶⁸ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 10.

⁶⁹ Dazu unten E.

⁷⁰ *Jörn Axel Kämmerer*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer/Markus Kotzur (Hrsg.) GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12, Rn. 54.

⁷¹ So zum Beispiel *Rudolf Wendt*, in: Michael Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14, Rn. 26. Kritisch zur Rechtsfigur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 12, Rn. 63.

⁷² Zum Beispiel gem. § 3 I LöffZG SH v. 29.11.2006 (GVBl. 243) und § 3 I LadÖG BW v. 14.02.2021 (GBl. 135), zuletzt geändert durch G. v. 28.11.2017 (GBl. 631).

⁷³ Als kontraproduktiver Nebeneffekt dürften sich die Läden tagsüber deutlich füllen, so dass mehr potentielle Infektionssituationen geschaffen werden, so auch *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 11.

⁷⁴ Dazu unten E.

VI. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

1. *Eingriff in den Schutzbereich*

Das sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebende allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst auch den Besuch nichtehelicher Lebenspartner und nahestehender Personen⁷⁵ zu selbstgewählten Zeitpunkten.⁷⁶ Die Ausgangssperre greift durch das Verbot abendlicher Besuche in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ein.

2. *Schranke*

Die Ausgangssperre als Eingriff verfolgt, wie soeben ausgeführt, den Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang.⁷⁷

VII. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

1. *Intensiver Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit*

Das Auffanggrundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG schützt „jede Form menschlichen Handelns“.⁷⁸ Auch das Interesse, aus welchen Gründen und zu welchen Zwecken auch immer vor die Tür zu treten, erfährt grundrechtlichen Schutz.

Zu bedenken ist, dass die Ausgangssperre die Planung des gesamten Tages in der Weise fordert, dass ein Weg im Freien nach 22 Uhr nicht nötig wird.⁷⁹ Das ist ein massiver Eingriff in die individuelle Persönlichkeitsentfaltung an jedem einzelnen Tag für potentiell alle Menschen in Deutschland. Eine Ausgangssperre greift intensiv in den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein.

2. *Schranke*

Ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegt den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, die einen einfachen Gesetzesvorbehalt etablieren.⁸⁰ In das Grundrecht darf insofern grundsätzlich durch Gesetz eingegriffen werden.

D. Bestimmtheit der Norm

Da ein Verstoß gegen die Ausgangssperre sanktionsbehaftet ist⁸¹ und mit Befehl und **Zwang** nach den Polizeigesetzen der Länder durchgesetzt werden kann, muss eine entsprechende gesetzliche Anordnung besondere grundrechtliche und rechtstaatliche **Bestimmtheitserfordernisse** erfüllen. Der deutschen Rechtsordnung sind sanktionsbewehrte Normen natürlich keineswegs fremd (namentlich im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht). Diese Normen gelten jedoch in der Regel nicht abhängig von sich verändernden faktischen Bedingungen (hier: Sieben-Tages-Inzidenz). Zu begrüßen ist deswegen

⁷⁵ Ute Sacksofsky Autonomie und Fürsorge, KJ 54 (2021), 47–61 (S. 53).

⁷⁶ Horst Dreier, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I GG, Rn. 69 f.

⁷⁷ S.o. C.IV.3.

⁷⁸ BVerfGE 80, 137 (152) – *Reiten im Walde* [1989].

⁷⁹ Zum Heimweg als „gewichtigen Grund“ oben bei B.II.3.b).

⁸⁰ Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Martin Kment (Hrsg.) GG, 16. Aufl. 2020, Art. 2, Rn. 13–16.

⁸¹ S.o. B.III.3.

die im Gesundheitsausschuss von Unions- und SPD-Fraktion beantragte Einfügung von § 28b Abs. 1 S. 1-4 IfSG-E, die nun eine Bekanntmachung der Geltung der Maßnahmen vorsehen.⁸²

Um die Einzelgrundrechte angemessen zu schützen, müssen **Ausnahmen**, die grundrechtlich geboten sind, positiv und explizit benannt werden.⁸³ Dies gilt umso mehr, als in § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG-E eine Bußgeldbewehrung vorgesehen ist. Gerade weil den Einzelnen die Pflicht zur Rechtfertigung nächtlicher Ausgänge überbürdet wird und sie damit vollständig das Risiko fehlerhafter Auslegung tragen,⁸⁴ muss sich aus dem Gesetz hinreichend bestimmt ergeben, wann der Gang nach draußen zulässig und wann er unzulässig ist.

Die Generalklausel in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG-E („**aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken**“) genügt diesem rechtsstaatlichen wie grundrechtlichen Erfordernis nicht.⁸⁵ Zwar ist eine Generalklausel nicht per se unzulässig. Sie ist vielmehr gerade grundrechtlich geboten, um unvorhersehbare Härtefälle abzufedern.⁸⁶ Die grundrechtlich gebotenen Ausnahmen müssen aber soweit möglich tatbestandlich geregelt werden, um den Bestimmtheitsanforderungen zu genügen. Zu bemängeln ist hier insbesondere das Fehlen expliziter Ausnahmen für Mobilität im Rahmen von Ehe und Familie, z.B. Besuche beim Ehe- oder Lebenspartner nach 22 Uhr.

E. Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren

Ausgangssperren sind nur verfassungsrechtlich gerechtfertigt, soweit sie verhältnismäßig sind. § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG ist verhältnismäßig, soweit die Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen sind, den verfolgten Zweck zu erreichen.

I. Zweck der Maßnahme

Ausweislich der Gesetzesbegründung dienen die Ausgangsbeschränkungen der „Kontrolle und Beförderung der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln“ sowie der Verhinderung „unzulässiger Kontakte und neuer Infektionsketten“.⁸⁷

II. Geeignetheit

Die Ausgangssperre ist geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit, soweit sie den verfolgten Zweck fördern kann. Die Maßnahmen sollen sowohl durch **Zwang** und polizeiliche Kontrolle als auch **Appellwirkung** zur Kontaktreduzierung beitragen.

1. *Einschätzungsspielräume und Reaktion auf fortschreitende wissenschaftliche Erkenntnis*

Die Gesetzgebungsorgane haben beim Ergreifen von Schutzmaßnahmen einen **Einschätzungs- und Prognosespielraum**, der sich auch aus der unsicheren und unklaren Faktenlage ergibt. Sie müssen diesen jedoch nachvollziehbar machen und begründen.⁸⁸ Die Gesetzesbegründung beruft sich auf

⁸² Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages vom 19. April 2021, BT-Drs. 19/28692, S. 10; Wortlaut wiedergegeben oben bei Fn. 15.

⁸³ Siehe die Darstellung der Ausnahmen oben B.II3.

⁸⁴ Abweichende Meinung Seegmüller/Schönrock VerfGH Berlin, B. v. 14.04.2020 – 50 A/20, Rn. 19.

⁸⁵ So auch *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 6.

⁸⁶ OVG Thüringen, B. v. 18.02.2021 – 3 EN 67/21, Rn. 49.

⁸⁷ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8.

⁸⁸ VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, Rn. 38.

wissenschaftliche Erkenntnisse, die lediglich eine „moderate Wirkung“⁸⁹ nächtlicher Ausgangssperren nahelegen, so ist es nicht widerspruchslös möglich, gleichzeitig die Bedeutung der Maßnahmen andererseits aufgrund eigener „Erfahrungen“ und ohne weitere Empirie als „wesentlich“⁹⁰ zur Reduktion des Infektionsgeschehens zu bewerten.

Der Prognose- und Einschätzungsspielraum ist **durch** die in Bezug genommenen **wissenschaftlichen Erkenntnisse reduziert**. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung können die nächtlichen Ausgangssperren lediglich als „moderat“ wirksam berücksichtigt werden.

In besonders intensiven Eingriffssituationen hat der Staat darüber hinaus ständig neue Erkenntnisse zu erheben und in die Abwägung stets zeitnah einzustellen (**dynamisierte Wissensrezeption**). Im Bereich der Rechtsverordnungen zur Pandemiebekämpfung wurde dieses grundrechtliche Erfordernis in § 28a Abs. 5 IfSG durch die Pflicht zur Begründung und **Befristung** der Rechtsverordnungen prozeduralisiert. Die vorliegende Norm ist nunmehr in § 28b Abs. 10 S. 1, Hs. 2 IfSG-E **bis 30. Juni 2021 befristet**.⁹¹

2. *Geeignetheit der Ausgangssperre zur direkten Infektionsbekämpfung*

In der Gesetzesbegründung wird angegeben, dass „oft keine konkrete Infektionsquelle ermittelt werden“ könne.⁹² Zwar trifft dies zu. Unter diesen Bedingungen jedoch anzunehmen, dass das Verlassen einer Wohnung nach 22 Uhr besondere Infektionsgefahren berge, weswegen Ausgangssperren geeignet sein könnten, diese Gefahren direkt zu minimieren,⁹³ ist fernliegend.

Das gilt besonders deswegen, weil gerade die Begegnung von Personen aus verschiedenen Haushalten **in Innenräumen** (z. B. „in einer Wohnung“) wegen der **Aerosolübertragung** verhindert werden soll.⁹⁴ Inzwischen ist in der Aerosolforschung gut belegt, dass sich das Virus im Freien so gut wie nicht

⁸⁹ Ausführlicher sogleich bei Fn. 100.

⁹⁰ So aber im Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28444, S. 12: „So zeigen die seit dem Frühjahr 2020 in Deutschland, aber auch in anderen europäischen Staaten und weltweit gesammelten Erfahrungen, dass insbesondere umfassende Maßnahmen zur Beschränkung von Sozialkontakten wie die hier auf Reduzierung von Sozialkontakten abzielende Ausgangsbeschränkung in der Nachtzeit zur Eindämmung des Pandemiegeschehens wesentlich beitragen und das Infektionsgeschehen reduzieren.“

⁹¹ BT-Drs. 19/28692, S. 12.

⁹² Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8.

⁹³ So die wenig einleuchtende Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 12: „Ferner kann durch die Ausgangsbeschränkung auch eine gewisse Zahl unbeabsichtigter Kontakte zwischen Menschen, etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Fluren eines Mehrfamilienhauses, verhindert werden.“ – Dazu kritisch *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 11, mit dem Hinweis auf die im ÖPNV ohnehin schon geltende Maskenpflicht und die Möglichkeit der Verpflichtung zum Tragen einer Maske in Treppenhäusern von Mehrfamilienhäusern als weit mildere Maßnahme. – Die Begründung des Gesetzentwurfes bezog sich noch auf den früheren Beginn der Ausgangssperre um 21 Uhr.

⁹⁴ Gesellschaft für Aerosolforschung Offener Brief "Ansteckungsgefahren aus Aerosolwissenschaftlicher Perspektive" v. 11.4.2021: „mittlerweile Konsens in der Wissenschaft: Die Übertragung der SARS-CoV-2 Viren findet fast ausnahmslos in Innenräumen statt. Übertragungen im Freien sind äußerst selten und führen nie zu ‚Clusterinfektionen‘, wie das in Innenräumen zu beobachten ist.“ – Der offene Brief erinnert an die Überblicksdarstellung bereits aus dem Dezember 2020: 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>.

verbreitet, wenn Abstandsregeln eingehalten und Masken getragen werden,⁹⁵ im Unterschied zu Innenräumen:

„In a study of infection chains, Qian et al.⁹⁶ found that COVID-19 infection is **essentially an indoor phenomenon** and that **almost no infections occur outdoors**, i.e. outside enclosed spaces. Out of more than 7000 observed and documented infections, only one single infection occurred outdoors. This is probably due to the fact that a rapid dilution of virus-laden aerosol particles is to be expected in outdoor areas, which reduces the risk of infection. However, especially in large crowds with small distances between people, an infection cannot be ruled out even outdoors.“⁹⁷

Die Ausgangssperre soll aber gerade den Aufenthalt *im Freien* ab 22 Uhr verhindern.

Unmittelbar kann die Ausgangssperre das angestrebte Ziel, Kontakte zu verringern und so die Übertragung des Virus zu verhindern, folglich nicht fördern. Als Maßnahme kann sie **allenfalls indirekte Effekte zur Infektionsbekämpfung** erzielen. Möglicherweise wirkt sie sogar kontraproduktiv, weil Treffen draußen, die weit weniger Infektionsgefahr bergen, in die deutlich infektiöseren und damit gefährlicheren Innenräume verlagert werden.⁹⁸ Gerade im Frühling und Sommer ist dies ein wenig überzeugender Ansatz.⁹⁹

3. *Geeignetheit der Ausgangssperre zur indirekten Infektionsbekämpfung*

Als **Maßnahme der indirekten Infektionsbekämpfung** zielt die Ausgangssperre darauf ab, gesellige Zusammenkünfte zu unterbinden, da diese im privaten Raum faktisch nicht kontrollierbar sind. Deswegen soll der Weg zur und von der Zusammenkunft nach 22 Uhr unterbunden werden.

a) *Empirisch bislang allenfalls moderate Wirkungen von Ausgangssperren allgemein*

Die verfügbaren Erkenntnisse lassen allerdings nicht darauf schließen, dass diese Maßnahme sonderlich wirksam ist.

Allenfalls moderate Wirkungen haben die Ausgangssperren in anderen Ländern entfaltet (etwa Portugal, Frankreich und Italien). Freilich fanden diese Ausgangssperren statt unter ganz anderen rechtlichen und gesellschaftlichen Bedingungen und im Bewusstsein unterschiedlicher Erfahrungen mit den jeweiligen Pandemieverläufen (etwa in Italien: die tragische Situation in Bergamo im Januar/Februar 2020). Die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommenen drei wissenschaftlichen Studien¹⁰⁰

⁹⁵ Gesellschaft für Aerosolforschung (Fn. 94), S. 5: „Outdoors, there are practically no infections caused by aerosol transmission. However, droplet infections can still occur, especially in crowds, if minimum distances are not observed and/or masks are not worn.“

⁹⁶ H. Qian, T. Miao, L. Liu, X. Zheng, D. Luo und Y. Li, „Indoor transmission of SARS-CoV-2,“ medRxiv (preprint), p. <https://doi.org/10.1101/2020.04.04.20053058doi>, 2020.

⁹⁷ Gesellschaft für Aerosolforschung (Fn. 94), S. 16.

⁹⁸ *Frederik Ferrau* Ausgebremste Grundrechte, JuWiss v. 14.04.2021.

⁹⁹ Ebenso *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 8.

¹⁰⁰ Sharma et al., Understanding the effectiveness of government interventions in Europe’s second wave of COVID-19, abrufbar unter: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.03.25.21254330v1.full.pdf>; Ghasemi et al., Impact of a nighttime curfew on overnight mobility, abrufbar unter: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.04.04.21254906v1>; Di Domenico et al., Impact of January 2021 curfew measures on SARS-CoV-2 B.1.1.7 circulation in France, abrufbar unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.14.21251708v2.full>. – Scharfe Kritik an den drei Studien bei *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 6 Fn. 2: „Bei *Sharma et al.* kommen die Daten zu Ausgangssperren allein aus

weisen allenfalls einen moderaten Effekt von Ausgangssperren nach.¹⁰¹ Alle drei in der Gesetzesbegründung genannten Studien betonen zudem das Zusammenwirken mit anderen Maßnahmen.¹⁰²

Die in Deutschland grundrechtlich gebotenen **Ausnahmen** müssten zudem bei der Übertragung der Erkenntnisse aus anderen Staaten und Prognosen über die Wirkung von Ausgangssperren auf Deutschland berücksichtigt werden. Wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirksamkeit der Maßnahmen im deutschen Rechts- und Erfahrungsregime aus den geltenden Ausgangssperren in Bayern, Baden-Württemberg,¹⁰³ Sachsen,¹⁰⁴ Niedersachsen und Thüringen¹⁰⁵ sind in den Gesetzesentwurf nicht eingeflossen.¹⁰⁶

Empirisch nicht belegte „Erfahrungen“¹⁰⁷ und **Generalverdacht** gegenüber der Ausübung grundlegender Freiheit¹⁰⁸ vermögen die Geeignetheit der intensiv eingreifenden Ausgangssperre angesichts der Dauer der Pandemie und der faktischen Möglichkeit zur Wissensgewinnung nicht mehr begründen.

b) Dauer von 22 Uhr bis 5 Uhr

Die Verlegung des Beginns der Ausgangssperre von 21 Uhr auf 22 Uhr¹⁰⁹ verringert die Effektivität dieser Pandemiebekämpfungsmaßnahme weiter. Erlaubt bleibt etwa der Abverkauf von Speisen bis 22 Uhr.¹¹⁰ Bezweckt ist die indirekte Verhinderung nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E¹¹¹ unerlaubter Treffen. Finden solche Treffen statt, werden sie vielfach so abgeschlossen sein, dass ohnedies keine Wege im

Italien, einigen Regionen in Deutschland und einigen Regionen in Österreich und beziehen sich nur auf einen kurzen Zeitraum. Bei *Ghasemi et al.* wird die Auswirkung auf die COVID-Inzidenz gar nicht untersucht, es bleibt bei der Beobachtung der nächtlichen Mobilität. Bei *di Domenico et al.* ist es nicht wirklich möglich, den Einfluss der Ausgangssperre von anderen Maßnahmen zu trennen. Ich lese die Evidenz so, dass stärkere social distancing-Maßnahmen, die tatsächlich Kontakte reduzieren (home office, Kontaktbeschränkungen), deutlich effektiver sind und Ausgangssperren alleine wenig bringen.“ Diese Bewertung teilt das vorliegende Gutachten.

¹⁰¹ Darauf weisen auch *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 8 und *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 6 hin.

¹⁰² Zur Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept unten E.IV.4.

¹⁰³ Zum Beispiel § 1c Abs. 2 CoronaVO BW v. 30.11.2020 (GBl. 1067) zuletzt geändert durch VO v. 30.01.2021 (GBl. 56) i. d. am 01.02.2021 gültigen Fassung; im Eilverfahren außer Vollzug gesetzt durch VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21.

¹⁰⁴ Zum Beispiel § 2c der SächsCoronaSchVO v. 12.02.2021 (GVBl. 213), im Eilverfahren außer Vollzug gesetzt durch OVG Bautzen, B. v. 04.03.2021 – 3 B 26/21.

¹⁰⁵ Zum Beispiel § 3b Abs. 1 3.ThürSARS-CoV-2-SonderEindmaßnVO v. 14.12.2020 (GVBl. 612) zuletzt geändert durch VO v. 02.02.2021 (GVBl. 65) i. d. am 3.2.2021 gültigen Fassung, im Eilverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO mit reduziertem Maßstab aufgrund der weiten Ausnahmetatbestände in § 3b II und III der VO nicht aufgehoben durch OVG Thüringen, B. v. 18.02.2021 – 3 EN 67/21, Rn. 58, zu den Ausnahmetatbeständen Rn. 75.

¹⁰⁶ *Wißmann* (Fn. 29), S. 8.

¹⁰⁷ Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28444, S. 10.

¹⁰⁸ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 12: „Insbesondere bei privaten Zusammenkünften dürften die durchgehende Einhaltung von Abstands- und Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken häufiger in Vergessenheit geraten, als dies bei anderen, z. B. beruflichen oder geschäftlichen, Kontakten der Fall ist.“

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/28692, S. 6.

¹¹⁰ § 28b Abs. 1 Nr. 7, letzter Hs. IfSG-E.

¹¹¹ § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E: „private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt“.

Freien nach 22 Uhr erforderlich sind. Dafür sprechen Mobilitätsdaten, denen zufolge die nächtliche Mobilität zwischen 22 Uhr und 5 Uhr ohnehin nur 7,4 % der Gesamtmobilität ausmacht.¹¹²

c) Faktische Unkontrollierbarkeit der grundrechtlich gebotenen Ausnahmen

Der Regelung der Ausgangssperre liegt seitens des Gesetzgebers offenbar die Annahme zugrunde, dass die Einhaltung der Ausgangssperre anders als die vermuteten Treffen in Innenräumen faktisch besser kontrolliert werden könne.¹¹³ Die Ausgangssperre soll insofern indirekt der Verhinderung von Infektionen dienen.

Vor dem Hintergrund der bereits im Entwurf enthaltenen Ausnahmen vom Tatbestand und der grundrechtlich gebotenen weiten Auslegung der „gewichtigen Zwecke“ (lit. f) erscheint die **faktische Kontrollierbarkeit** der Ausgangssperre allerdings höchst fraglich. Wird zudem – wie grundrechtlich geboten – für Geimpfte und Immune eine generelle Ausnahme anerkannt,¹¹⁴ gelten mit zunehmender Impfquote für immer mehr Personen Ausnahmen. Dies würde die Kontrollierbarkeit noch weiter verringern.

Entfällt jedoch die faktische Kontrollierbarkeit der Ausgangssperre, so entfällt auch ihre Zwangswirkung – und damit zugleich ihre Geeignetheit zur indirekten Verhinderung von Infektionen.

d) Heimweg stets „gewichtiger und unabweisbarer Grund“

Falls der **Weg nach Hause** von privaten Zusammenkünften, die zwischen 5:01 und 20:59 begonnen haben, als „gewichtiger und unabweisbarer Grund“ anerkannt würde,¹¹⁵ wie etwa das OVG Lüneburg angenommen hat,¹¹⁶ so wäre die Ausgangssperre zur indirekten Verhinderung von Infektionen gänzlich ungeeignet, denn dann wäre gerade das erlaubt, was verhindert werden soll: dass Personen von privaten Treffen nach Hause zurückkehren.

e) Wahrscheinlichkeit von Widerstand gegen unvernünftige Maßnahme

Zwar kann eine Ausgangssperre **Signalwirkung** entfalten, weil diese Maßnahme in weiten Teilen Deutschlands neu sein wird und deswegen das Gefahrenbewusstsein neuerlich stärken könnte. Dies spricht für die Geeignetheit zum Infektionsschutz. Allerdings ist zu bedenken, dass diese Signalwirkung der Maßnahmen abnehmen wird, wenn die Ausgangssperren dauerhaft und undifferenziert gelten.¹¹⁷

Gegen die Geeignetheit der Ausgangssperre kann zudem ins Feld geführt werden, dass sie wegen der Einschränkungswirkung und des zugrundeliegenden Verdachts unvorsichtigen Verhaltens **Trotzreaktionen** und **Widerstand** auslösen könnte.¹¹⁸

¹¹² Covid-19 Mobility Project/Robert Koch Institute/Humboldt University of Berlin Mögliche Auswirkung von Ausgangssperren auf die Mobilität v. 31.3.2021, <https://www.covid-19-mobility.org/reports/mobility-curfew/> (17.4.2021). – Im Zeitraum von 21 Uhr bis 22 Uhr findet 2,2 % der Gesamtmobilität statt.

¹¹³ Vgl. BT-Drs. 19/28444, S. 12.

¹¹⁴ S. o. B.II.3.d).

¹¹⁵ S. o. B.II.3.b).

¹¹⁶ OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021, Rn. 23.

¹¹⁷ *Wißmann* (Fn. 29), S. 11.

¹¹⁸ *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 11: „Affront gegen alle Personen, die sich im privaten Bereich durch Einhaltung aller empfohlenen Maßnahmen versuchen zu schützen“.

Angesichts der **Studienlage** zur Aerosolübertragung¹¹⁹ von den Menschen in Deutschland zu verlangen, sie mögen sich – im Idealfall: allein – *in* Wohnungen aufhalten statt *im Freien*, obgleich es im Freien kaum Infektionsgefahren gibt, untergräbt das Vertrauen in die Rationalität der Gesetzgebung.

Demokratisches Recht lebt freilich davon, dass die Rechtsunterworfenen es nicht allein aus Angst vor Sanktion befolgen, sondern auch und vor allem wegen der **rationalen Nachvollziehbarkeit der Regelung**. Demokratisches Recht muss es also den Einzelnen die Möglichkeit offenhalten, Vorschriften aus Überzeugung einzuhalten. Diese Bedingung ist nicht mehr gegeben, wenn die Einzelnen wider besseres Wissen das Gegenteil dessen machen sollen, was wissenschaftliche Erkenntnisse nahelegen.

Mit der **Ressource des Rechtsgehorsams aus Überzeugung** sollte nicht leichtfertig umgegangen werden. Dies ist schon ein Gebot politischer Klugheit, weil die Rechtsfolgsamkeit bei den Pandemiemaßnahmen schlechterdings nicht flächendeckend erzwungen werden kann. Es ist aber auch eine Gewährleistung der Grundrechte, dass nur *geeignete* Eingriffe überhaupt grundrechtlich rechtfertigungsfähig sind.

4. *Ergebnis*

Die Geeignetheit einer Maßnahme unterliegt einer weiten Einschätzungsprärogative. Gleichwohl ist festzuhalten, dass eine wie vorliegend ausgestaltete Ausgangssperre zur indirekten Infektionskontrolle nur wenig effektiv ist. Sie erfasst überhaupt nur einen geringen Anteil von 7,4 % der täglichen Gesamtmobilität, von der wiederum ein erheblicher Anteil aufgrund der – ihrerseits gebotenen – Ausnahmetatbestände auch unter Geltung der Ausgangssperre weiter stattfinden wird.

III. **Erforderlichkeit, insbesondere: denkbare mildere Mittel**

Die Maßnahme muss aus grundrechtlicher Sicht erforderlich sein. Die Ausgangssperre ist erforderlich, soweit kein „eindeutig“¹²⁰ weniger belastendes, ebenso geeignetes Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht. Dabei ist wiederum die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung zu beachten.¹²¹

1. *Eingriffsintensität der Ausgangssperren*

Zur Bestimmung milderer Mittel sind zunächst Eingriffsintensität der Ausgangssperre zu ermitteln, um sie mit anderen Maßnahmen zu vergleichen.

Als Maßnahme der indirekten Infektionsbekämpfung ist sie wenig zielgenau. Ihre **Streubreite** ist immens.

Die Ausgangssperre trifft unmittelbar überwiegend infektionsschutzrechtlich **harmlose Aktivitäten** (Aufenthalt oder Wege im Freien; nach 24 Uhr: Spaziergänge, nächtlicher Individualsport). Selbst Ansammlungen im Freien bergen nur dann ein moderates Risiko, wenn Abstandsgebote nicht eingehalten und ggf. Masken nicht getragen werden. Das Infektionsrisiko im Freien ist drastisch geringer als jenes in Innenräumen.

Die Ausgangssperre ist an die **Allgemeinheit** gerichtet. In dieser Allgemeinheit befinden in der sich drei Personengruppen: (1) erkannt oder unerkannt Infizierte, (2) Immune, (3) nicht Infizierte; milderes

¹¹⁹ S.o. E.II.2.

¹²⁰ OVG Thüringen, B. v. 18.02.2021 – 3 EN 67/21, Rn. 56.

¹²¹ Siehe auch für die Geeignetheit oben E.II.1.

Mittel sind alle passgenaueren Maßnahmen mit geringerer Streubreite.¹²² Die Streubreite intensiviert die Eingriffe.¹²³

Die Ausgangssperre soll gem. § 28b Abs. 1 Hs. 1 IfSG-E einheitlich in Landkreisen und kreisfreien Städten sowie in Hamburg und Berlin gemäß § 28b Abs. 7 IfSG gelten. Besonders in Flächenlandkreisen wirkt die Ausgangssperre **regional undifferenziert**.¹²⁴ Die Ausgangssperren greifen also **personal und regional undifferenziert** massiv¹²⁵ in Grundrechte ein. Ihr Beitrag zur Kontakt- und Infektionsreduzierung ist bestenfalls gering, möglicherweise sogar kontraproduktiv. Zugleich machen sie millionenfach epidemiologisch harmlose grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen zum Anknüpfungspunkt erheblicher Sanktionen.

Die grundrechtliche „Bilanz“ dieser Maßnahme ist deswegen als verheerend zu bezeichnen.

2. *Mildere Mittel, beispielsweise effektive Regulierung des Arbeitslebens*

Im Vergleich zum Privatleben ist die Arbeitswelt überraschenderweise nach wie vor weitgehend unreguliert. Hier sind Maßnahmen möglich, die deutlich weniger invasiv in Grundrechte eingreifen als generelle nächtliche Ausgangssperren für potentiell alle im Bundesgebiet lebenden Personen.¹²⁶ Diese Maßnahmen sind dabei aber mindestens gleich, wahrscheinlich sogar sehr viel besser geeignet sind, Infektionen zu reduzieren.

Diese Aussage ist empirisch gestützt. Die **Infektionswahrscheinlichkeit** in einem zur Hälfte besetzten Büro ohne Maske ist um den Faktor 8 höher als in einem zu 80 % ausgelasteten Supermarkt mit Maske; ist das Büro nur zu 20 % belegt und wird Maske getragen, fällt der Faktor auf 1,6.¹²⁷ Nach der MODUS-Studie vom 19. März 2021 trägt Arbeit ohne Schutzmaßnahmen immerhin 0,3 zum R-Wert bei, ließe sich aber bei Einführung einer Maskenpflicht in Mehrpersonenbüros und bei Besprechungen 0,025 des R-Werts absenken.¹²⁸ Zum Vergleich: Private Treffen im Freien hingegen tragen nur 0,03 zum R-Wert bei.¹²⁹

Eine streng durchgesetzte **Home-Office-Pflicht** wird die Ansteckungsgefahr schon auf den Berufspendelstrecken sowie dann an den Arbeitsstellen drastisch minimieren. Eine Home-Office-Pflicht sieht nun § 28b Abs. 7 IfSG-E vor.¹³⁰ Diese neue gesetzliche Regelung wurde erst im Laufe des

¹²² Zur Ausgangssperre gegenüber Immunen und Geimpften oben B.II.3.d).

¹²³ Ferrau (Fn. 98) m.w.N.

¹²⁴ Selbst innerhalb der gem. § 28b Abs. 8 IfSG-E einheitlich zu betrachtenden Freien und Hansestadt Hamburg beträgt die Entfernung zwischen den Ortsteilen Kirchwerder und Wohldorf-Ohlstedt 55 km; selbst im flächenkleinsten Main-Taunus-Kreis beträgt die Entfernung zwischen Eschborn und Hochheim am Main 26,5 km.

¹²⁵ Zur Eingriffsintensität Johannes Bethge Ausgangssperre, Verfassungsblog v. 24.03.2020.

¹²⁶ Am 18. April 2020 liegt der Inzidenzwert in Deutschland bei 165. In 361 von 412 Landkreisen liegt der Inzidenzwert über 100. Daten nach Robert Koch Institut COVID-19-Lagebericht vom 19.04.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html.

¹²⁷ Martin Kriegel/Anne Hartmann Covid-19 Ansteckung über Aerosolpartikel – vergleichende Bewertung von Innenräumen hinsichtlich des situationsbedingten R-Wertes 2.3.2021 <https://doi.org/10.14279/depositonce-11387.2>, Abb. 1.

¹²⁸ Kai Nagel/Christof Schütte/Tim Conrad MODUS-COVID Bericht vom 19.03.2021, <https://covid-sim.info/>, Tabelle S. 16 und Information zur Absenkung durch Maskenpflicht auf S. 4.

¹²⁹ Nagel/Schütte/Conrad (Fn. 128), S. 16.

¹³⁰ § 28b Abs. 7 IfSG-E: „Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe

Gesetzgebungsverfahren zur IfSG-Novelle am 19. April 2021 vorgeschlagen. Sie ergänzt die Regelung in der am 14. April 2021, also nur fünf Tage zuvor, novellierten SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, die nicht nur Büroarbeit, sondern alle „betriebsbedingten Zusammenkünfte“ erfasst.¹³¹ Anders als der Verstoß gegen die Ausgangssperre ist der Verstoß gegen die Home-Office-Pflicht nicht bußgeldbewehrt.¹³²

Die effektive **Durchsetzung der Home-Office-Pflicht** hängt indes davon ab, ob Betriebe begründen müssen, wenn sie Ausnahmen vom Home-Office machen, und wie diese Begründungspflicht verfahrensrechtlich umgesetzt wird. Hier wären etwa obligatorisch zu begründende Meldungen der weiterhin an den Arbeitsplatz einbestellten Mitarbeitenden beim Gesundheitsamt denkbar, die dann bei nicht plausiblen Meldungen vor Ort kontrolliert werden könnten. Dadurch könnte prozedural sichergestellt werden, dass Beschäftigte tatsächlich in der Regel einen Anspruch auf Heimarbeit erhalten und nicht etwa fehlende informationstechnische Infrastruktur – die nach mehr als einem Jahr Pandemie kaum noch zu entschuldigen wäre – als Ausnahmegrund angeführt werden kann. All dies wird im politischen Prozess seit längerem intensiv diskutiert, die Regelung in § 28b Abs. 7 IfSG-E enthält sich hingegen aller Aussagen zur Effektivierung. Sie ist ersichtlich eilig im Rahmen dieses ohnehin eiligen Gesetzgebungsverfahrens eingeführt worden. Entscheidend wird am Ende sein, wie engmaschig die landesbehördlichen Kontrollen der Pflicht zum Homeoffice sein werden und was als „zwingende betriebsbedingte Gründe“ anerkannt wird.

In Großraumbüros könnten wesentlich weitreichendere **Maskenpflichten** und Hygienekonzepte eingeführt und auch durchgesetzt werden.¹³³

Die am 14. April 2021 in § 5 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vorgesehene „**Testpflicht**“ ist in Wahrheit lediglich eine Verpflichtung der Arbeitgebenden, ihren Beschäftigten wöchentlich Tests „**anzubieten**“¹³⁴, nicht jedoch eine Pflicht, diese auch durchzuführen. Lediglich besondere

entgegenstehen. Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.“

¹³¹ Die jüngst novellierte SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar 2021 (BAnz AT 22.01.2021 V1) i.d.F. v. 14. April 2021 (BAnz AT 15.04.2021 V1) sieht in § 2 Abs. 3 eine eher weiche Regelung, jedoch keine Home-Office-Pflicht vor: „Betriebsbedingte Zusammenkünfte mehrerer Personen sind auf das betriebsnotwendige Minimum zu reduzieren und nach Möglichkeit durch die Verwendung von Informationstechnologie zu ersetzen. Können solche betriebsnotwendigen Zusammenkünfte nicht durch Informationstechnologie ersetzt werden, so hat der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen den gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherzustellen, insbesondere durch Lüftungsmaßnahmen, geeignete Abtrennungen zwischen den anwesenden Personen oder sonstige im Hygienekonzept ausgewiesene Maßnahmen.“ Nach § 25 Abs. 2 und 1 Nr. 2 a) i.V.m. §§ 18 Abs. 3 und 1 ArbSchG können Verstöße des Arbeitgebers gegen die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung mit einem eher niedrigen Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden. Unklar ist, wie gut es um die Kapazitäten der zur Durchsetzung zuständigen Landesbehörden nach § 21 ArbSchG bestellt sein wird. – Ausweislich einer Auswertung von Mobilitätsdaten hat die Novellierung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar 2021 nicht zu einer merklichen Verringerung der Mobilität geführt, *Sebastian Alexander Müller/Ricardo Ewert/Kai Nagel* Auswirkungen der SARS-CoV-2- Arbeitsschutzverordnung auf Arbeitsaktivitäten, <http://dx.doi.org/10.14279/depositonce-11673>.

¹³² Eine Ergänzung des § 73 Abs. 1a IfSG-E fehlt insoweit, vgl. BT-Drs. 19/28692, S. 13.

¹³³ Die jüngst novellierte Fassung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Fn. 130) erlaubt in § 4 Abs. 1 sogar Abstände von weniger als 1,5m, und nur in diesem Falle gilt auch eine Maskenpflicht. – Hier gibt es keine gesetzliche Verpflichtung.

¹³⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 1 der am 13.04.2021 beschlossenen, aber noch nicht verkündeten Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, abrufbar

exponierten Beschäftigten muss zweimal in der Woche ein **Testangebot** gemäß § 5 Abs. 2 der Verordnung gemacht werden. Hier besteht noch viel Optimierungspotential für eine effektive Überwachung und Eindämmung des Infektionsgeschehens in den Betrieben und der Gesellschaft.

Es ist nicht ersichtlich, dass im Arbeitsleben bereits auch nur die einfach möglichen und besonders naheliegenden Möglichkeiten erschöpft wären. Eine effektiv durchgesetzte Home-Office-Pflicht, Maskenpflicht an Arbeitsstellen, insbesondere in Großraumbüros, und regelmäßige Testpflicht im Betrieb sind weniger grundrechtsinvasiv als eine angesichts der gegenwärtig hohen Inzidenzzahlen absehbar bundesweite Ausgangssperre für alle auf dem Bundesgebiet ansässigen Personen. Bereits diese offensichtlichen und auch öffentlich breit diskutierten Alternativen lassen nächtliche Ausgangssperren nicht erforderlich erscheinen.

3. *Jojo-Lockdown bei Inzidenz 100*

Zweifelhaft ist die Erforderlichkeit der Maßnahme auch im Hinblick auf den Schwellenwert, ab dem sie greifen und ab dem sie auch wieder enden soll.

Der Inzidenzwert 100 ist weder wissenschaftlich begründet¹³⁵ noch abgestimmt mit den bisherigen Grenzwerten in § 28a Abs. 3 IfSG, wo 35 und 50 genannt werden, im November 2020 eingeführt noch unter Vorherrschen des Wildtyps des SARS-CoV-2-Virus.

Inzwischen ist, wie auch die Gesetzesbegründung erläutert, die **Variant of Concern B.1.1.7** vorherrschend mit höherer Infektiosität und höherer Pathogenität.¹³⁶ Es bleibt ein ungeklärtes Rätsel, warum in einer solchen Situation ausgerechnet ein höherer anstelle eines niedrigeren Inzidenzwertes für die „Notbremse“ gewählt wird.

Angesichts des **exponentiellen Wachstums** der Virusinfektionen lässt sich beim Inzidenzwert 100 keine Stabilisierung der pandemischen Lage erreichen, weil unter diesen Bedingungen der Inzidenzwert 50 von 100 gleich weit entfernt ist wie 200. Es droht deswegen ein **Jojo-Effekt** bei den Ausgangssperren.¹³⁷

Hinzu tritt der **Verdichtungseffekt** bei zunehmender Impfquote: Je größer der Anteil geimpfter Personen an der Gesamtbevölkerung wird, desto dramatischer ist ein Inzidenzwert 100, weil die Anzahl noch nicht immuner Personen geringer wird. Derselbe rechnerische Inzidenzwert verweist daher bei zunehmender Impfquote auf eine immer massivere Durchseuchung der noch nicht geimpften Teile der Bevölkerung: Bei einer Impfquote von 50% etwa bedeutet eine RKI-Inzidenz von 100 in Wahrheit eine Inzidenz von 200 unter nicht immunisierten Menschen.

Ein mildereres Mittel wäre eine Ausgangssperre (im Konzert mit anderen Maßnahmen) bis zu einem Inzidenzwert, der eine ständige Erneuerung der Ausgangssperre nach wenigen Tagen ausschließt und damit den Jojo-Effekt ausschließt.

unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/zweite-arbeitsschutzverordnung-sars.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (17.04.2021).

¹³⁵ Zur Genese vgl. *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 4.

¹³⁶ Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28444, S. 8.

¹³⁷ Ebenso *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 2.

IV. Angemessenheit

Die Ausgangssperre ist nur dann angemessen im Sinne der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit, wenn die Eingriffsintensität nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

1. *Ausgangssperren grundsätzlich nur als ultima ratio*

Ausgangssperren stellen einen so umfassenden und intensiven Eingriff in eine Vielzahl von Grundrechten dar, dass sie überhaupt nur als **ultima ratio** (also als letztes Mittel) in Betracht kommen.

Ausdruck des ultima ratio-Prinzips ist § 28a Abs. 2 IfSG, der Ausgangssperren nur unter besonders strengen Voraussetzungen („erhebliche Gefährdung“ der Eindämmung) zulässt. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat in Baden-Württemberg¹³⁸ und Niedersachsen¹³⁹ nächtliche Ausgangssperren aufgrund der offensichtlichen Verletzung des in § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG enthaltenen ultima ratio-Prinzips in Eilverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO außer Vollzug gesetzt. Zwar bindet § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG nicht die Gesetzgebungsorgane beim Erlass des § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG-E, allerdings ist das ultima ratio-Prinzip unmittelbar aus den Grundrechten abzuleiten.

Momentan ist als milderer Mittel insbesondere an eine noch sehr viel **stärkere Regulierung des Arbeitslebens** durch eine effektive Homeoffice-Pflicht, Maskenpflicht, Testpflicht, Verminderung von Berufspendelverkehr etc. zu denken.¹⁴⁰ Die einseitige Reglementierung des Privatlebens entspricht nicht der grundrechtlichen Vorgabe, Ausgangssperren nur als ultima ratio anzuordnen.

2. *Prozedurale Absicherung dynamisierter Wissensverarbeitung durch Befristung*

Die grundrechtlich gebotene Anpassung an den jeweils aktuellen Wissensstand erfordert eine **Dynamisierung der rechtlichen Vorgaben**.¹⁴¹ Das pandemische Geschehen verlangt ständig angepasste Lösung, die stets auch den mit den Maßnahmen einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen Rechnung tragen.

§ 28b Abs. 10 S. 1, Hs. 2 IfSG-E befristet die Maßnahmen der „Notbremse“ ab dem Inzidenzwert 100 nun **bis 30. Juni 2021**, also auf etwa zweieinhalb Monate.¹⁴² Die **Befristung** gewährleistet als prozedurale Absicherung der Grundrechte, dass sich ändernde Erkenntnisse einbezogen werden. Im Infektionsgeschehen des letzten Jahres sind zweieinhalb Monate eine „halbe Ewigkeit“. Die Gesetzesbegründung erkennt selbst an, dass sich die tatsächliche Lage beständig ändert, etwa durch die zunehmende Impfquote, die dem Inzidenzwert 100 einen anderen Gehalt verleiht.¹⁴³ Die pauschale Frist bis 30. Juni 2021 ist aus grundrechtlicher Perspektive deutlich zu lang bemessen.

¹³⁸ VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21.

¹³⁹ OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021.

¹⁴⁰ Dazu oben E.III.2.

¹⁴¹ VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, Rn. 55.

¹⁴² BT-Drs. 19/28692, S. 12.

¹⁴³ Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/28444, S. 10: „Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Inzidenz von 100 bei einem zunehmenden Teil der Bevölkerung, der aufgrund der Impfung am epidemischen Geschehen weitgehend nicht mehr beteiligt ist, bezogen auf die Neuinfektionen unter der nicht geimpften Bevölkerung sogar eine höhere Ansteckungswahrscheinlichkeit bedeutet. Sind zum Beispiel 50% der Bevölkerung geimpft, bedeutet eine Inzidenz von 100 in der Gesamtbevölkerung in etwa eine Inzidenz 200 im nicht-geimpften Bevölkerungsbereich.“

Die Abhängigkeit der Ausgangssperre von der **Feststellung einer epidemischen Notlage von nationaler Reichweite durch den Deutschen Bundestag** gem. § 28b Abs. 10 IfSG-E stellt keine hinreichende prozedurale Absicherung dar. Der Geltungszeitraum der Feststellung gem. § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG beträgt drei Monate und überschreitet ebenfalls die grundrechtlich gebotene kürzere Überprüfungsfrist deutlich. Darüber hinaus ist die Feststellung des Deutschen Bundestages nach § 5 Abs. 1 IfSG nicht auf die Evaluierung der von ihr abhängigen Pandemiemaßnahmen gerichtet.

3. Gewichtung der Effektivität und der verfolgten Zwecke

Die Ausgangssperre verfolgt das Ziel, private abendliche Kontakte durch effektive Kontrolle zu reduzieren. Als Mittel des indirekten Infektionsschutz setzen die Maßnahmen nicht unmittelbar am potentiell gefährlichen Kontakt an.¹⁴⁴ Aufgrund der grundrechtlich gebotenen weiten Ausnahmetatbestände ist die Ausgangssperre faktisch kaum kontrollierbar

4. Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept, das rasche Aufhebung der Maßnahmen erwarten lässt

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Notbremse dazu dienen, die Infektionszahlen schnell und effektiv zu reduzieren und so die Dauer der Maßnahmen zu reduzieren. Dieser regulatorische Ansatz setzt aber eine effektive und nachhaltige Wirkung der Maßnahmen voraus. Beides ist bei einer Orientierung am extrem hohen, wissenschaftlich nicht begründeten Inzidenzwert 100 nicht zu erwarten,¹⁴⁵ vielmehr dürfte sich ein Jojo-Effekt einstellen.¹⁴⁶

Ausgangssperren sind allenfalls dann sachlich einleuchtend, die mit ihnen verbundenen gravierenden Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheiten sind allenfalls dann angemessen, wenn sie eingebettet sind in ein sehr viel schärferes **Bekämpfungskonzept**, welches umfassende Wirkung in allen Lebensbereichen anstrebt und nach einer möglichst raschen und deutlichen Absenkung der Inzidenz nachhaltige Lockerungen auch im Privatleben ermöglicht.

Der Unterschied eines solchen **Gesamtkonzepts mit klarer Zielausrichtung** auf ein Ende der Grundrechtsbeschränkungen läge in der Relation von Eingriffsintensität und Eingriffszweck: Die Ausgangssperre weist im vorliegenden Gesetzentwurf nur einen sehr geringen Effekt bei gleichzeitig extrem hoher Eingriffsintensität auf. Die Eingriffsintensität bliebe in einem strengeren Gesamtkonzept zunächst zwar gleich. Ihre Wirksamkeit würde aber aufgrund voraussichtlich höherer Akzeptanz¹⁴⁷ in breiten Teilen der Bevölkerung effektiviert.

Würde eine **dauerhaft stabilisierbare Niedriginzidenz** angestrebt, so wäre der moderate Beitrag der Ausgangssperre zur Inzidenzreduktion verhältnismäßig wichtiger, um das ambitioniertere Gesamtziel zu erreichen. Durch das Ziel einer dauerhaften Kontrolle der Pandemie würde der eigentliche Lockdown zudem nach überschaubarer Zeit enden, was beim aktuell geplanten **Jojo-Lockdown** gerade nicht zu erwarten steht. Das gegenwärtige Konzept der „Notbremse“ verfolgt lediglich das Ziel, die Inzidenz für wenige Tage unter 100 zu drücken, wobei Einstiegs- und Ausstiegswert verblüffenderweise

¹⁴⁴ Schon dieser Umstand genügt dem VG Aachen, B. v. 23.12.2020 – 7 L 951/20, Rn. 24, die Verhältnismäßigkeit einer Ausgangssperre in Frage zu stellen und sie im Ergebnis außer Vollzug zu setzen.

¹⁴⁵ So auch *Andrea Kießling* BT-Ausschussdr. 19(14)323(6), S. 1, 4 und *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 3.

¹⁴⁶ Dazu oben E.III.3.

¹⁴⁷ Angedeutet bei *Christoph Möllers* BT-Ausschussdr. 19(14)323(2), S. 8.

derselbe sind. Das Ende vieler Maßnahmen zur Kontaktreduzierung unterhalb dieser Schwelle würde indes die Inzidenz binnen weniger Tage (!) wieder über die Schwelle ansteigen lassen, was nach dem Regelungsautomatismus der „Notbremse“ wiederum zu neuerlichen massiven Eingriffen in Grundrechte führen würde.

Das Verhältnis von Eingriffsintensität und Bedeutung der Ausgangssperre zur Erreichung des Eingriffszwecks wäre in einem **schlüssigen Gesamtkonzept**, das eine weitgehende Kontrolle des Infektionsgeschehens bei **niedrigen Inzidenzwerten (zwischen 0 und 35)**¹⁴⁸ mit lediglich noch punktuellen Beschränkungen von Grundrechten zum Ziel hätte, völlig anders zu bewerten. Als ultima ratio könnten in einem solchen Gesamtkonzept auch umfassende Ausgangssperren *kurzfristig* und für eine *absehbare Zeit* angemessen und verfassungsrechtlich zulässig sein. Ein solches schlüssiges Konzept liegt der „Notbremse“ indes nicht zugrunde.

Zugespitzt formuliert:

Ausgangssperren sind nicht angemessen, wenn sie bereits nach der Systematik des Gesetzes lediglich das Ziel verfolgen, dass für einige wenige Tage keine Ausgangssperre mehr gilt.

5. *Ergebnis: Unverhältnismäßigkeit*

Befristung sowie die **explizite Regelung gebotener Ausnahmen** stellen eine grundrechtliche Anforderung an die Angemessenheit der Ausgangssperre dar.¹⁴⁹ Gleiches gilt für die Forderung nach **Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept**, weil sonst ein unendlicher Jojo-Lockdown droht.

V. Ergebnis

Die Ausgangssperre des § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG genügt nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot und ist unverhältnismäßig, weil sie insbesondere nicht auf einem schlüssigen Gesamtkonzept beruht. Sie verletzt in ihrer derzeitigen Ausgestaltung das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, das Ehe- und das Familiengrundrecht, die Berufsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit.

¹⁴⁸ Bei diesem Inzidenzwert könnte die Pandemie effektiv kontrolliert werden, so Robert Koch Institut, Control-COVID: Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, 19.03.2021, S. 7: Intensitäts-Stufenkonzept.

¹⁴⁹ BVerfG (K), B. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, Rn. 12.

F. Rechtsschutz

Die Norm ist mit einem Bußgeld bis zu 25.000 € bewährt und selbstvollziehend. Gegen sie ist eine Gesetzesverfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG unmittelbar zulässig¹⁵⁰ und wie gezeigt auch begründet. Die Verfassungsbeschwerde ist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten zu erheben.

Die Grundrechtsverletzungen sind erheblich, sie betreffen nicht monetarisierbare Freiheiten, deren Verletzungen deswegen nicht entschädigt und auch nicht rückwirkend kompensiert werden können. Ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG kann daher mit Aussicht auf Erfolg gestellt werden.

*Prof. Dr. Anna Katharina Mangold,
LL.M. (Cambridge)*

Flensburg, 20. April 2021

¹⁵⁰ *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 4.