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

Flensburg, den 24. April 2021

An das
Bundesverfassungsgericht

per Fax 0721 / 9101 382

Verfassungsbeschwerde und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Namens und in Vollmacht der beschwerdeführenden und antragstellenden Personen, nämlich

1. der Frau Canan Bayram MdB,
2. der Frau Laura Sophie Dornheim,
3. des Herrn Malte Eckhardt,
4. des Herrn Stefan Förster MdA,
5. der Frau Anne Helm MdA,
6. der Frau A.I.,
7. des Rechtsanwalts Sven Kohlmeier MdA,
8. des Rechtsanwalts Volker Mundt,
9. der Frau Dr. Iris Sayram,
10. der Herrn Sebastian Schlüsselburg MdA,
11. des Steuerberaters Markus Weber,
12. der Frau Petra Vandrey MdA,

erhebe ich

Verfassungsbeschwerde

gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und § 73 Abs. 1a Nr. 11c des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I S. 802 – „nächtliche Ausgangssperre“ – und rüge eine Verletzung

der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1GG,

des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG,

der Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG,

der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG,

des Schutzes von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG sowie

im Hinblick auf § 73 Abs. 1a Nr. 11c) IfSG eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Daneben stelle ich gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG den **Antrag**,

§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sowie § 73 Abs. 1a Nr. 11c) des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bis zur Entscheidung in der Hauptsache einstweilen außer Vollzug zu setzen.

Gliederung

A. Einleitung ... 8

B. Zulässigkeit ... 11

B.I. Sachverhalt ... 11

B.I.1. Angegriffene Norm ... 11

B.I.2. Beschwerdeführende Personen ... 12

B.I.2.a) Beschwerdeführerin zu 1 – Canan Bayram ... 12

B.I.2.b) Beschwerdeführerin zu 2 – Laura Sophie Dornheim ... 13

B.I.2.c) Beschwerdeführer zu 3 – Malte Eckhardt ... 13

B.I.2.d) Beschwerdeführer zu 4 – Stefan Förster ... 14

B.I.2.e) Beschwerdeführerin zu 5 – Anne Helm ... 15

B.I.2.f) Beschwerdeführerin zu 6 und Beschwerdeführer zu 11 – A.I. und Markus Weber ... 15

B.I.2.g) Beschwerdeführer zu 7 – Sven Kohlmeier ... 16

B.I.2.h) Beschwerdeführer zu 8 – Rechtsanwalt Volker Mundt ... 17

B.I.2.i) Beschwerdeführerin zu 9 – Iris Sayram ... 17

B.I.2.j) Beschwerdeführer zu 10 – Sebastian Schlüsselburg ... 18

B.I.2.k) Beschwerdeführerin zu 12 - Petra Vandrey ... 18

B.II. Beschwerdebefugnis ... 19

B.II.1. Beschwerdeführer zu 3 ... 20

B.II.2. Beschwerdeführer zu 7 ... 20

B.II.3. Beschwerdeführer zu 6 und zu 11 ... 21

B.II.4. Beschwerdeführerin zu 12 – Petra Vandrey ... 21

B.III. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ... 21

B.III.1. Fachgerichtliche Klärung nicht erforderlich oder sachdienlich 24

B.III.2. Anrufung der Fachgerichte offensichtlich aussichtslos bzw. unzumutbar ... 25

B.III.2.a) Lediglich vorläufige Feststellung im einstweiligen Rechtsschutz 26

B.III.2.b) Kein Schutz vor Bußgeld 26

B.III.3. Starkes Interesse der Rechtsgemeinschaft an einer einheitlichen Klärung 27

B.IV. Beschwerdefrist 28

B.V. Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung 28

B.VI. Zulässigkeit des Antrags nach § 32 BVerfGG 30

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde 31

C.I. Rechtslage 31

C.I.1. Tatbestand 31

C.I.1.a) Überschreitung des Inzidenzwerts 100 31

C.I.1.b) Übergangsregelung 32

C.I.1.c) Tatbestandliche Ausnahmen 32

C.I.1.c)aa) Explizit benannte Ausnahmen, lit. a-e, g 32

C.I.1.c)bb) Auffangklausel: „aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ (lit. f) 34

C.I.1.c)cc) Generelle Ausnahmen für Versammlungen und Zusammenkünfte der Religionsausübung, § 28b Abs. 4 IfSG 35

C.I.1.d) Keine Ausnahmen für Geimpfte und Immune 36

C.I.1.e) Rechtfertigung für Grundrechtsausübung bei Kontrollen 37

C.I.2. Rechtsfolge 38

C.I.2.a) Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Wohnung des Nachts und Gebot der Tagesplanung 38

C.I.2.b) Automatismus: selbstvollziehende Norm 38

C.I.2.c) Bußgeldbewehrung 39

C.II. Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG 39

C.II.1. Eröffnung des Schutzbereiches 39

C.II.2. Eingriff 40

C.II.2.a) Bußgeldbewehrung 40

C.II.2.b) Rechtfertigungspflicht im Falle von Kontrollen 40

C.II.2.c) Subsumtionsrisiko 40

C.II.2.d) Ergebnis: intensiver Eingriff 41

C.II.3. Rechtfertigung 41

C.II.3.a) Schranke 41

C.II.3.b) Bestimmtheit der Norm 41

C.II.3.b)aa) Bestimmung des Inzidenzwertes 100 42

C.II.3.b)bb) Unbestimmtheit der Ausnahmen 42

C.II.3.b)cc) Ergebnis: Unbestimmtheit der Norm 43

C.II.3.c) Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren 43

C.II.3.c)aa) Zweck der Maßnahme 44

C.II.3.c)bb) Geeignetheit 44

C.II.3.c)bb) (1) Einschätzungsspielräume und Reaktion auf fortschreitende wissenschaftliche Erkenntnis 44

C.II.3.c)bb) (2) Geeignetheit der Ausgangssperre zur direkten Infektionsbekämpfung 45

C.II.3.c)bb) (3) Geeignetheit der Ausgangssperre zur indirekten Infektionsbekämpfung 46

C.II.3.c)bb) (3) (a) Empirisch bislang allenfalls moderate Wirkungen von Ausgangssperren allgemein 46

C.II.3.c)bb) (3) (b) Dauer von 22 Uhr bis 5 Uhr 48

C.II.3.c)bb) (3) (c) Faktische Unkontrollierbarkeit der grundrechtlich gebotenen Ausnahmen 48

C.II.3.c)bb) (3) (d) Heimweg stets „gewichtiger und unabweisbarer Grund“ 49

C.II.3.c)bb) (3) (e) Wahrscheinlichkeit von Widerstand gegen unvernünftige Maßnahme 49

C.II.3.c)bb) (4) Ergebnis 50

C.II.3.c)cc) Erforderlichkeit 50

C.II.3.c)cc) (1) Eingriffsintensität der Ausgangssperren 51

C.II.3.c)cc) (2) Mildere Mittel, beispielsweise effektive Regulierung des Arbeitslebens 52

C.II.3.c)cc) (3) Jojo-Lockdown bei Inzidenz 100 55

C.II.3.c)cc) (4) Zusammenfassung 56

C.II.3.c)dd) Angemessenheit 56

C.II.3.c)dd) (1) Ausgangssperren grundsätzlich nur als ultima ratio 56

C.II.3.c)dd) (2) Gewichtung der Effektivität und der verfolgten Zwecke 57

C.II.3.c)dd) (3) Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept, das rasche Aufhebung der Maßnahmen erwarten lässt 58

C.II.3.c)dd) (4) Prozedurale Absicherung dynamisierter Wissensverarbeitung durch Befristung 60

C.II.3.c)dd) (5) Ergebnis: Unverhältnismäßigkeit 61

C.II.3.c)ee) Ergebnis 61

C.II.3.d) Ergebnis 61

C.II.4. Ergebnis: Grundrechtsverletzung des Art. 2 Abs. 1 GG 61

C.III. Verletzung der Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG 62

C.III.1. Eröffnung des Schutzbereichs 62

C.III.2. Eingriff 62

C.III.3. Rechtfertigung 63

C.III.3.a) Schranke 63

C.III.3.b) Bestimmtheit 64

C.III.3.c) Verhältnismäßigkeit 64

C.III.3.d) Ergebnis 65

C.III.4. Ergebnis 65

C.IV. Verletzung der Ehegestaltungsfreiheit, Art. 6 Abs. 1 GG 65

C.IV.1. Eröffnung des Schutzbereiches 65

C.IV.2. Eingriff 66

C.IV.3. Rechtfertigung 66

C.V. Verletzung des Familiengrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG 66

C.V.1. Eröffnung des Schutzbereiches 67

C.V.2. Eingriff 68

C.V.3. Rechtfertigung 69

C.V.3.a) Gesetzesvorbehalt: Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang 69

C.V.3.b) Verhältnismäßigkeit 70

C.V.3.c) Ergebnis 71

C.VI. Verletzung des Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m Art. 1 Abs. 1 GG 71

C.VI.1. Eröffnung des Schutzbereiches 72

C.VI.2. Eingriff 73

C.VI.3. Rechtfertigung 74

C.VI.3.a) Gesetzesvorbehalt 74

C.VI.3.b) Bestimmtheit der Norm 74

C.VI.3.c) Verhältnismäßigkeit 74

C.VI.3.d) Ergebnis 76

C.VII. Verletzung der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG 76

C.VII.1. Eröffnung des Schutzbereichs 76

C.VII.2. Eingriff 77

C.VII.3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 78

C.VIII. Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG 79

C.VIII.1. Notwendigkeit der einschränkenden Auslegung 79

C.VIII.2. Unbestimmtheit auch der eingeschränkt ausgelegten Norm 79

D. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung 82

A. Einleitung

Notwendigkeit der Pandemiebekämpfung

In der Bundesrepublik Deutschland grassiert – ebenso wie weltweit – eine Pandemie von COVID-19-Erkrankungen, die auf einer Infektion mit dem SARS-Corona-Virus-II (SARS-CoV-II) beruhen („Corona-Pandemie"). Diese Pandemie stellt auch aus der Sicht der beschwerdeführenden Personen eine epidemische Notlage dar, die engagierte staatliche Maßnahmen zum Infektionsschutz erfordert. Sowohl die beschwerdeführenden Personen als auch die Gesellschaft für Freiheitsrechte, die die vorliegende Verfassungsbeschwerde initiiert und koordiniert hat, **bekennen sich ausdrücklich zum Ziel der Bekämpfung der Corona-Pandemie**. Auch die Verfahrensbevollmächtigte hat bereits verschiedentlich öffentlich die sogenannte No-Covid-Initiative unterstützt.

Motivation

Indes hat der Gesetzgeber mit der im Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite geregelten sogenannten „Notbremse" auch eine allgemeine Ausgangssperre für die Zeit zwischen 22 Uhr und 5 Uhr in Kraft gesetzt, die ab Erreichen des Inzidenzwertes 100 automatisch gelten soll. Mit dieser Ausgangssperre überschreitet der Gesetzgeber seinen im Grundsatz weiten Spielraum bei der Entscheidung über die zur Bekämpfung der Pandemie notwendigen Beschränkungen von Grundrechten, denn die **Ausgangssperre ist unverhältnismäßig**.

Dies gilt insbesondere, hält man sich vor Augen, dass sowohl die bisher in den Bundesländern erlassenen Verordnungen als auch die nunmehr unmittelbar durch Bundesgesetz geregelte sogenannte „Notbremse" sich aller ernsthaften Versuche enthalten, auch im Arbeitsleben Übertragungen von SARS-CoV-II konsequent zu verhindern. Selbst § 28b des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung vom 22. April 2021 enthält weiterhin *keine* Maskenpflicht am Arbeitsplatz, *keine* Verpflichtung zu verbindlichen Tests in kurzen Intervallen vor dem Betreten von Betriebsräumen und auch *keine* ernsthafte, unmittelbar bußgeldbewehrte Pflicht, Mitarbeitende nach Möglichkeit daheim arbeiten zu lassen. Dies ist umso unverständlicher, als nach inzwischen gesicherter epidemiologischer

Erkenntnis die Übertragung des Virus durch Aerosole in geschlossenen Räumen das mit Abstand größte Risiko einer Infektion darstellt.

Vor diesem Hintergrund ist das Anliegen dieser Verfassungsbeschwerde nebst Antrag nach § 32 BVerfGG ein *konstruktives*: Zwar ist die Verfassungsbeschwerde ihrer Natur nach ein *kassatorischer* Rechtsbehelf. Die beschwerdeführenden Personen wollen jedoch die unverhältnismäßigen Ausgangssperren vor allem deswegen aufheben lassen, weil sie den Gesetzgeber veranlassen wollen, tatsächlich wirksame Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie zu regeln statt einer allgemeinen Ausgangssperre – einer Maßnahme, die sie als überwiegend symbolisch und angesichts der gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigungen mit maximaler Streubreite als unverhältnismäßig ansehen.

Die beschwerdeführenden Personen begehren daher, § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG sowie den darauf verweisenden Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig zu erklären. Sie beantragen darüber hinaus den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 Abs. 1 i. V. m. § 90 Abs. 1 BVerfGG und die Außervollzugssetzung beider Normen durch das angerufene Gericht.

Essenz der Argumentation

Die gesetzlich angeordnete Ausgangssperre bedarf der Rechtfertigung, da sie in eine Vielzahl von Grundrechten eingreift: in die Allgemeine Handlungsfreiheit, die Kunstfreiheit, die Ehe- und Familienfreiheit, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die Regelung genügt jedoch bereits nicht dem verfassungsrechtlichen **Bestimmtheitsgebot**. An einer hinreichenden Rechtfertigung fehlt es außerdem, weil sich die Ausgangssperre als **unverhältnismäßig** erweist.

In ihrer konkreten Ausgestaltung verletzt die nächtliche Ausgangssperre des § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG die **allgemeine Handlungsfreiheit,** die **Kunstfreiheit**, das **Ehe- und Familiengrundrecht**, das **Allgemeine Persönlichkeitsrecht** und **Art. 103 Abs. 2 GG**.

Unverhältnismäßig ist die nächtliche Ausgangssperre aus mehreren Gründen:

Die nächtliche Ausgangssperre ist **nur wenig geeignet**, den angestrebten Zweck zu erreichen, indirekt zur Kontaktreduzierung im privaten Bereich

beizutragen. 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. 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**. Sie ist ein hochinvasives Rechtsinstrument. Ein milderes, 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**. 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 ausreichenden **Befristung** der Ausgangssperre. Die Befristung in § 28b Abs. 10 S. 1 IfSG bis zum 30. Juni 2021 stellt die regelmäßige Evaluation der Lage nicht ausreichend sicher und gewährleistett nicht die stets angemessene Relation von Grundrechtseingriff und verfolgtem Zweck.

B. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Die beschwerdeführenden Personen machen gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend, durch die angegriffene Norm in ihren Grundrechten selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein (sogleich unter B.II).

Eine Rechtswegerschöpfung ist entbehrlich, da gegen ein formelles Gesetz der Rechtsweg nicht gegeben ist und den Beschwerdeführern außerdem schwere und unabwendbare Nachteile entstünden, falls sie zunächst darauf verwiesen würden, das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung auf sich zu nehmen (siehe unter B.III).

Die Beschwerdefrist ist gewahrt (B.IV).

Die Voraussetzungen für eine Annahme der Verfassungsbeschwerde gem. § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen vor (B.V).

B.I. Sachverhalt

B.I.1. Angegriffene Norm

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen § 28b Abs. 1 Nr. 2 des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung vom 22. April 2021. Die Norm lautet:

> *(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:*
>
> *[…]*
>
> *2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:*
>
> *a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,*

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

c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,

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

e) der Versorgung von Tieren,

f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder

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

Der angegriffene Bußgeldtatbestand des § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG lautet:

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[…]

11c) entgegen § 28b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erster Halbsatz sich außerhalb einer Wohnung, einer Unterkunft oder des jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztums aufhält;

B.I.2. Beschwerdeführende Personen

Die persönlichen Eigenschaften der beschwerdeführenden Personen werden im Interesse der besseren Verständlichkeit hier vorab im Zusammenhang dargestellt:

B.I.2.a) Beschwerdeführerin zu 1 – Canan Bayram

Die Beschwerdeführerin zu 1 ist Mitglied des Deutschen Bundestages und alleinerziehende Mutter einer minderjährigen Tochter, mit der sie in Berlin lebt. Aufgrund ihrer Tätigkeit als Abgeordnete und als Mitglied des Rechtsausschusses ist die Beschwerdeführerin häufig bis spät in die Abend- bzw. Nachtstunden beruflich tätig. Insbesondere nimmt sie an zahlreichen Sitzungen teil und hält Reden, deren genaue Uhrzeit in der Regel nicht planbar ist. Häufig arbeitet sie daher bis 24 Uhr oder sogar später. Es kommt vor, dass sie Reden erst um ein oder zwei Uhr morgens hält.

Da die Beschwerdeführerin alleinerziehende Mutter ist, betreuen in dieser Zeit enge Bekannte ihre minderjährige Tochter. Diese Personen übernachten nicht bei der Beschwerdeführerin, sondern gehen nach Hause, wenn sie von der Arbeit nach Hause kommt. Dieses Modell wird aufgrund der Ausgangssperre rechtlich nicht mehr zulässig sein, sodass sie mandatsbezogene Termine nicht mehr wahrnehmen kann und/oder ihre Arbeit anders organisieren muss.

B.I.2.b) Beschwerdeführerin zu 2 – Laura Sophie Dornheim

Die Beschwerdeführerin zu 2 arbeitet als Vollzeit-Angestellte seit März 2020 durchgehend im Home-Office und ist als ehrenamtliche Politikerin regelmäßig auch noch nach 22 Uhr in Videokonferenzen beschäftigt. In den Phasen, in denen Kitas geschlossen waren und sind, betreut sie ihr vierjähriges Kind zuhause. Sie erwartet in den nächsten Wochen ihr zweites Kind. Neugeborene haben noch keinen klaren Tagesrhythmus. Die Beschwerdeführerin zu 2 möchte auch mit ihrem Neugeborenen bei Bedarf uneingeschränkt nach Draußen gehen können.

Angesichts ihrer vollen Arbeitstage, an die sich politische Termine bis spät in den Abend ziehen, möchte die Beschwerdeführerin zu 2 in den kommenden Sommertagen auch am späteren Abend die Möglichkeit haben, sich gemeinsam mit ihrem Partner oder einzelnen Freund*innen im Freien aufzuhalten. An den allermeisten Tagen hätte sie sonst nämlich keinerlei andere persönliche Kontakte.

B.I.2.c) Beschwerdeführer zu 3 – Malte Eckhardt

Der Beschwerdeführer zu 3 ist Rechtsreferendar und wohnt in der kreisfreien Stadt Halle (Saale). Etwa die Hälfte seiner Freizeit verbringt er mit künstlerischem Fotografieren, wobei es sich dabei um ein unentgeltliches Hobby handelt. Dazu fährt er häufig mit seinem Fahrrad und/oder öffentlichen Verkehrsmitteln an bis zu 1 ½ bis 2 Stunden von seinem Wohnort entfernte Orte, um dort Fotos zu machen. Diese Tätigkeit übt der Beschwerdeführer zu 3 nicht ausschließlich, aber auch bis spätabends oder nachts aus (etwa 30mal im Jahr), wobei er für das Fotografieren in der Dunkelheit ein Stativ benutzt.

Der Beschwerdeführer fotografiert bereits seit 6 oder 7 Jahren hobbymäßig. In dieser Zeit hat er sich künstlerisch weiterentwickelt und inzwischen ein Gefühl dafür entwickelt, welche Motive sich lohnen und wie man Bilder bewusst

komponieren kann. Er setzt Licht, Wetter und Witterung gezielt ein, indem er etwa Nebel oder eine bestimmte Wetterlage abwartet. Dies erfordert ein hohes Maß an Inspiration und genaue ästhetische Planung. Dabei feilt der Beschwerdeführer kontinuierlich am visuellen Ergebnis. Wenn er beispielsweise mit einem Bild zunächst nicht vollkommen zufrieden ist, sucht er denselben Ort oft erneut auf, um ein besseres Foto mit anderen Lichtbedingungen zu aufzunehmen.

In der letzten Zeit fokussiert er sich insb. auf Orte. Dabei ist seine Idee, dass er Orte, die Menschen kennen, in einem anderen Licht zeigen und alltägliche Orte, die übersehen werden, in einem neuen Licht darstellen will. Seinen Fotografien liegt stets eine ästhetisch-kompositorische Idee zugrunde.

Für seine Tätigkeit hat er auch in eine professionelle Ausrüstung investiert. Mittlerweile arbeitet er nur noch mit einem Stativ, hochwertiger Kamera und Wechselobjektiven.

Der Beschwerdeführer veröffentlicht seine Fotografien in einer Online-Galerie auf der Plattform flickr (https://xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx). Die Website erlaubt es Nutzern, Bilder und kurze Videos hochzuladen und damit anderen zugänglich zu machen. Die Nutzer auf flickr tauschen sich auch über Techniken der Fotografie und Motive aus. Zurzeit plant er die Erstellung eines gedruckten Buchs mit eigenen Werken.

B.I.2.d) Beschwerdeführer zu 4 – Stefan Förster

Der Beschwerdeführer zu 4 ist Mitglied des Abgeordnetenhauses Berlin (FDP), wohnhaft in Berlin (Bezirk Treptow-Köpenick). In den Abendstunden nutzt er die Geschäftsstelle der FDP Treptow-Köpenick für Parteiarbeit oder zur Erfüllung seines Ehrenamtes als Vorsitzender des Heimatvereins Köpenick. Häufig bringt er diesbezüglich Unterlagen, Dokumente oder Büchern bei Mitgliedern vorbei, steckt sie dort in den Briefkasten und führt mitunter auch spätabends Gespräche. Er geht gerade in den späten Abendstunden oft Bürgeranliegen nach und schaut sich vor Ort bestimmte Dinge und Situationen an.

Als Single ist für ihn auch die Begegnung mit Freunden und Bekannten wichtig, die er nach einem langen Arbeitstag oft nur abends sehen und sprechen kann. Zudem hat der Beschwerdeführer eine pflegebedürftige 94-jährige Oma, die

noch zu Hause lebt und die er mitunter spätabends und nachts kurzfristig aufsucht, wofür er zu Fuß unterwegs sein muss.

B.I.2.e) Beschwerdeführerin zu 5 – Anne Helm

Die Beschwerdeführerin zu 5 ist freiberufliche Synchronschauspielerin und seit 2016 Mitglied des Abgeordnetenhauses von Berlin. Seit Juni 2020 Fraktionsvorsitzende der Linksfraktion im Berliner Abgeordnetenhaus.

B.I.2.f) Beschwerdeführerin zu 6 und Beschwerdeführer zu 11 – A.I. und Markus Weber

Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 sind seit über zwei Jahren ein Paar.

Die Beschwerdeführerin zu 6 ist 51 Jahre alt und wohnt im Landkreis Calw in Baden-Württemberg. Dort arbeitet sie im medizinischen Management einer Reha-Klinik. Da sie im Krisenstab „Corona“ der Klinik tätig und für die Kontaktnachverfolgung von Infizierten zuständig ist, überschreitet sie seit über einem Jahr (seit Ausbruch der Pandemie) ihre Kernarbeitszeiten von 7:30 bis 17:00 Uhr regelmäßig. Da die Ergebnisse der PCR-Tests häufig von den Laboren erst nach 16 oder 17 Uhr übermittelt werden, ist sie regelmäßig bis 19 oder 20 Uhr in der Klinik tätig. Sie ist Mutter einer 16-jährigen Tochter.

Ihr Lebenspartner, der Beschwerdeführer zu 11, ist 52 Jahre alt und wohnt im Landkreis Karlsruhe, etwa 30 Fahrtminuten von der Wohnung der Beschwerdeführerin zu 6 entfernt, und ist als selbstständiger Steuerberater tätig. Aufgrund seiner Arbeitsbelastung als Selbstständiger insbesondere im Zusammenhang mit den Corona-Hilfen, die eine Antragstellung u.a. durch Steuerberater erfordern, ist er häufig bis 20 oder 21 Uhr in seinem Büro tätig.

Nach Feierabend besucht der Beschwerdeführer zu 11 häufig seine Lebenspartnerin, die gemeinsam mit ihrer Tochter im Landkreis Calw wohnt, und unternimmt mit ihr gemeinsame Spaziergänge in den Abendstunden. Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 sehen einander und ihre Tochter als ihre Familie an, zumal der Beschwerdeführer zu 11 auch zur Tochter seiner Partnerin eine enge persönliche Beziehung pflegt. Alle drei sehen sich jede Woche mehrere Tage und feiern Weihnachten und Geburtstage zusammen. Die Tochter der Beschwerdeführerin zu 6 begleitet sie auch häufig bei deren

Besuchen in der Wohnung des Beschwerdeführers zu 11. Dort hat die Partnerin auch eine eigene Schlafgelegenheit. Der Beschwerdeführer telefoniert regelmäßig mit der Tochter seiner Partnerin, stellt für sie einen wichtigen Bezugspunkt dar, und sie spricht mit ihm über ihre Probleme. In Zeiten von Corona und Home Schooling hilft er ihr auch bei Problemen in der Schule.

B.I.2.g) Beschwerdeführer zu 7 – Sven Kohlmeier

Der Beschwerdeführer zu 7 ist 44 Jahre alt, ledig und lebt allein in Berlin. Er ist Mitglied des Berliner Abgeordnetenhauses und dort rechtspolitischer Sprecher seiner Fraktion. Zudem ist er als selbstständiger Anwalt mit eigener Kanzlei in Berlin tätig. Als Rechtsanwalt arbeitet der Beschwerdeführer zu 7 häufig bis in die Abendstunden in seinem Büro. Als Abgeordneter nimmt er außerdem regelmäßig bis spät abends an Telefonkonferenzen Teil. Gerade aufgrund der aktuellen Gesetzgebungsverfahren in der Pandemie finden viele Sitzungen seiner Fraktion spontan spät abends virtuell statt. Darüber hinaus nimmt er neben Fraktionsvorstands- und Fraktions-, Ausschuss- und Plenarsitzungen auch an anderen politischen Terminen, z.B. Diskussionsrunden, internen Runden und Kreisvorstandssitzungen teil, die allesamt bis in die Abendstunden dauern und teilweise erst 21 Uhr enden. Der Beschwerdeführer zu 7 kommt dementsprechend regelmäßig spät nach Hause, isst dort etwas, um dann noch spazieren zu gehen. Außerdem nutzt er als alleinstehende Person die Abend- und Nachtstunden, um sich mit einer Frau zu treffen.

Nach seinen langen abendlichen Sitzungen trifft der Beschwerdeführer zudem enge Freunde, etwa die Familie seines Patenkindes, zum Essen und Beisammensein. Wenn eine Sitzung im Rahmen seiner Mandatstätigkeit länger als ca. 21 Uhr dauert, so sind ihm diese Kontakte angesichts der üblichen Wegezeiten innerhalb Berlins nunmehr verwehrt. Aufgrund der üblichen Sitzungsdauer sind solche Treffen in der Woche faktisch kaum noch möglich.

Der Beschwerdeführer zu 7 ist im Dezember 2020 an COVID-19 erkrankt, hat die Krankheit inzwischen aber ohne weitere Folgen überstanden. Er verfügt ausweislich eines ärztlichen Attests (Anlage) über eine hohe Konzentration von Antikörpern gegen das SARS-CoV-II im Blut und ist daher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht nur vor einer neuerlichen Erkrankung gefeit, sondern dürfte auch für andere Menschen nicht mehr gefährlich sein (sterile Immunität).

B.I.2.h) Beschwerdeführer zu 8 – Rechtsanwalt Volker Mundt

Der Beschwerdeführer zu 8 ist 50 Jahre alt, von Beruf Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter. Er wohnt in einer Wohngemeinschaft in Berlin.

Aufgrund von Erkrankungen im Bereich der Lunge und der Atemwege (Heuschnupfen, asthmatische Beschwerden, Keuchhusten) ist er sehr darauf bedacht, sich vor einer Corona-Infektion zu schützen. Daher nutzt er beispielsweise keine öffentlichen Verkehrsmittel mehr und arbeitet soweit wie möglich aus dem Home Office. Durch seine Mitbewohnerinnern, die jeweils einige Kontaktpersonen haben, kommen in der Wohnung des Beschwerdeführers aber häufiger Menschen zu Besuch. Aufgrund seiner Angst vor einer Corona-Infektion, die sich auch in Form einer psychischen Belastung äußert, und wegen seiner Naturverbundenheit verbringt der Beschwerdeführer zu 8 daher seit März fast jedes Wochenende in seinem Bootshaus in der Uckermark. Dort arbeitet und schläft er von Donnerstagabend oder Freitag bis Montag. Das Bootshaus ist spärlich eingerichtet. Es verfügt über einen Stromanschluss und einen Kühlschrank, jedoch gibt es keinen Wasseranschluss, keine Heizung und abgesehen von einer Dixi-Toilette keine Sanitäranlagen.

Der Beschwerdeführer fährt häufig bereits am Donnerstag gegen 18 Uhr in die Uckermark. Um dem Stau auf der A11 zu entgehen, der dort regelmäßig von Sonntagnachmittag um 16 Uhr bis 20/21 Uhr entsteht, legt er sich häufig am Sonntagabend für einige Stunden schlafen, steht gegen etwa 2 Uhr nachts auf und fährt dann mit dem eigenen Pkw nach Berlin zurück.

B.I.2.i) Beschwerdeführerin zu 9 – Iris Sayram

Die Beschwerdeführerin zu 9 wohnt in Berlin (Prenzlauer Berg) und arbeitet den ganzen Tag als Journalistin beim rbb. Sie hat mindestens zweimal pro Woche Spätdienst und ist dann erst um 23 Uhr daheim. An den anderen Tagen kümmert sie sich noch um ihre Kinder, die nicht vor 9 Uhr ins Bett gehen. Damit ist der Zeitraum von 22 Uhr bis 1 Uhr der einzige, zu dem sie Freund*innen treffen kann. Solche Treffen organisierte sie bisher kontaktarm beim Spazierengehen oder auf einer Parkbank, das ist aber durch die Ausgangssperre jetzt nicht mehr möglich. Dadurch hat sie insgesamt keine Möglichkeit mehr, Kontakt mit Freund*innen zu pflegen, selbst wenn sie dabei Infektionsgefahren nach menschlichem Ermessen ausschließt.

B.I.2.j) Beschwerdeführer zu 10 – Sebastian Schlüsselburg

Der Beschwerdeführer zu 10 ist Mandatsträger im Berliner Abgeordnetenhaus. Aus seiner Mandatstätigkeit ergibt sich für den Beschwerdeführer eine überwiegende Tagesarbeitszeit von 10 Stunden, oft auch an Wochenenden. Daher beendet er mehrmals pro Woche erst nach 21 oder 22 Uhr seine Tätigkeit.

Erst danach geht er privaten Aktivitäten nach: Der Beschwerdeführer erledigt Einkäufe des täglichen Bedarfs für sich und seine Familie, so gibt es in der Nähe zu seinem Wohnhaus einen Supermarkt, der bis 24h geöffnet ist. Zudem betreibt er gemeinsam mit einem Freund Outdoor-Sport.

Der Beschwerdeführer ist zudem Vater einer 3-jährigen Tochter, die regelmäßig an nächtlichen Wachstumsschmerzen leidet und zudem Einschlafprobleme hat. Da die Fahrgeräusche sie beruhigen, fährt er immer wieder einmal mit ihr solange im Auto umher, bis sie eingeschlafen ist. Im Sommer, wenn es warm genug ist, geht der Beschwerdeführer mit seiner Tochter auch nachts im Kinderwagen oder Buggy spazieren, um sie zum Einschlafen zu bringen.

Weiterhin haben sich die Menschen in seinem Haushalt zu Beginn der Pandemie entschlossen, sich privat nur mit einem anderen, eng befreundeten Haushalt zu treffen. Dieser Haushalt, in dem auch der ebenfalls 3-jährige beste Freund der Tochter des Beschwerdeführers lebt, ist seit der Pandemie der engste soziale Kontakt des Haushalts des Beschwerdeführers geworden. Sofern es die Personenobergrenzen und Beschränkungen in Berlin bisher zuließen, haben sich die beiden Haushalte häufig abends besucht, gemeinsam zu Abend gegessen, die Kinder in verschiedenen Zimmern ins Bett gebracht und dann gemeinsam den Abend verbracht. In der Regel ist der Beschwerdeführer mit seinem Haushalt dann zwischen 22:30 und 24 Uhr zurück nach Hause gefahren.

B.I.2.k) Beschwerdeführerin zu 12 - Petra Vandrey

Die Beschwerdeführerin zu 12 ist Mitglied des Berliner Abgeordnetenhauses und rechtspolitische Sprecherin ihrer Fraktion. Daneben ist sie als Rechtsanwältin tätig. Sie lebt mit ihren zwei jüngeren Kindern in einem Haushalt, die älteste Tochter führt bereits einen eigenen Haushalt. Beide Eltern der Beschwerdeführerin leben in Berlin, sie sind beide über 80 Jahre alt und vollständig geimpft. Gleichwohl müssen familiäre Besuche seit dem Inkrafttreten der Ausgangssperre in Berlin nunmehr vorzeitig abgebrochen werden, um

sicherzustellen, dass die Beschwerdeführerin – ggf. in Begleitung eines Kindes – vor 22 Uhr daheim eintrifft. Gleiches gilt für die dritte Tochter, die alleine einen eigenen Haushalt führt und bisher regelmäßig ihre Mutter besuchte. Nunmehr muss sie Besuche bei ihrer Mutter großzügig vor dem Ende der Ausgangssperre beenden.

B.II. Beschwerdebefugnis

Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass beschwerdeführende Personen durch die angegriffenen Rechtsnormen selbst, gegenwärtig und unmittelbar in Grundrechten betroffen sind (vgl. bereits BVerfGE 1, 97 <101 ff.>, ebenso BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 2009, 2 BvR 2233/07 u.a., Rn. 54). Eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende Beschwer hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem anerkannt, wenn das Gesetz den Betroffenen schon vor Erlass eines Vollzugsaktes zu entscheidenden Dispositionen veranlasst, die er nach dem späteren Gesetzesvollzug nicht mehr nachholen oder korrigieren könnte (vgl. BVerfGE 90, 128 <136>; 97, 157 <164>), oder wenn er erst das Risiko eines Bußgeld- oder Strafverfahrens eingehen müsste, um Rechtsschutz vor den Fachgerichten erwirken zu können (vgl. BVerfGE 20, 283 <290>; 46, 246 <256>; 81, 70 <82 f.>; 97, 157 <165>).

Gemessen daran sind die beschwerdeführenden Personen durch die Regelung der Ausgangssperre sämtlich selbst, unmittelbar und gegenwärtig jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen. Denn sie alle leben in Regionen Deutschlands, die seit mindestens drei Tagen die Inzidenz-Schwelle von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Personen überschreiten (vgl. die Inzidenzwerte in der Anlage). Die Norm tritt automatisch in Kraft, wenn der Inzidenzwert 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschritten ist, ist also selbstvollziehend. Die Bekanntgabe gem. § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes lediglich deklaratorisch; mit der entsprechenden Bekanntgabe ist kurzfristig zu rechnen, für den Landkreis Calw, den Landkreis Karlsruhe, die Stadt Halle (Saale) und das Land Berlin ist sie bereits erfolgt (Anlage). Damit ist den beschwerdeführenden Personen unmittelbar verboten, sich außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum aufzuhalten. Eines weiteren Vollzugsaktes bedarf es nicht.

Für die unmittelbare Betroffenheit von einer Sanktionsnorm – hier des Bußgeldtatbestands des § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG – müssen Beschwerdeführende außerdem schlüssig darlegen, dass sie vom Wortlaut der angegriffenen Norm noch erfasst sein können, also unter Zugrundelegung einer möglichen, nicht ganz fernliegenden Auslegung des Tatbestands unter diesen fallen. An einer unmittelbaren Beschwer würde es hingegen fehlen, wenn ein verfassungsrechtlich geschütztes Betätigungsfeld von der angegriffenen Norm nach deren Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik eindeutig nicht betroffen ist (BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 2009 - 2 BvR 2233/07 u.a., Rn. 55; vgl. bereits BVerfGE 75, 329 <341>). Gemessen daran sind alle beschwerdeführenden Personen selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen, denn eine Zuwiderhandlung gegen die Ausgangssperre ist ohne weitere Tatbestandsmerkmale als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 25.000 Euro bedroht.

Im Einzelnen sind die beschwerdeführenden Personen – über die Betroffenheit in der allgemeinen Handlungsfreiheit hinaus – wie folgt selbst, unmittelbar und gegenwärtig in Grundrechten betroffen:

B.II.1. Beschwerdeführer zu 3

Das Verbot, sich zwischen 22 Uhr und 5 Uhr außerhalb einer Wohnung, einer Unterkunft oder des jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztums aufzuhalten, macht es dem Beschwerdeführer zu 3 unmöglich, seine künstlerischen Nachtaufnahmen anzufertigen. Nachtaufnahmen sind naturgemäß nur zur Nachtzeit möglich, sodass ihn das Verbot im Werkbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG berührt, weil es die Anfertigung der gewünschten Kunstwerke von vornherein und vollständig verhindert. Dies ist umso unverhältnismäßiger, als der Beschwerdeführer bei seinen allein unternommenen nächtlichen Exkursionen zu keinen anderen Menschen in Kontakt kommt, sodass von ihm keinerlei Infektionsgefahr ausgeht und er sich auch keiner solchen Gefahr aussetzt.

B.II.2. Beschwerdeführer zu 7

Der Beschwerdeführer zu 7 nutzt als alleinstehende Person die Abend- und Nachtstunden, um sich mit einer Frau oder Bekannten und Freunden zu treffen. Zu früheren Zeiten ist ihm dies wegen der Wahrnehmung von Aufgaben als Mitglied des Abgeordnetenhauses an vielen Tagen nicht möglich. Das Verbot, sich zwischen 22 Uhr und 5 Uhr außerhalb einer Wohnung, einer Unterkunft oder

des jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztums aufzuhalten, macht ihm daher oft die Wahrnehmung seines Privat- und Intimlebens unmöglich.

Dies erscheint im Hinblick auf den Beschwerdeführer zu 7 umso unverhältnismäßiger, als er sich infolge einer unlängst durchgestandenen COVID-19-Erkrankung und eines nachgewiesen sehr hohen Antikörperspiegels mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr mit dem SARS-CoV-II infizieren kann und daher weder sich noch andere gefährdet.

B.II.3. Beschwerdeführer zu 6 und zu 11

Die Beschwerdeführerin zu 6, ihre Tochter und der Beschwerdeführer zu 11 bilden eine Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG. Zwar ist der Beschwerdeführer nicht der biologische Vater der Beschwerdeführerin. Gleichwohl leben alle drei ein gemeinsames Leben in zwei gemeinsamen Haushalten. Dieses gemeinsame Familienleben wird durch die Ausgangssperren massiv erschwert, weil es aus beruflichen Gründen den beiden Erwachsenen oftmals nicht möglich ist, außerhalb der Sperrzeiten die entfernte Familienwohnung zu erreichen.

Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 führen darüber hinaus eine Beziehung, die vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst ist. Die Ausgangssperre erschwert den beiden die Gestaltung ihrer Partnerschaft erheblich.

B.II.4. Beschwerdeführerin zu 12 – Petra Vandrey

Die Beschwerdeführerin zu 12 bildet mit ihren zwei jüngeren Kindern, ihrer dritten Tochter sowie ihren beiden Eltern eine Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG. Die Familienangehörigen leben in unterschiedlichen Haushalten. Die familiären Besuche und die familiären Unterstützungsleistungen, etwa für die betagten Eltern der Beschwerdeführerin zu 12, werden massiv beschränkt durch die Ausgangssperre, die wegen der langen Wege in Berlin dazu führt, dass Besuche nunmehr vorzeitig abgebrochen werden müssen, um sicherzustellen, dass die Familienmitglieder vor 22 Uhr daheim eintreffen.

B.III. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist auch unmittelbar zulässig, ohne dass es zuvor der Anrufung der Fachgerichte bedürfte. Ungeachtet der Frage, ob gegen die angegriffene Norm ein Rechtsbehelf zum Verwaltungsgericht überhaupt statthaft

wäre, könnten die Verwaltungsgerichte im konkreten Fall jedenfalls keinen effektiven Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 gewähren.

Der Erste Senat des angerufenen Gerichts hat erst jüngst durch Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10 – BVerfGE 150, 309 ff., „Kfz-Kennzeichenkontrollen BW-HE“ die Anforderungen an die Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde vereinheitlicht:

> *Auch vor der Erhebung von Rechtssatzverfassungsbeschwerden sind nach dem Grundsatz der Subsidiarität grundsätzlich alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können.*
>
> *a) Unmittelbar gegen Gesetze steht der fachgerichtliche Rechtsweg in der Regel nicht offen. Die Anforderungen der Subsidiarität beschränken sich jedoch nicht darauf, nur die zur Erreichung des unmittelbaren Prozessziels förmlich eröffneten Rechtsmittel zu ergreifen, sondern verlangen, alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können. Damit soll erreicht werden, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen treffen muss, sondern zunächst die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts primär zuständigen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts aufgearbeitet haben (vgl. BVerfGE 79, 1 <20>; 123, 148 <172>; 143, 246 <321 Rn. 209>; stRspr).*
>
> *Der Grundsatz der Subsidiarität erfordert deshalb grundsätzlich, vor Einlegung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Das gilt auch, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann (vgl. BVerfGE 16, 1 <2 f.>; 145, 20 <54 Rn. 85> m.w.N.; stRspr).*
>
> *b) Wenn sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, kann daher gegebenenfalls auch die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage zu den zuvor zu ergreifenden Rechtsbehelfen gehören. Das ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vorschriften abschließend gefasst sind und die fachgerichtliche Prüfung für den Beschwerdeführer günstigstenfalls dazu führen*

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

Eine Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht des Weiteren nicht, wenn die angegriffene Regelung die Beschwerdeführer zu gewichtigen Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können (vgl. BVerfGE 43, 291 <386>; 60, 360 <372>), ***wenn die Anrufung der Fachgerichte offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre*** *(vgl. BVerfGE 55, 154 <157>; 65, 1 <37 f.>; 102, 197 <208>) oder sie sonst nicht zumutbar ist. Dies gilt - vorbehaltlich der Möglichkeit vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 145, 20 <54 f. Rn. 86>) - grundsätzlich auch dann, wenn Beschwerdeführer zunächst ein Straf- oder Bußgeldverfahren gegen sich ergehen lassen müssten und sie erst in diesem Rahmen die Verfassungswidrigkeit der Norm geltend machen könnten (vgl. BVerfGE 81, 70 <82 f.>; 97, 157 <165>; 138, 261 <271 f. Rn. 23>; stRspr).*

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018, – 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10 –, BVerfGE 150, 309 ff., Rn. 41 ff.

Hervorhebung nicht im Original.

Gemessen daran steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegen. Eine fachgerichtliche Klärung ist nicht erforderlich, und eine Anrufung der Fachgerichte wäre darüber hinaus offensichtlich aussichtslos und unzumutbar. Bei der angegriffenen Norm handelt es sich um ein „Maßnahmegesetz mit allgemeiner Wirkung" (*Christoph Möllers* BT-Drs. 19(14)323(2), S. 1) gegenüber allen mehr als 80 Millionen Menschen, die in Deutschland leben. Nahezu der gesamte formell betroffene Personenkreis ist auch konkret in seiner Lebensführung eingeschränkt – sofern nämlich die Personen nicht aus individuellen Gründen ohnehin gehindert sind, zwischen 22 Uhr und 5 Uhr die Wohnung oder Unterkunft zu verlassen, und soweit sie in einem Hochinzidenzgebiet im Sinne des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG leben. Ein Erfordernis, zuvor individuellen Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten zu suchen, sowie das große Risiko divergierender Entscheidungen der Fachgerichte wäre in einer solchen Konstellation offenkundig nicht sachdienlich.

Im Einzelnen:

B.III.1. Fachgerichtliche Klärung nicht erforderlich oder sachdienlich

Die beabsichtigte Rechtssatzverfassungsbeschwerde wirft allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen auf, die das Bundesverfassungsgericht beantworten kann, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. März 2020 – 1 BvQ 15/20 –, Rn. 18, juris: Ablehnung einer einstweiligen Anordnung). Zwar enthält die angegriffene Vorschrift jedenfalls in den Ausnahmetabeständen von der Ausgangssperre verschiedene auslegungsbedürftige und auslegungsfähige Rechtsbegriffe. Doch kommt es auf diese Auslegung nicht entscheidend an. Sämtliche beschwerdeführenden Personen rügen auch eine Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, die sich aus der Ausgangssperre als solcher ergibt und nicht daraus, dass spezifische Tätigkeiten verunmöglicht werden. Insoweit ist das Verhalten, das ihnen verunmöglicht wird, nämlich das bloße Verlassen der Wohnung, von den in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG aufgezählten Ausnahmen nicht erfasst. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, ohne dass es einer fachgerichtlichen Klärung bedarf. Allenfalls soweit einige der beschwerdeführenden Personen daneben auch das Verbot von Tätigkeiten rügen, die spezifische grundrechtliche Schutzbereiche berühren, könnten Ausnahmetatbestände eingreifen, doch könnte deren wie auch immer

ausfallende Auslegung durch ein Fachgerichte an der Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Ausgangssperre als solche nichts ändern.

Auch für die Folgenabwägung kommt es nicht auf die exakte Auslegung der Ausnahmetatbestände an, da sich die drohenden Nachteile aus der immensen Streubreite der Maßnahme ergeben.

B.III.2. Anrufung der Fachgerichte offensichtlich aussichtslos bzw. unzumutbar

Die Anrufung der Fachgerichte wäre zudem offensichtlich aussichtslos bzw. unzumutbar. Zwar ist in der Hauptsache möglicherweise eine negative Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig (BVerfGE 145, 20-105, Rn. 86 mit Verweis auf BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 – 8 C 6.15 –, juris). Diese kann grundsätzlich auch mit einem Antrag auf Erlass einer einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO verbunden werden (BVerfGE 145, 20-105, Rn. 86 mit Verweis auf OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. Oktober 2014 – OVG 1 S 30.13 –, juris, Rn. 17 f. m.w.N.; HmbOVG, Beschluss vom 19. Mai 2015 – 4 Bs 14/15 –, juris, Rn. 14-17). Die Fachgerichte sind auch nicht durch Art. 100 Abs. 1 GG gehindert, schon vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juni 1992 – 1 BvR 1028/91 –, Juris, Rn. 29; 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 22. April 2013 – 1 BvR 640/13 –, Juris, Rn. 3; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. Oktober 2014 – OVG 1 S 30.13 –, Rn. 17, juris).

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist jedoch bezogen auf das Rechtsschutzziel der Außervollzugsetzung aussichtslos und vor dem Hintergrund der Bußgeldbewehrung unzumutbar. Denn die Fachgerichte können im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur eine vorläufige Feststellung treffen (a). Daher wäre selbst im Fall einer einstweiligen Anordnung nicht sichergestellt, dass das verbotene Verhalten im Nachhinein nicht mit einem Bußgeld sanktioniert wird (b).

B.III.2.a) Lediglich vorläufige Feststellung im einstweiligen Rechtsschutz

Die Fachgerichte können im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur eine vorläufige Feststellung treffen (VGH Mannheim Beschl. v. 6.12.2012 – 1 S 2408/12, BeckRS 2013, 46091; Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 19. Mai 2015 – 4 Bs 14/15 –, juris; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. März 2015 – OVG 1 S 64.14 –, Rn. 14, juris; Schoch/Schneider VwGO/Schoch, 39. EL Juli 2020, VwGO § 123 Rn. 35 m.w.N.). Anders als im Verfahren nach § 46 Abs. 6 VwGO oder nach § 32 BVerfGG wird die indirekt angegriffene Vorschrift nicht außer Vollzug gesetzt. Eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ist nur einer eingeschränkten Rechtskraft fähig und steht stets unter dem Vorbehalt der Hauptsacheentscheidung (Schoch/Schneider VwGO/Schoch, 39. EL Juli 2020, VwGO § 123 Rn. 168 m.w.N.). Durch die einstweilige Anordnung erlangen Antragstellende nur eine unsichere Rechtsposition. Bleibt die Klage erfolglos, entfällt die durch einen erfolgreichen Eilantrag vorläufig eingeräumte Rechtsposition rückwirkend (BVerwG, NJW 1994, 1601; Schoch/Schneider VwGO/Schoch, 39. EL Juli 2020, VwGO § 123 Rn. 168).

Dies schöpft bereits das Rechtsschutzziel der beschwerdeführenden Personen nicht aus, die ja eine normative Außerkraftsetzung begehren und nicht lediglich eine – rechtsdogmatisch ohnehin schillernde – „Feststellung“ eines Verwaltungsgerichts, dass ein Bundesgesetz einstweilen nicht bindend sei.

An einer weitergehenden Entscheidung wiederum sind Verwaltungsgerichte gem. Art. 100 GG gehindert, denn das Normverwerfungsmonopol für förmliche Gesetze kommt dem Bundesverfassungsgericht zu.

B.III.2.b) Kein Schutz vor Bußgeld

Damit bietet das fachgerichtliche Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Falle eines bußgeldbewehrten formellen Gesetzes keinen hinreichenden Rechtsschutz. Die beschwerdeführenden Personen wären selbst bei Erlass einer einstweiligen Anordnung der Gefahr einer Sanktionierung durch ein Bußgeld ausgesetzt. Es ist nicht sichergestellt, dass die Gerichte in einem etwaigen Ordnungswidrigkeitenverfahren die vorläufige Feststellung des Verwaltungsgerichts zugrunde legen.

Darüber hinaus binden verwaltungsgerichtliche Entscheidungen ohnehin nicht die Amtsgerichte in einem etwaigen Ordnungswidrigkeitenverfahren, sofern nicht ein untergesetzlicher Bußgeldtatbestand außer Vollzug gesetzt wird (vgl. HessVGH NVwZ 1988, 445 (446); Schoch/Schneider VwGO/Clausing/Kimmel, 39. EL Juli 2020, VwGO § 121). Bei einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz, möglicherweise gar auf Grundlage einer bloßen Folgenabwägung, kann auch nicht von einer faktischen Bindung der Amtsgerichte ausgegangen werden. Jedenfalls müssen sich die beschwerdeführenden Personen nicht auf eine solche unsichere faktische Bindung verweisen lassen. Beruht die einstweilige Anordnung auf einer Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift, steht einer faktischen Bindung des Amtsgerichts ohnehin wiederum das Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts entgegen.

Würden die Antragstellerinnen auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz verwiesen, wäre mithin damit zu rechnen, dass zehntausende Betroffene nicht nur gezwungen wären, die Verwaltungsgerichte anzurufen. Sie müssten sogar im Falle des Erlasses einer einstweiligen Anordnung weiterhin mit Bußgeldbescheiden rechnen. Diese Gefahr kann nur durch eine einstweilige Außervollzugsetzung der angegriffenen Vorschrift durch das Bundesverfassungsgericht ausgeräumt werden. Das Risiko der zutreffenden Auslegung der angegriffenen Norm kann nicht bei den Normunterworfenen liegen, wenn diese Norm mit einem Bußgeld bewehrt ist.

B.III.3. Starkes Interesse der Rechtsgemeinschaft an einer einheitlichen Klärung

Aus dem zuvor Gesagten folgt zugleich, dass einzelne Verfahren vor Verwaltungsgerichten auch im Lichte der Garantie des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht hinreichend wären. Dass eine Verfassungsbeschwerde über den Einzelfall hinaus Klarheit über die Rechtslage in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle schafft (vgl. BVerfGE 108, 370 <386>), liegt auf der Hand. Würden die beschwerdeführenden Personen hingegen auf den Verwaltungsrechtweg verwiesen, so müssten nicht nur sie, sondern alle diejenigen der mehr als 80 Millionen betroffenen Personen in Deutschland, die von der Ausgangssperre befreit werden möchten, individuellen Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten suchen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre kaum in der Lage, diesen

schnell in die tausenden gehenden individuellen Begehren kurzfristig zu entsprechen.

Die Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte in der hiesigen Konstellation wird dadurch vertieft, dass das Bedürfnis, sich entgegen der Ausgangssperre außerhalb einer Wohnung aufzuhalten, nicht selten spontan auftreten wird. Müssten tatsächlich all diese Begehren jeweils individuell im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte geklärt werden, so liegt auf der Hand, dass eine erhebliche Anzahl sich erledigen würde, ehe Rechtsschutz erlangt werden könnte. Effektiv ist der Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG indes nur dann, wenn er auch zur rechten Zeit gewährt wird: „Wirksam ist nur ein zeitgerechter Rechtsschutz." (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2011 – 1 BvR 232/11 – juris, Rn. 16).

Die Frage nach der epidemiologischen Wirksamkeit einer Ausgangssperre schließlich kann das angerufene Gericht mindestens ebenso gut in eigener Kompetenz entscheiden, wie es ein Verwaltungsgericht könnte. Würden Menschen in der Position der beschwerdeführenden Personen hingegen auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen, so drohten divergierende Entscheidungen von Fachgerichten zur Frage der Wirksamkeit und Angemessenheit von Ausgangssperren, wie es schon jetzt bei den nach Landesrecht geltenden Ausgangssperren der Fall ist. Ein daraus resultierender regulatorischer Flickenteppich wäre mit dem hohen Ziel der effektiven Bekämpfung der Pandemie zum Schutz von Gesundheit und Leben kaum zu vereinbaren. Zudem würde dies das ausdrückliche Ziel des Bundesgesetzgebers konterkarieren, mit der sogenannten „Notbremse" einen bundeseinheitlichen Mindeststandard von Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie zu regeln.

B.IV. Beschwerdefrist

Die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt, denn die angegriffene Norm ist erst am 23. April 2021 in Kraft getreten.

B.V. Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung

Die Voraussetzungen der § 93a Abs. 2 a) und b) BVerfGG sind erfüllt.

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Zum einen sind nahezu alle in Deutschland lebenden Menschen in

der Wahrnehmung ihrer Grundrechte durch eine Ausgangssperre unmittelbar betroffen. Zum anderen bestehen an der Vereinbarkeit von allgemeinen Ausgangssperren mit der Verfassung durchgreifende Zweifel. Diese wurden sowohl durch verschiedene (Ober-)Verwaltungsgerichte als auch unisono durch mehrere Vertreter*innen der Rechtswissenschaft in der Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages zum „Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ am 17. April 2021 geäußert. Aus dem Grundgesetz lässt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Norm nicht unmittelbar beantworten. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage noch nicht geklärt.

B.VI. Zulässigkeit des Antrags nach § 32 BVerfGG

Gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das angerufene Gericht einen Zustand einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Die antragstellenden Personen begehren eine Anordnung in der Weise, dass die angegriffene Norm einstweilen außer Vollzug gesetzt wird. Sie tragen vor, dass eine solche Anordnung zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, da eine allgemeine Ausgangssperre alle in Deutschland lebenden Menschen innerhalb der Sperrfrist an der Ausübung zahlreicher grundrechtlich geschützter Tätigkeiten hindert. Diese Anordnung würde auch die Hauptsache nicht vorwegnehmen. Im Übrigen berufen sie sich für die Zulässigkeit ihres Antrags auf die obenstehenden Ausführungen zur Hauptsache.

Mittelbar erstreben die antragstellenden Personen als Reaktion auf eine Aussetzung der – absehbar allenfalls moderat wirksamen – Ausgangssperre ein gesetzgeberisches Tätigwerden in Form naheliegender und wesentlich wirksamerer Maßnahmen, namentlich zur Verhinderung von Infektionen im Arbeitsleben. Aufgrund der mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ebenfalls geschaffenen Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung (§ 28b Abs. 6 IfSG) könnten solche Maßnahmen auch sehr kurzfristig getroffen werden, ohne dass es eines Gesetzgebungsverfahrens bedürfte.

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist auch begründet, weil die Ausgangssperre eine Vielzahl von Verhaltensweisen verbietet, die grundrechtlich geschützt sind, und diese Eingriffe verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sind.

Der Bußgeldtatbestand verstößt darüber hinaus gegen den besonderen Bestimmtheitsgerundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG.

Im Einzelnen:

C.I. Rechtslage

C.I.1. Tatbestand

§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG ordnet selbstvollziehend eine nächtliche Ausgangssperre als „Notbremse“ ab einer Inzidenz von 100 Corona-Infektionen pro 100.000 Einwohnern über 7 Tage an. Der Normtext ist oben bei B.I.1 wiedergeben.

C.I.1.a) Überschreitung des Inzidenzwerts 100

Die Ausgangssperre gem. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG tritt gemäß § 28b Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG automatisch in Kraft, wenn die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinanderfolgenden Tagen den **Schwellenwert** von 100 überschreitet. Sie tritt gem. § 28b Abs. 2 IfSG automatisch außer Kraft, wenn der Schwellenwert von 100 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 (BT-Drs. 19/28444, S. 11 und BT-Drs. 19/28732, S. 18). § 28b Abs. 1 S. 2–4 IfSG spezifizieren die Voraussetzungen des Inkrafttretens einer Ausgangssperre. Maßgeblich sind die Daten, die gemäß § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG vom Robert-Koch-Institut (RKI) im Internet (https://www.rki.de/inzidenzen) veröffentlicht werden. Stand 23.04.2021 veröffentlicht das RKI dort eine Datei im Dateiformat „.xlxs“, die auf dem Tabellenblatt „LK_7-Tage-Inzidenz“ die maßgeblichen Inzidenzen aufführt. Die Tabelle enthält am 23.04.2021 in 160 Spalten die 7-Tages-Inzidenzen vom 18.11.2020–23.04.2021.

Die zuständigen Landesbehörden müssen nach § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG die Tage „in geeigneter Weise“ bekanntgeben, an denen die Maßnahmen der Notbremse

gelten. Diese **Bekanntmachung** hat nach § 28b Abs. 1 S. 4 IfSG „unverzüglich" zu erfolgen, wenn die Voraussetzung § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG erfüllt ist, also der Schwellenwert 100 an drei aufeinanderfolgenden Tagen überschritten war. Sie hat ausdrücklich nur deklaratorische Funktion, aber keine eigenständige Regelungswirkung (auch BT-Drs. 19/28732, S. 18).

Zusätzliche Voraussetzung bleibt gemäß § 28b Abs. 10 IfSG die **Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite** durch den Bundestag gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG; diese Voraussetzung ist aktuell erfüllt (Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite vom 29. März 2021, BGBl. I 2021 Nr. 12, 30. März 2021, S. 370). Zudem ist die Notbremse nach § 28b Abs. 10 IfSG **bis 30. Juni 2021 befristet**.

C.I.1.b) Übergangsregelung

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG entfaltet gem. § 77 Abs. 6 S. 2 IfSG erstmalig am 24.03.2021 Wirkung. Maßgeblich sind gem. § 77 Abs. 6 S. 2 IfSG für die Wirkung der Ausgangssperre die vom RKI bekanntgegebenen Sieben-Tages-Inzidenzen vom 20., 21. und 22.03.2021.

C.I.1.c) Tatbestandliche Ausnahmen

Eine Reihe von unterschiedlichen Gründen werden als berechtige Ausnahmen von der Ausgangssperre gesetzlich ausdrücklich anerkannt. Sie reichen vom Gassigehen bis zur Begleitung Sterbender. Diese Ausnahmen werfen deutliche Bestimmtheitsprobleme auf. Es bleibt unklar, wann die Ausnahmetatbestände jeweils erfüllt sind und wie weit sie reichen. Das Gesetz ist dabei weniger grundrechtssensibel als die bisherigen Rechtsverordnungen der Bundesländer.

C.I.1.c)aa) 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 Bautzen (B. v. 04.03.2021 – 3 B 26/21) außer Vollzug gesetzte Ausgangssperre in Sachsen sah eine solche zum Schutze der Religionsfreiheit gebotene explizite Ausnahme vor, im nunmehr geltenden § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG fehlt sie. Ob es sich bei seelsorgerischer Tätigkeit um „Zusammenkünfte, die der Religionsausübung dienen", die in § 28b Abs. 4 IfSG generell von den Maßnahmen ausgenommen sind, ist nicht bestimmbar.

Die Wahrnehmung von **Sorge- und Umgangsrecht** bildet eine Ausnahmeberechtigung (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 Mannheim (B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21) aufgehobene § 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.) 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.

Zwischen 22 und 24 Uhr ist **körperliche Bewegung** im Freien „allein“ und außerhalb von Sportanlagen erlaubt (lit. g). 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 ohnedies in einem Haushalt wohnen, etwa Ehegatten, nicht gemeinsam joggen gehen dürfen? 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? Ist eine kurze Unterbrechung der körperlichen Bewegung erlaubt? Unmöglich ist 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 wiederum 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 (§ 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).

C.I.1.c)bb) Auffangklausel: „aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ (lit. f)

§ 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG enthält eine Auffangklausel, derzufolge der Aufenthalt außerhalb der Wohnung „**aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken**“ wie den explizit aufgezählten zulässig ist. Die Verfassungsgerichtsbarkeit (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.) und die Verwaltungsgerichtsbarkeit (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.) haben im Eilrechtsschutz wiederholt darauf hingewiesen, dass eine extensive Auslegung solcher Auffangklauseln geboten ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung gehören zu diesen nicht explizit genannten Zwecken **Wohnungslosigkeit** und die Wahrnehmung einer **Corona-Schutzimpfung** (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/28444, S. 12). Ausweislich des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zählt verblüffenderweise auch die nach dem Tierseuchengesetz erforderliche Jagd als eine

solche Ausnahme (Bericht des Gesundheitsausschusses, BT-Drs. 19/28732, S. 17). 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. Verfassungsrechtlich geboten ist es, Ausnahmen für alle Verhaltensweisen anzuerkennen, die durch den Wesensgehalt eines Grundrechts spezifisch geschützt sind. Körperliche Bewegung zwischen 0 Uhr und 5 Uhr kann auch bei weiter Auslegung nicht von § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG umfasst sein; § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. g IfSG wäre sonst offensichtlich überflüssig.

Schwierigkeiten wirft die Frage auf, ob auch der **Weg nach Hause** von woher auch immer als „ähnlich gewichtiger und abweisbarer Grund“ anerkannt werden muss (so OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021, Rn. 23; *Felix Schmitt* Wen soll das schützen?, Verfassungsblog v. 18.12.2020). Andernfalls müsste die Person 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 berechtigterweise vor Beginn der Ausgangssperre ihre Wohnung verlassen hätten und „gewichtig und unabweisbar“ nach dem Beginn der Ausgangssperre den Rückweg anträten.

Näherliegend dürfte 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. In dieser Reformulierung wird dann aber zugleich 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.I.1.c)cc) Generelle Ausnahmen für Versammlungen und Zusammenkünfte der Religionsausübung, § 28b Abs. 4 IfSG

§ 28 Abs. 4 IfSG enthält eine Ausnahme für Versammlungen und für die Religionsausübung. Diese grundrechtlich gebotene Ausnahme reagiert wohl auf die drei erfolgreichen Eilverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aus dem Frühjahr 2020, in denen das Gericht pauschale Versammlungsverbote (BVerfG (K), B. v. 15.04.2020 – 1 BvR 828/20 und BVerfG (K), B. v. 17.04.2020 –

1 BvR 829/20) und Gottesdienstverbote (BVerfG (K), B. v. 29.04.2020 – 1 BvQ 44/20) für verfassungswidrig befunden hatte.

Ebenso vorbehaltlos wie die Versammlungs- und die Religionsfreiheit ist aber auch die **Kunstfreiheit** geschützt (Art. 5 Abs. 3 GG). Eine künstlerische Lichtshow im Freien etwa oder nächtliche Fotografie, wovon jeweils keine speziellen Infektionsgefahren ausgehen, ist durch die aktuelle Regelung ausgeschlossen. Der Gesetzentwurf lässt damit die grundrechtlich geschützte, aber (noch) nicht durch das Bundesverfassungsgericht explizit beschiedene Kunstfreiheit außer Acht, die in der Pandemie bislang insgesamt völlig vernachlässigt worden ist (*Thorsten Kingreen* Ist das Kunst? Dann kann das weg!, Verfassungsblog v. 04.11.2020.).

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. 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.

C.I.1.d) Keine Ausnahmen für Geimpfte und Immune

Von Geimpften und steril Immunen gehen nach derzeitigem Kenntnisstand **keine epidemiologisch relevanten Infektionsgefahren** aus (vgl. auch *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 10 f. m.w.N.). 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 erforderlichen Ausnahmen fehlen jedoch im Gesetzentwurf (vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, WD 3 - 3000 - 083/21, S. 11.).

Zwar ermächtigt § 28c IfSG 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 abhängig. Ausnahmen für Geimpfte und steril Immune sind aber unabhängig davon verfassungsrechtlich geboten.

C.I.1.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 Freiheitausübung rechtfertigen (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-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 9 m. W. n.). Bei ihnen liegt auch das Subsumtionsrisiko (Sondervotum Seegmüller/Schönrock VerfGH Berlin, B. v. 14.04.2020 – 50 A/20, Rn. 19.), das sich aus der Unbestimmtheit der „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren" Gründe ergibt: Was, wenn den Einzelnen bei Kontrollen nicht geglaubt oder ein vorgebrachter Grund als nicht (grund)rechtsrelevant angesehen wird?

Ausweislich der Gesetzesbegründung sind die Ausnahmegründe der Polizei bei einer Kontrolle „glaubhaft zu machen" (BT-Drs. 19/28444, S. 12). 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 (vgl. VerfGH Saarland, B. v. 28.04.2020 – LV 7/20, D. II.). Mit der Rechtfertigungslast für die Grundrechtsausübung wird ein erheblicher grundrechtlicher Kollateralschaden produziert.

Gleichzeitig verunmöglicht die Anerkennung gewichtiger Gründe (schon BVerfG [K], B. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, Rn. 12) für einen Aufenthalt draußen nach Beginn der Ausgangssperre 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.

C.I.2. Rechtsfolge

C.I.2.a) Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Wohnung des Nachts und Gebot der Tagesplanung

Ist der Tatbestand erfüllt und überschreitet die maßgebliche Sieben-Tages-Inzidenz den Wert von 100, verbietet § 28b Abs. 1 S. 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 die Ausgangssperre einheitlich.

Diese Verpflichtung zur rechtszeitigen Heimkehr macht eine entsprechende Tagesplanung notwendig, sofern diese Planung überhaupt veränderbar ist und nicht wie bei den beschwerdeführenden Personen überwiegend fremdbestimmt ist. Wenn eine Veränderung der Tagesabläufe nicht möglich ist, müssen übliche Verhaltensweise und insbesondere an sich erlaubte Sozialkontakte unterbleiben, weil die Wege nicht mehr zurückgelegt werden dürfen.

C.I.2.b) Automatismus: selbstvollziehende Norm

Die gesetzliche Ausgangssperre ist **selbstvollziehend**. Ein weiterer *Rechts*akt, der die Ausgangssperre in Vollzug setzt, ist nicht erforderlich. In § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG ist lediglich 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 verändernden faktischen Grundlagen (Quote positiver Tests, Testhäufigkeit und Teststrategie) stark begrenzt (*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>; *Andrea Kießling* IfSG, 2. Aufl. 2021, §

28a Rn. 119 [im Druck]). Der behördlichen Bekanntmachung nach § 28b Abs. 1 S. 3 und 4 IfSG kommt keine eigene Rechtsqualität zu, weil gerade keine eigene Entscheidung der Landesbehörden erfolgt. Insbesondere werden weitere Faktoren wie Krankenhausbelegung und Impfquote nicht berücksichtigt.

C.I.2.c) Bußgeldbewehrung

Der Verstoß gegen die Ausgangsperre soll als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von zu 25.000 € geahndet werden können, vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 11c und Abs. 2 IfSG. Das ist keine rein theoretische Möglichkeit: Aufgrund von Verstößen gegen die bayerische Ausgangssperre etwa wurden eine Unzahl von Bußgeldbescheiden erlassen (vgl. BayLT-Drs.18/9916, S. 5). Soll die Ausgangssperre effektiv werden, müsste die Polizei massenweise Kontrollen durchführen und ggf. Bußgeldbescheide verhängen oder die Personen zwangsweise nach Hause bringen.

C.II. Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Das in § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, und das darin implizit enthaltene Gebot, den Tagesablauf ohne Aufenthalt außerhalb der Wohnung in der Nacht zu gestalten, greift in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

C.II.1. Eröffnung des Schutzbereiches

Der persönliche Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist für die beschwerdeführenden Personen als natürliche Personen eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ist eröffnet. Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Handlungsfreiheit im „umfassenden Sinne“ (BVerfGE 6, 32 <36>). „[J]ede Form menschlichen Handelns, ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“ (BVerfGE 80, 137 <152>; 90, 145 <171>; 91, 335 <337>), ist davon umfasst. Als Auffanggrundrecht schützt es davor, „durch die öffentliche Gewalt mit einem Nachteil belastet zu werden, der seinen Ursprung und seine innere Rechtfertigung nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung findet“ (BVerfGE 112, 1 <26>; auch 9, 83 <88>; 19, 206 <215>). Eine grundrechtsberechtigte Person darf „nur aufgrund solcher

Vorschriften mit einem Nachteil belastet werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind und deshalb zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören“ (BVerfGE 42, 20 <27 f.>; 33, 44 <48>; 29, 402 <408>; 19, 253 <257>; 9, 3 <11>).

Die Allgemeine Handlungsfreiheit schützt die selbstbestimmte Gestaltung des Tagesablaufes, den Aufenthalt im öffentlichen Raum zu selbstgewählter Zeit, sowie den Aufenthalt im öffentlichen Raum nicht gegenüber den Sicherheits- und Ordnungsbehörden begründen zu müssen.

C.II.2. Eingriff

Die Ausgangssperre erfordert die Planung des gesamten Tages in der Weise, dass ein Weg im Freien nach 22 Uhr nicht nötig wird (zum Heimweg als möglichem Ausnahmegrund oben C.I.1.c)bb))). Das ist ein massiver Eingriff in die individuelle Persönlichkeitsentfaltung an jedem einzelnen Tag für angesichts der hohen Inzidenzzahlen in Deutschland potentiell alle Menschen in Deutschland, jedenfalls aber die beschwerdeführenden Personen.

Die Ausgangssperre verbietet grundsätzlich den Aufenthalt im Freien im Zeitraum von 0 Uhr bis 5 Uhr.

C.II.2.a) Bußgeldbewehrung

Der Aufenthalt im Freien zwischen 0 Uhr bis 5 Uhr ohne Ausnahmegrund ist bußgeldbewehrt, § 73 Abs. 1a Nr. 11c und Abs. 2 IfSG (oben C.I.2.c)). Darin liegt für sich genommen bereits ein Eingriff.

C.II.2.b) Rechtfertigungspflicht im Falle von Kontrollen

Wird eine Person kontrolliert, so muss sie auf gesondert geschützte Zwecke verweisen, sich also für ihre Grundrechtsausübung rechtfertigen. In der Notwendigkeit, Gründe vorbringen zu müssen, liegt ein Eingriff.

C.II.2.c) Subsumtionsrisiko

Das Risiko, ob ein Ausnahmegrund im konkreten Falle anerkannt wird, trägt die kontrollierte Person. Das Subsumtionsrisiko ist beträchtlich, wie bereits in der Darstellung der Rechtslage ausgeführt wurde (vgl. oben C.I.1.c)aa))). Dieses Risiko würde nicht gemildert, wenn die Auffangausnahme des § 28b Abs. 1 Nr. 2

lit. f IfSG weit interpretiert wird und grundrechtlich angezeigte Ausnahmen mitumfasste: etwa zum Schutz der Ehegestaltungsfreiheit, in Fällen von Gewalt zum Schutz von körperlicher Unversehrtheit und Leben oder zum Schutz der Kunstfreiheit. Denn es bliebe unbestimmt und unvorhersehbar, ob die konkret kontrollierenden Polizeikräfte diese Gründe jeweils anzuerkennen bereit sein werden.

C.II.2.d) Ergebnis: intensiver Eingriff

Eine Ausgangssperre greift intensiv in den Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein (so auch OVG Bautzen, U. v. 21.04.2021 - 3 C 8/20, Rn. 17: „gewichtiger Eingriff“).

C.II.3. Rechtfertigung

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG der beschwerdeführenden Personen zu 1 bis 12 kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verletzt das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG und Art. 1 Abs. 3 GG (C.II.3.b)). Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG der beschwerdeführenden Personen ist darüber hinaus unverhältnismäßig.

C.II.3.a) Schranke

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

C.II.3.b) Bestimmtheit der Norm

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist daher materiell verfassungswidrig.

Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot stellt sicher, „dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft“ und eine „wirksame Rechtskontrolle“ stattfinden kann (BVerfGE 120, 378 <407>; 141, 220 <265, Rn. 95>; 145, 20 <125>). Es ermöglicht den grundrechtsberechtigten Personen, die Belastung zu erfassen. Die Regelungen müssen so bestimmt gefasst

werden, „wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“ (BVerfGE 145, 20 <69>, Rn. 125; 49, 168 <181>; 59, 104 <114>; 78, 205 <212>; 102, 254 <337>; 133, 277 <355 f.>, Rn. 181). Das Maß der Bestimmtheitsanforderungen richtet sich auch „nach der Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe“ (BVerfGE 145, 20 <69>; 102, 254 <337>; 49, 89 <133>.

Die Ausgangssperre stellt einen intensiven Eingriff in eine Vielzahl von Grundrechten dar. Ein Verstoß gegen die Ausgangssperre ist sanktionsbehaftet ist (oben C.I.2.c)), sie kann mit Befehl und **Zwang** nach den Polizeigesetzen der Länder durchgesetzt werden kann.

C.II.3.b)aa) Bestimmung des Inzidenzwertes 100

Die Abhängigkeit der Rechtswirkung des § 28b Abs. 2 Nr. 1 IfSG von faktischen Grundlagen führt bereits zu einiger Unbestimmtheit. 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). Dieser Umstand reduziert bereits die Bestimmbarkeit der Normgeltung für die beschwerdeführenden Personen. Ohne internetfähiges Gerät können sie die Geltung der Norm für sich nicht überprüfen. Darüber hinaus ist ein Programm notwendig, mit welchem ein „.xlxs“-Dokument ausgelesen werden kann. In vollständig unübersichtlicher Art und Weise veröffentlicht das RKI die Daten (Stand 23.04.2021) auf der gem. § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG maßgeblichen Website http://rki.de/inzidenzen. Da die Bekanntmachung einer etwaigen Überschreitung des Inzidenzwertes 100 durch die zuständigen (aktuell noch zu bestimmenden) Landesbehörden nach § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG nur deklaratorische Wirkung hat, die Normgeltung also unabhängig von der Bekanntmachung eintritt, bleibt es weiterhin den Einzelnen überlassen, den Geltungsbeginn der Ausgangssperre selbst mitzuverfolgen.

C.II.3.b)bb) Unbestimmtheit der Ausnahmen

Um die Einzelgrundrechte angemessen zu schützen, müssen **Ausnahmen**, die grundrechtlich geboten sind, positiv und explizit benannt werden. 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 (abweichende Meinung *Seegmüller/Schönrock* VerfGH Berlin, B. v. 14.04.2020 – 50 A/20, Rn. 19), muss sich aus dem Gesetz hinreichend bestimmt ergeben, wann der Gang nach draußen zulässig und wann er unzulässig ist. Trotz der dynamischen Pandemiesituation hatten verschiedene Landesregierungen wie oben dargestellt (C.I.1.c)aa)) Ausnahmetatbestände für Ausgangssperren entwickelt, die bestimmter und grundrechtssensibler sind als jene in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. a-g IfSG. Die Gesetzgebungsorgane können sich daher nicht auf den Umstand berufen, dass sie aufgrund des neuen Regelungssachverhaltes keine hinreichend bestimmte Regelung erlassen konnten.

Die Generalklausel in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG („**aus ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zwecken**“) genügt diesem rechtsstaatlichen wie grundrechtlichen Erfordernis nicht (vgl. So auch *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 6.). Zwar ist eine Generalklausel nicht per se unzulässig. Sie ist vielmehr gerade grundrechtlich geboten, um unvorhersehbare Härtefälle abzufedern (OVG Thüringen, B. v. 18.02.2021 – 3 EN 67/21, Rn. 49). Die grundrechtlich gebotenen Ausnahmen müssen aber soweit möglich tatbestandlich geregelt werden, um den Bestimmtheitsanforderungen zu genügen. Verfassungsrechtlich geboten sind hier explizite Ausnahmen für Mobilität im Rahmen von Ehe und Familie, z.B. Besuche beim Ehe- oder Lebenspartner nach 22 Uhr. Die Reichweite des Ausnahmetatbestandes ist für die beschwerdeführenden Personen unbestimmbar (im Hauptsacheverfahren zu anderem unbestimmten Ausnahmetatbestand einer Ausgangssperre OVG Bautzen, U. v. 21.04.2021 – 3 C 8/20).

C.II.3.b)cc) Ergebnis: Unbestimmtheit der Norm

Schon allein aus Gründen der Unbestimmtheit ist § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG daher materiell verfassungswidrig.

C.II.3.c) Verhältnismäßigkeit nächtlicher Ausgangssperren

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Allgemeine Handlungsfreiheit wäre nur verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen wäre, den verfolgten Zweck zu erreichen. Das ist nicht der Fall.

C.II.3.c)aa) 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“ (BT-Drs. 19/28444, S. 8).

C.II.3.c)bb) 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.

C.II.3.c)bb) (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 (VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, Rn. 38). Die Gesetzesbegründung beruft sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse, die lediglich eine „moderate Wirkung“ (dazu unten C.II.3.c)bb) (3) (a)) nächtlicher Ausgangssperren nahelegen, so ist es nicht widerspruchslos möglich, gleichzeitig die Bedeutung der Maßnahmen andererseits aufgrund eigener „Erfahrungen“ und ohne weitere Empirie als „wesentlich“ zur Reduktion des Infektionsgeschehens zu bewerten (so aber BT-Drs. 19/28444, S. 12).

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 **bis 30. Juni 2021 befristet**.

C.II.3.c)bb) (2) Geeignetheit der Ausgangssperre zur direkten Infektionsbekämpfung

In der Gesetzesbegründung wird angegeben, dass „oft keine konkrete Infektionsquelle ermittelt werden“ könne (BT-Drs. 19/28444, S. 8). 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 (so BT-Drs. 19/28444, S. 12; kritisch *Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 11), 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 (*Gesellschaft für Aerosolforschung* Offener Brief „Ansteckungsgefahren aus Aerosolwissenschaftlicher Perspektive“ v. 11.4.2021; *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). Inzwischen ist in der Aerosolforschung gut belegt, dass sich das Virus im Freien so gut wie nicht verbreitet, wenn Abstandsregeln eingehalten und Masken getragen werden, im Unterschied zu Innenräumen (ebd, S. 16):

> *„In a study of infection chains, Qian et al. [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] 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.”*

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 (*Frederik Ferrau* Ausgebremste Grundrechte, JuWiss v. 14.04.2021). Gerade im Frühling und Sommer ist dies ein wenig überzeugender Ansatz (*Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 8.).

C.II.3.c)bb) (3) Geeignetheit der Ausgangssperre zur indirekten Infektionsbekämpfung

Als **Maßnahme der *indirekten* Infektionsbekämpfung** zielt die Ausgangsperre 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.

C.II.3.c)bb) (3) (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 Studien (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.) weisen allenfalls einen **lediglich moderaten Effekt von Ausgangssperren** nach (vgl. *Thorsten Kingreen* BT-Drs.

19(14)323(19), S. 8 und *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 6).

> *„Bei Sharma et al. kommen die Daten zu Ausgangssperren allein aus 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 Ausgangsperren alleine wenig bringen." Diese Bewertung teilt das vorliegende Gutachten." (*Christoph Möllers *BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 6 Fn. 2).*

Alle drei in der Gesetzesbegründung genannten Studien betonen zudem das Zusammenwirken mit anderen Maßnahmen.

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 (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);
- Sachsen (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);
- Niedersachsen;
- Thüringen (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.);

sind in den Gesetzesentwurf **nicht** eingeflossen (*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).

Empirisch nicht belegte „Erfahrungen" (BT-Drs. 19/28444, S. 10) und **Generalverdacht** gegenüber der Ausübung grundrechtlicher Freiheit (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.") vermögen die Geeignetheit der intensiv eingreifenden Ausgangssperre angesichts der Dauer der Pandemie und der faktischen Möglichkeit zur Wissensgewinnung nicht zu begründen.

C.II.3.c)bb) (3) (b) Dauer von 22 Uhr bis 5 Uhr

Die Ausgangssperre zwischen 22 Uhr und 5 Uhr gem. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist wenig effektiv. Bezweckt ist die indirekte Verhinderung nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG unerlaubter Treffen (BT-Drs. 19/28444). Finden solche Treffen statt, werden sie vielfach so abgeschlossen sein, dass ohnedies keine Wege im 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 (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]).

C.II.3.c)bb) (3) (c) Faktische Unkontrollierbarkeit der grundrechtlich gebotenen Ausnahmen

Der Regelung der Ausgangssperre liegt die Annahme zugrunde, dass die Einhaltung der Ausgangssperre anders als die vermuteten Treffen in Innenräumen faktisch besser kontrolliert werden könne (BT-Drs. 19/28444, S. 12). 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 steril Immune eine generelle Ausnahme anerkannt (oben C.I.1.d), 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.

C.II.3.c)bb) (3) (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 (OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021, Rn. 23), 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.

C.II.3.c)bb) (3) (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 (*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).

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 (*Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 11).

Angesichts der **Studienlage** zur Aerosolübertragung (oben C.II.3.c)bb) (3) (a)) 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.

C.II.3.c)bb) (4) Ergebnis

Die Geeignetheit einer Maßnahme unterliegt einer weiten legislativen 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.

C.II.3.c)cc) Erforderlichkeit

Die Maßnahme muss aus grundrechtlicher Sicht erforderlich sein. Die Ausgangssperre ist erforderlich, soweit kein „eindeutig“ (OVG Thüringen, B. v. 18.02.2021 – 3 EN 67/21, Rn. 56) weniger belastendes, ebenso geeignetes Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht. Dabei ist wiederum die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung zu beachten (für die Geeignetheit siehe schon oben C.II.3.c)bb) (1)).

C.II.3.c)cc) (1) Eingriffsintensität der Ausgangssperren

Zur Bestimmung milderer Mittel ist zunächst die 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, Nachtfotografie). 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 Mittel sind alle passgenaueren Maßnahmen mit geringerer Streubreite (zur Ausgangssperre gegenüber Immunen und Geimpften C.I.1.d)). Die Streubreite intensiviert die Eingriffe (*Frederik Ferrau* Ausgebremste Grundrechte, JuWiss v. 14.04.2021 m. w. N.).

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**. So lebt die Beschwerdeführerin zu 6 in der Gemeinde Bad Wildbad im Kreis Calw, die Entfernung zur ebenfalls im Kreis Calw liegenden Stadt Nagold beträgt über 35 km, zur Kreisstadt Calw 24 km. Die Städte Calw und Nagold tragen in den letzten 10 Tagen (Stand 22.04.2021) und weit entfernt von der Beschwerdeführerin zu 11 zu fast 40 % zum Infektionsgeschehen im Landkreis bei.Die Ausgangssperren greifen also **personal und regional undifferenziert** massiv 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.

C.II.3.c)cc) (2) Mildere Mittel, beispielsweise effektive Regulierung des Arbeitslebens

Im Vergleich zum Privatleben hat der Gesetzgeber die Arbeitswelt nach wie vor kaum in die Bekämpfung der Corona-Pandemie einbezogen. Hier sind Maßnahmen möglich, die deutlich weniger invasiv in Grundrechte eingreifen als generelle nächtliche Ausgangssperren für potentiell alle im Bundesgebiet lebenden Personen. 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 (*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). 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 (*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). Zum Vergleich: Private Treffen im Freien hingegen tragen nur 0,03 zum R-Wert bei (ebd., S. 16). Mit anderen Worten untersagt der Gesetzgeber durch die Ausgangssperren zwar Verhaltensweisen zur Nachtzeit, die bereits heute in etwa so ungefährlich sind, wie es Büroräume erst würden, wenn hier eine strenge Maskenpflicht gelten würde. Zugleich nimmt er die etwa um den Faktor 10 gefährlichere Situation des ungeschützten Aufenthalts in Büroräumen ohne konsequente regulatorische Eingriffe hin.

Eine streng durchgesetzte **Home-Office-Pflicht** könnte die Ansteckungsgefahr schon auf den Berufspendelstrecken sowie dann an den Arbeitsstellen drastisch minimieren. Eine Home-Office-Pflicht sieht § 28b Abs. 7 IfSG zwar im Ansatz vor, doch wirkt die Regelung insgesamt inkonsequent und lädt zu Umgehungen geradezu ein. Insbesondere ist diese Pflicht – anders als die nächtlichen Ausgangssperren – nicht durch ein Bußgeld bewehrt. Im Einzelnen:

Diese neue gesetzliche Regelung wurde erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens 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.

Die jüngst novellierte SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar 2021 (BAnz AT 22.01.2021 V1) geändert durch VO v. 14. April 2021 (BAnz AT 15.04.2021 V1) und VO v. 21.04.2021 (BAnz AT 22.04.2021 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 sowie § 22 Abs. 3 ArbSchG können Verstöße des Arbeitgebers gegen die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung mit einem eher niedrigen Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden, sofern die zuständige Behörde dem Arbeitgeber zuvor nach § 22 Abs. 3 ArbSchG konkret aufgegeben hat, den Pflichten aus der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung nachzukommen. Die Home-Office-Pflicht ist damit, anders als die Ausgangssperre, **nicht** selbstvollziehend und auch **nicht** unmittelbar bußgeldbewehrt. Unklar ist, wie gut es um die Kapazitäten der zur Durchsetzung zuständigen Landesbehörden nach § 21 ArbSchG bestellt sein wird. Der Beschwerdeführerin zu 2 liegen jedenfalls eine Reihe von Schriftwechseln mit Behörden vor, die Hinweise auf Verstöße völlig ignorieren. 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).

Die effektive **Durchsetzung der Home-Office-Pflicht** hängt des Weiteren 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 enthält sich hingegen aller Aussagen zur Effektuierung. Sie ist ersichtlich eilig im Rahmen dieses ohnehin eiligen Gesetzgebungsverfahrens eingeführt worden. Es ist nicht ersichtlich, dass die gesetzlichen Vorgaben ähnlich streng wären wie bei der Ausgangssperre.

In Großraumbüros könnten wesentlich weitreichendere **Maskenpflichten** und Hygienekonzepte eingeführt und auch durchgesetzt werden. Die jüngst novellierte Fassung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung 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.

Die am 14. April 2021 in § 5 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung eingeführte und am 21.04.2021 erweiterte „**Testpflicht**“ ist in Wahrheit lediglich eine Verpflichtung der Arbeitgebenden, ihren Beschäftigten wöchentlich zwei Tests „**anzubieten**“, nicht jedoch eine Pflicht, diese auch durchzuführen. Besonders exponierte Beschäftigte bekommen keine weitreichenderen Testangebote mehr (so aber noch § 5 Abs. 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung i. d. F. v. 14.04.2021). Aufgrund möglicher negativer Folgen für den Betrieb wird die Wahrnehmung dieser Testangebote ggf. reduziert (vgl. z. B. die aufgehobene Kündigung wegen der Einhaltung einer Quarantäne, ArbG Köln, U. v. 15.04.2021 – 8 Ca 7334/20, https://www.justiz.nrw/JM/Presse/presse_weitere/PresseL-ArbGs/21_04_2021_/index.php.) 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 weit

weniger grundrechtsinvasiv und persönlichkeitsrelevant als eine angesichts der gegenwärtig hohen Inzidenzzahlen absehbar bundesweite Ausgangssperre für alle auf dem Bundesgebiet ansässigen Personen. Aufgrund dieser bereits offensichtlichen und auch öffentlich breit diskutierten Alternativen ist § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG bereits nicht erforderlich.

Diese leicht möglichen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie könnte die Bunderegierung durch eine auf § 28b Abs. 6 IfSG gestützte Rechtsverordnung innerhalb kürzester Zeit umsetzen. Es fehlt demnach weder an tatsächlichen Regelungsoptionen noch an rechtlichen Spielräumen, diese auch zu implementieren.

C.II.3.c)cc) (3) Jojo-Lockdown bei Inzidenz 100

Nicht erforderlich ist die 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 begründet (vgl. *Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 4.) 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 (BT-Drs. 19/28444, S. 8.). Es bleibt absolut unverständlich, 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. Der Inzidenzwert 100 dient sowohl als Einstiegswert für den Beginn der Ausgangssperre als auch als ihr Ausgangswert. Dass nach kurzfristiger Unterschreitung des Inzidenzwertes 100 alsbald wieder eine Überschreitung eintreten wird, steht wegen der exponentiellen Verbreitung des Virus zu erwarten. Ein **Jojo-Effekt** bei den Ausgangssperren erscheint unvermeindlich (ebenso *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 2).

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

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist daher auch hinsichtlich des Schwellenwertes nicht erforderlich.

C.II.3.c)cc) (4) Zusammenfassung

Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Ausgangssperre ist nicht erforderlich, weil als mildere Mittel eine stärkere und effektivere Regulierung des Arbeitslebens möglich wäre sowie ein vom Inzidenzwert 100 deutlich entfernter Ausstiegswert einen Jojo-Lockdown verhinderte.

C.II.3.c)dd) Angemessenheit

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist darüber hinaus unangemessen.

C.II.3.c)dd) (1) Ausgangssperren grundsätzlich nur als ultima ratio

Die Allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht lässt die Freiheitsbetätigungen der Einzelnen in ihrer Bedeutung unbewertet, weil für jeden Unterschiedliches bedeutsam und Teil der eigenen Persönlichkeitsentfaltung – so ja der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 GG – sein kann. Über die Unterschiedlichkeit der Lebensgestaltungen und individuellen Tages- und Nachtabläufe geht die Ausgangssperre hinweg. Sie beschränkt die freie und spontane Bewegung und den Aufenthalt im Freien nach 22 Uhr. Zudem wird den Einzelnen abverlangt, ihre Tage und Abende so zu planen, dass sie um 22 Uhr nicht mehr unterwegs sein müssen oder sich nurmehr allein bis 24 Uhr körperlich bewegen dürfen. Die Ausgangssperren stellt deswegen einen so intensiven Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit dar, dass sie überhaupt nur als **ultima ratio** (also als letztes Mittel) in Betracht kommen kann.

Ausdruck dieses *ultima ratio*-Prinzips ist § 28a Abs. 2 IfSG, der Ausgangssperren nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässt („erhebliche Gefährdung“ der Eindämmung). Der in § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG einfachgesetzlich ausgedrückte und enthaltene *ultima ratio*-Gedanke ist unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet. Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat in Baden-Württemberg (VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21) und Niedersachsen (OVG Lüneburg, 13 ME 166/21 v. 06.04.2021.) nächtliche Ausgangssperren aufgrund einer offensichtlichen Verletzung des in § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG enthaltenen *ultima ratio*-Prinzips in Eilverfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO außer Vollzug gesetzt.

Momentan ist als milderes Mittel insbesondere an eine noch sehr viel **stärkere Regulierung des Arbeitslebens** durch eine effektive Homeoffice-Pflicht, Maskenpflicht, Testpflicht, Verminderung von Berufspendelverkehr etc. zu denken. Die einseitige Reglementierung des Privatlebens entspricht nicht der grundrechtlichen Vorgabe, Ausgangssperren nur als ultima ratio anzuordnen. Schon aus diesem Grund greift § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG unangemessen in die Allgemeine Handlungsfreiheit ein.

C.II.3.c)dd) (2) Gewichtung der Effektivität und der verfolgten Zwecke

Die Abwägung zwischen Eingriffsintensität des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG und verfolgtem Zweck führt zur Bewertung der Ausgangssperre als unangemessen. Die Ausgangssperre verfolgt das Ziel, private abendliche Kontakte indirekt durch effektive Kontrolle zu reduzieren. Als Mittel des indirekten Infektionsschutz setzen die Maßnahmen nicht unmittelbar am potentiell gefährlichen Kontakt an (VG Aachen, B. v. 23.12.2020 – 7 L 951/20, Rn. 24). Aufgrund der grundrechtlich gebotenen weiten Ausnahmetatbestände ist die Ausgangssperre faktisch jedoch kaum kontrollierbar und damit erwartbar wenig effektiv. Im Lichte des äußerst intensiven Eingriffs in die private Lebensgestaltung der Einzelnen steht ein so geringer Nutzen in keinem Verhältnis zu den grundrechtlichen Kollateralschäden. Die Ausgangssperre ist unangemessen.

Der Beschwerdeführer zu 8 muss sein Leben am Wochenende umstellen und sich in die Gefahr einer Infektion mit dem Coronavirus in seiner Wohngemeinschaft bringen. Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 können sich unter der Woche nicht mehr regelmäßig zum Spaziergang verabreden. Die Beschwerdeführer*innen zu 1, 7, 10 und 12 können faktisch ihre

Mandatsarbeit nicht mehr im gewünschten Umfang wahrnehmen, um beispielsweise der Betreuung ihrer Kinder nachzukommen: Zwar sind die unmittelbar der Mandatsarbeit dienenden Aufenthalte im Freien privilegiert, nicht aber die zugunsten der Mandatsarbeit üblicherweise in die Sperrzeit verschobenen privaten Anliegen, sodass die Mandatsträger*innen unter massivem Druck stehen, ihre Mandatsarbeit möglichst zu verkürzen, um vor 22 Uhr Raum für ihre privaten Anliegen zu schaffen. Sämtliche beschwerdeführenden Personen dürfen sich im Zeitraum zwischen 0 Uhr und 5 Uhr nicht mehr im Freien aufhalten und bewegen. Der Beschwerdeführer zu 10 darf sein dreijähriges Kind nachts nicht mehr außerhalb der Wohnung durch Bewegung und Spaziergänge mit dem Kinderwagen in den Schlaf wiegen, während das Gassigehen mit einem Hund erlaubt ist. Die Beschwerdeführerin zu 9 ist aufgrund ihrer Berufstätigkeit und dem Rhythmus ihrer Kinder auf die Nachtstunden für Bewegung und Sozialkontakte im Freien angewiesen. Die Ausgangssperre hindert sie an der Wahrnehmung nahezu sämtlicher Sozialkontakte. Die Beschwerdeführerin zu 2 erwartet demnächst ihr zweites Kind, dessen Betreuung in den ersten Wochen, in denen das Kind noch keinen Tagesrhythmus hat, möglicherweise besondere nächtliche Aufenthalte im Freien erfordert. Sie wird alsbald besonders intensiv von der Ausgangsbeschränkung betroffen sein.

Besonders schwer wiegen die Eingriffe gegenüber dem immunisierten Beschwerdeführer zu 7. Von ihm geht nach aktuellen Erkenntnissen keine Infektionsgefahr mehr aus. Ein Eingriff in seine Allgemeine Handlungsfreiheit lässt sich nur sozialpräventiv mit der allgemeinen Kontrollierbarkeit der Ausgangsbeschränkungen rechtfertigen. Faktisch dürfte die Ausgangssperre freilich wegen der Unbestimmtheit der Ausnahmetatbestände wie ausgeführt ohnehin kaum kontrollierbar sein.

C.II.3.c)dd) (3) 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 (*Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 1, 4; *Christoph*

Möllers BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 3.), vielmehr dürfte sich ein Jojo-Effekt einstellen (siehe auch bereits oben C.II.3.c)cc) (3)).

Eine Ausgangssperre ist allenfalls dann sachlich einleuchtend und die mit ihr verbundenen gravierenden Eingriffe in die Allgemeine Handlungsfreiheit 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 zum gegenwärtigen Regelungsmodell 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 Akzeptanz in breiten Teilen der Bevölkerung effektuiert (angedeutet bei *Christoph Möllers* BT-Drs. 19(14)323(2), S. 8).

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 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)** mit lediglich noch punktuellen Beschränkungen von Grundrechten zum Ziel hätte, völlig anders zu bewerten. Bei diesem

Inzidenzwert könnte die Pandemie effektiv kontrolliert werden (so die Einschätzung des Robert Koch Institut, ControlCOVID: Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021, 19.03.2021, S. 7: Intensitäts-Stufenkonzept). 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 dem § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG indes nicht zugrunde.

C.II.3.c)dd) (4) Prozedurale Absicherung dynamisierter Wissensverarbeitung durch Befristung

Auch die ungenügende Befristung führt zur Unangemessenheit des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG. Die grundrechtlich gebotene Anpassung an den jeweils aktuellen Wissensstand erfordert eine **Dynamisierung der rechtlichen Vorgaben** (VGH Mannheim, B. v. 05.02.2021 – 1 S 321/21, Rn. 55). 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 befristet die Maßnahmen der „Notbremse“ ab dem Inzidenzwert 100 nun **bis 30. Juni 2021**, also auf etwa zweieinhalb Monate. 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 (BT-Drs. 19/28444, S. 10). Die pauschale Frist bis 30. Juni 2021 ist aus grundrechtlicher Perspektive deutlich zu lang bemessen.

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.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist aufgrund ungenügender prozeduraler Absicherung durch Befristung unangemessen.

C.II.3.c)dd) (5) Ergebnis: Unverhältnismäßigkeit

Befristung sowie die **explizite Regelung gebotener Ausnahmen** stellen eine grundrechtliche Anforderung an die Angemessenheit der Ausgangssperre dar (BVerfG (K), B. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20, Rn. 12). Gleiches gilt für die **Einbettung in ein schlüssiges Gesamtkonzept**, weil sonst ein unendlicher Jojo-Lockdown droht. § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG ist sowohl aufgrund der zu langen Befristung als auch aufgrund eines Verstoßes gegen das ultima-ratio Prinzip sowie aufgrund der Unverhältnismäßigkeit von Zweck und Eingriffsintensität unangemessen. Die durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verursachten Eingriffe in die Allgemeine Handlungsfreiheit sind immens. Sie sind nicht mit dem Ziel eines „Jojo"-Lockdowns auszugleichen. Der Zweck des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG steht in keinem angemessenen Verhältnis zu den intensiven Grundrechtseingriffen. Auch die Güterabwägung führt zu einer Unangemessenheit des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG.

C.II.3.c)ee) 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.

C.II.3.d) Ergebnis

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG der beschwerdeführenden Personen kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

C.II.4. Ergebnis: Grundrechtsverletzung des Art. 2 Abs. 1 GG

Die Ausgangssperre verletzt die beschwerdeführenden Personen zu 1 bis 12 in ihrer Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

C.III. Verletzung der Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Das in § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, greift in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

C.III.1. Eröffnung des Schutzbereichs

Der persönliche Schutzbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist für den Beschwerdeführer zu 3 als natürliche Person eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist ebenfalls eröffnet. Die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt „in gleicher Weise den 'Werkbereich' und den 'Wirkbereich' des künstlerischen Schaffens" (BVerfGE 30, 173 <189>; 67, 213 <224>; 77, 240 <251>; 119, 1 <21>; 142, 74 <96>, Rn. 68). Der Begriff Kunst lässt sich „nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben" (BVerfGE 67, 213 <244 f.>). Kunstwerke sind „interpretationsfähig und interpretationsbedürftig" (BVerfGE 67, 213 <228>).

Gegenstand des Werkbereichs ist die künstlerische Betätigung (BVerfGE 30, 173 <189>, 142, 74 <96, Rn. 68>). Dem Staat ist es untersagt „auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozess vorzuschreiben." (BVerfGE 30, 173 <190>; BVerfGE 31, 229 <238 ff.>).

Vom Werkbereich umfasst ist die nächtliche Fotografie, die der Beschwerdeführer zu 3 regelmäßig ausführt. Bei der Fotografie handelt es sich um eine anerkannte Kunstform, die der Beschwerdeführer zu 3 mit künstlerischem Anspruch, wenn auch nicht beruflich betreibt. Für die künstlerische Fotographie des Beschwerdeführers zu 3 ist gerade die Aufnahmezeit in der Nacht wichtig, um in der Dunkelheit und Dämmerung interessante Kompositionen zu erreichen.

C.III.2. Eingriff

Das Verbot, sich im Zeitraum von 22 Uhr bis 5 Uhr außerhalb der Wohnung aufzuhalten, greift in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 ein.

Sein Verhalten ist nicht nach § 28b Abs. 5 IfSG von den Rechtswirkungen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ausgenommen. Der Beschwerdeführer zu 3 verfolgt mit den Fotografien keine beruflichen Zwecke, er monetarisiert die Fotografien nicht, sein Aufenthalt außerhalb der Wohnung ist daher nicht als berufliche Tätigkeit von der Ausgangssperre nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b IfSG ausgenommen.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. f IfSG nimmt von der Ausgangssperre Aufenthalte und Bewegung im Freien aus, die ähnliche gewichtige und unabweisbare Zwecke verfolgen. Für den Beschwerdeführer zu 3 ist wegen der Unbestimmbarkeit der Auffangausnahme freilich nicht erkennbar, ob sein Anliegen der Nachtfotographie einem „ähnlichen gewichtigen und unabweisbaren Zweck“ im Sinne des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG dient. Auch bei gebotener verfassungskonformer weiter Auslegung des Ausnahmetatbestandes bleibt ihm das Risiko einer Polizeikontrolle, möglicherweise einer zwangsweisen Durchsetzung und eines Bußgeldes. Er trägt das vollständige Subsumtionsrisiko, ob sein Interesse einen anerkennenswerten Zweck nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. f IfSG darstellt.

Dem Beschwerdeführer zu 3 ist wegen der Ausgangssperre in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG die nächtliche Fotografie unmittelbar imperativ und final untersagt, sodass ein Eingriff in den Werkbereich des Beschwerdeführers zu 3 vorliegt.

C.III.3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

C.III.3.a) Schranke

Die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG „ist in ihrer Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit […] vorbehaltlos gewährleistet.“ (BVerfGE 30, 137 <191>; 67, 213 <228>). Ein Eingriff muss daher, um gerechtfertigt werden zu können, den Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang verfolgen. Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz bezweckt mit der Einführung des § 28b IfSG die Erfüllung der Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8.) sowie die Vermeidung von escape-Virusvarianten (ebd, S. 10). 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.

C.III.3.b) Bestimmtheit

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist aufgrund seiner Unbestimmtheit materiell verfassungswidrig (oben C.II.3.b)).

C.III.3.c) Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff in die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG des Beschwerdeführers zu 3 ist unverhältnismäßig.

Der Eingriff durch § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG verfolgt den Zweck Leben und Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (C.V.3.a) unten; C.II.3.c)aa)), er ist moderat geeignet, diesen Zweck zu erfüllen (oben C.II.3.c)bb)).

Der Eingriff in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 ist aber nicht erforderlich (oben C.II.3.c)cc)).

Der Eingriff durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist darüber hinaus unangemessen, der verfolgte Zweck steht außer Verhältnis zur Eingriffsintensität.

Der Eingriff in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 wiegt schwer, da er nicht mehr zu selbstgewählter nächtlicher Uhrzeit außerhalb der Wohnung fotografieren darf. Der Beschwerdeführer zu 3 drückt seine Kunst insbesondere in der Komposition von Objekt, Licht und Wetterverhältnissen aus, die nicht durch ihn beeinflussbar sind (vgl. nur ….)

Bestimmte Licht- und Wetterverhältnisse kann er nur nachts zwischen 22 und 5 Uhr einfangen. Aufgrund der Jahreszeit ist die Dunkelheitsphase auf die Stunden der Ausgangssperre beschränkt. Der Beschwerdeführer hat keine Möglichkeit, auf andere Zeiträume auszuweichen. Durch die Ausgangssperre wird ihm jedwede Möglichkeit genommen, bestimmte Werke zu schaffen. Der Eingriff in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 ist deswegen intensiv.

Vom Beschwerdeführer zu 3 gehen bei der nächtlichen Fotografie allein keinerlei Gefahren für das Infektionsgeschehen aus. Die Wirksamkeit der Ausgangssperre nach § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG, den angestrebten Effekt zu erreichen, das Pandemiegeschehen einzudämmen, ist aufgrund des erwartbaren Jojo-Effekts (oben C.II.3.c)cc) (3)) nur als sehr gering zu bewerten. Dieser erwartete Effekt steht in keinem angemessenen Verhältnis zur Eingriffsintensität in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers. Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in den von der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Werkbereich des Beschwerdeführers zu 3 ist unangemessen.

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 ist unverhältnismäßig.

C.III.3.d) Ergebnis

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG des Beschwerdeführers zu 3 kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

C.III.4. Ergebnis

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verletzt die Kunstfreiheit des Beschwerdeführers zu 3 aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

C.IV. Verletzung der Ehegestaltungsfreiheit, Art. 6 Abs. 1 GG

Das in § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, und das darin enthaltene Gebot, den Tagesablauf ohne Aufenthalt außerhalb der Wohnung in der Nacht zu gestalten, greift in die Ehegestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

C.IV.1. Eröffnung des Schutzbereiches

Der persönliche Schutzbereich der Ehegestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG ist für verheiratete natürliche Personen eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist eröffnet. Art. 6 Abs. 1 GG überlässt es den Ehegatten, „ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten“ (BVerfGE 80,

81 <92>; 103, 89 <101>). Sie ist „im Sinne der klassischen Grundrechte ein Bekenntnis zur Freiheit der spezifischen Privatsphäre für Ehe und Familie“ (BVerfGE 6, 55 <81>) und schützt „die Gestaltung der Privatsphäre in diesem Rahmen den Ehegatten selbst“ (BVerfGE 6, 55 <82>). Geschützt und garantiert ist eine freiheitliche „Sphäre privater Lebensgestaltung, die staatlicher Einwirkung entzogen ist“ (BVerfGE 21, 329 <353>; 107, 27 <53>; vgl. auch BVerfGE 61, 319 <346 f.>, 99, 216 <231>). Art. 6 Abs. 1 GG enthält ein „Grundrecht auf Schutz vor Eingriffen des Staates“ (BVerfGE 62, 323 <331>), es garantiert „als Abwehrrecht die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des ehelichen und familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden“ (BVerfGE 99, 216 <231>). Diese Freiheit umfasst neben der „Entscheidung der Eheleute, zusammenzuwohnen“ (BVerfGE 114, 316 <335>) auch die Entscheidung, in getrennten Haushalten zu wohnen. Geschützt ist dann der gegenseitige Besuch zu jeder Zeit, aber auch der gemeinsame Aufenthalt im Freien und der gemeinsame Sport als Teil des Ehelebens zu jeder Tages- und Nachtzeit.

C.IV.2. Eingriff

Die Ausgangssperre verhindert den nächtlichen Weg zum in anderer Wohnung lebenden Ehepartner und enthält auch keine Ausnahme für solche Besuche, anders als etwa § 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). Die Ausnahme in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG 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.

C.IV.3. Rechtfertigung

Der Eingriff in die Ehegestaltungsfreiheit kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, weil er unverhältnismäßig ist. Insbesondere ist der zu erwartende Nutzen der Ausgangssperre ausgesprochen gering, während der Eingriff in die Ehegestaltungsfreiheit intensiv ist.

C.V. Verletzung des Familiengrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG

Das in § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, und das darin

enthaltene Gebot, den Tagesablauf so zu planen, dass ein Aufenthalt außerhalb der Wohnung in der Nacht nicht erfolgt, greift in die Familiengestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11, des Beschwerdeführers zu 4 sowie der Beschwerdeführerin zu 12 ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

C.V.1. Eröffnung des Schutzbereiches

Der persönliche Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist für die Beschwerdführerin zu 6 und den Beschwerdeführer zu 11, den Beschwerdeführer zu 4 sowie die Beschwerdeführerin zu 12 eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist eröffnet. Die Familiengestaltungsfreiheit verpflichtet den Staat, die „Familiengemeinschaft sowohl im immateriell-persönlichen als auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich als eigenständig und selbstverantwortlich zu respektieren“ (BVerfGE 33, 236 <238>; 51, 386 <398>; 53, 257 <296>; 61, 319 <347>; 99, 216 <231>). „Als Freiheitsrecht verpflichtet Art. 6 Abs. 1 GG den Staat, Eingriffe in die Familie zu unterlassen“ (BVerfGE 80, 81 <92>; 103, 242 <257) und „die Einheit und Selbstverantwortlichkeit der Familie zu respektieren und zu fördern“ (BVerfGE 51, 386 <398>; 24, 119 <135>; vgl. auch BVerfGE 10, 59 <83 ff.>; 17, 38 <50>). Der Familienbegriff des Grundgesetzes umfasst neben der „Lebens- und Erziehungsgemeinschaft“ (BVerfGE 80, 81 <90>) auch die „Begegnungsgemeinschaft“ (BVerfGE 80, 90 f.), also auch familiäre Beziehungen zu Personen, die nicht im gleichen Haushalt leben. Es ist „nicht maßgeblich, ob die Kinder von den Eltern abstammen“, vielmehr ist der Bezug zu einer Gemeinschaft erforderlich (BVerfGE 108, 82 <112>, 18, 97 <105 f.>). Jedes Familienmitglied kann das Grundrecht gegenüber eine „die eheliche oder familiäre Gemeinschaft berührenden verwaltungsbehördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Entscheidung“ geltend machen (BVerfGE 76, 1 <44 f.>). Vom Schutzbereich umfasst sind alle Verhaltensweisen, die einen Familienbezug aufweisen. Dazu gehören auch die Tagesplanung sowie nächtliche Spaziergänge und Fahrten mit oder zu Angehörigen der Familie.

Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 leben in einer festen Paarbeziehung, wohnen jedoch etwa 30 Minuten Autofahrt voneinander entfernt. Beide beschwerdeführenden Personen sind voll berufstätig und als Mitarbeiterin in einer Klinik sowie als Steuerberater durch die Corona-

Pandemie besonders belastet. Sie sehen sich regelmäßig in den Abendstunden. Die 16-jährige Tochter der Beschwerdeführerin zu 6 lebt in ihrem Haushalt. Der Beschwerdeführer zu 11 nimmt am Familienleben der Beschwerdeführerin zu 6 und ihrer Tochter teil, insbesondere mit häufigen Besuchen und spätabendlichen Spaziergängen. Feiern wie das Weihnachtsfest werden gemeinsam begangen. Es besteht eine familiäre Bindung zur Beschwerdeführerin zu 6 und ihrer Tochter.

Auch die Beziehung der Beschwerdeführerin zu 12 zu ihren Eltern und ihrer in einem anderen Haushalt lebenden Tochter ist nach den geschilderten Maßstäben vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst.

Der Beschwerdeführer zu 4 hat eine familiäre Beziehung zu seiner 94jährigen Oma, die er regelmäßig besucht.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ist für die beschwerdeführenden Personen zu 4, 6, 11 und 12 eröffnet.

C.V.2. Eingriff

Die Ausgangssperre in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. greift in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie der Beschwerdeführerin zu 12 ein. Die Wahrnehmung ihrer familiären Begegnungen wird durch die Ausgangssperre erschwert. Die Ausnahme des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. e IfSG betrifft den Beschwerdeführer zu 11 auf seinen Wegen zur und von der Beschwerdeführerin zu 6 und ihrer Tochter nicht, denn er hat weder Betreuungs- noch Umgangsrecht für die Tochter der Beschwerdeführerin zu 6. Da er aufgrund der Entfernung auf ein Auto angewiesen ist, kommt ihm auch die Ausnahme des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. g IfSG bei der Grundrechtsausübung nicht entgegen. Ob sein von der Familiengestaltungsfreiheit geschütztes Interesse, die Beschwerdeführerin zu 6 und ihre Tochter zu besuchen, von der Ausnahme des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. f IfSG umfasst ist, ist aufgrund der Unbestimmtheit der Norm nicht im Vorhinein erkennbar. Die regelhaft stattfindenden Polizeikontrollen zur Einhaltung der Pandemiemaßnahmen im räumlichen Umfeld des Beschwerdeführers zu 11 bringen ihn absehbar in die Situation, seine Grundrechtsausübung rechtfertigen zu müssen. Die Entscheidung der Polizei, ob seine Grundrechtsausübung von der Ausnahme umfasst ist oder nicht, ist für ihn nicht vorhersehbar. Durch die Ausgangssperren wird der Beschwerdeführer zu 11 daran gehindert, die Beschwerdeführerin zu 6 und ihre Tochter

zu besuchen. Die Ausgangssperre greift damit in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführenden zu 6 und zu 11 ein.

Auch in die Gestaltung Familienleben der Beschwerdeführerin zu 12 und die Beziehung zu ihren Eltern sowie ihrer erwachsenen Tochter wird durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG eingegriffen. Die aufgrund der umfassenden Berufs- und Mandatstätigkeit regelmäßig in den Nachtstunden stattfindenden Besuche müssen vorher beendet werden oder können nicht stattfinden.

Zwar darf sich der Beschwerdeführer zu 4 auf dem Weg zu seiner Großmutter zu Zwecken der „unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen“ gem. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. d IfSG auch in den Nachtstunden außerhalb einer Wohnung aufhalten. Nicht jeder Besuch ist aber „unaufschiebbar“, und ob die Polizei bei einer Kontrolle stets glaubt, dass die Oma „unterstützungsbedürftig“ sei, ist unklar, sodass § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG den Beschwerdeführer zu 4 an der eigenverantwortlichen Gestaltung seines Familienlebens hindert, also in seine in Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familiengestaltungsfreiheit eingreift.

C.V.3. Rechtfertigung

Der Eingriff verletzt die Familiengestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie die Beschwerdeführerin zu 12. Der Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

C.V.3.a) Gesetzesvorbehalt: Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang

Die Familiengestaltungsfreiheit in Art. 6 Abs. 1 GG ist vorbehaltlos gewährt (BVerfGE 24, 119 <135>; 31, 58 <68 f.>). Ein Eingriff muss daher, um gerechtfertigt werden zu können, den Schutz eines Rechtsgutes von Verfassungsrang verfolgen. Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz bezweckt mit der Einführung des § 28b IfSG die Erfüllung der Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/28444, S. 8.) sowie die Vermeidung von escape-Virusvarianten (ebd, S. 10). 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.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist freilich aufgrund seiner Unbestimmtheit materiell verfassungswidrig (oben C.II.3.b)).

C.V.3.b) Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 ist unverhältnismäßig. Er kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Ein Eingriff ist verhältnismäßig, wenn er geeignet, erforderlich und angemessen ist den angestrebten Zweck zu erfüllen.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verfolgt den Zweck Leben und Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (C.V.3.a) oben; C.II.3.c)aa))

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist moderat geeignet, den Zweck zu erfüllen (oben C.II.3.c)bb)).

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist aber nicht erforderlich (oben C.II.3.c)cc)).

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie der Beschwerdeführerin zu 12 ist nicht angemessen. Das Familienleben unter der Woche wird durch die Ausgangssperre aufgrund der Berufstätigkeit des Beschwerdeführers zu 11 und der Beschwerdeführerin zu 6 praktisch verunmöglicht. Der Eingriff in die Familiengestaltungsfreiheit ist daher als sehr schwerwiegend zu betrachten. Die fehlende Befristung (oben C.II.3.c)dd) (4)) und der absehbare „Jojo"-Effekt (oben C.II.3.c)cc) (3)) des § 28b Abs. 1 IfSG intensivieren den Eingriff weiter. Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 können nicht absehen, wann sie wieder ein Familienleben nach ihren Vorstellungen leben können.

Auch die Beschwerdeführerin zu 12 ist intensiv in ihrer Familiengestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG betroffen. Sie kann die wichtigen Beziehungen zu ihren Eltern und ihrer Tochter in Art und Weise sowie Umfang nicht mehr selbstbestimmt pflegen.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift zudem intensiv in die Familiengestaltungsfreiheit des Beschwerdeführers zu 4 ein. Er kann nicht mehr zu selbstgewählten Zeitpunkten und aus selbstgewählten Gründen seine Großmutter besuchen. Die

Ausnahme des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. d IfSG vermindert den Eingriff nur unerheblich, denn der Beschwerdeführers zu 4 trägt die Rechtsfertigungslast und das Subsumtionsrisiko, ob eine „unaufschiebbare Betreuung“ bei einer Kontrolle auch wirklich anerkannt wird. Dieses Risiko kann ihm nicht zugemutet werden. Die Ausgangssperre belastet ihn besonders schwer, da seine Großmutter hochbetagt und pflegebedürftig ist.

An den Wochenenden ist ein Familienleben möglich, sodass der Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) der Familiengestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht angetastet wird. Der Eingriff ist aber so intensiv, dass er nur als *ultima ratio* (oben C.II.3.c)dd) (1)) bestehen kann. Diese Anforderungen erfüllt § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG nicht.

Aufgrund der geringen Geeignetheit der Ausgangssperren als Maßnahme des indirekten Infektionsschutzes (oben C.II.3.c)bb) (3)), der Unkontrollierbarkeit der Maßnahme (oben C.II.3.c)bb) (3) (c)) und der Ausrichtung des § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG an einer Inzidenz von 100 ist das Gewicht der Ausgangssperren zur Rechtfertigung von Eingriffen gering. Der erwartete Effekt der Maßnahme steht außer Verhältnis zum intensiven Eingriff in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11, des Beschwerdeführers zu 4 sowie der Beschwerdeführerin zu 12, er ist daher unangemessen.

Der Eingriff in die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11, des Beschwerdeführers zu 4 sowie der Beschwerdeführerin zu 12 durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist unverhältnismäßig. Er ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

C.V.3.c) Ergebnis

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verletzt die Familiengestaltungsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie der Beschwerdeführerin zu 12.

C.VI. Verletzung des Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m Art. 1 Abs. 1 GG

Das in § 28a Abs. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, und das darin enthaltene Gebot, den Tagesablauf so zu planen, dass ein Aufenthalt außerhalb der

Wohnung in der Nacht nicht erfolgt, greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

C.VI.1. Eröffnung des Schutzbereiches

Der persönliche Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist für die natürlichen Personen der Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 7 und zu 11 eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sichert die Grundbedingungen dafür, „dass die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann“ (BVerfGE 141, 186 <201 f.>). Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet „Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen“ (BVerfGE 99, 185 <193>; 101, 361 <380>; 153, 182 <260>; 120, 274 <303> m. w. N.; auch schon 54, 148 <153>). Die Gewährleistung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes schließt Lücken, „zu denen es im Zuge […] gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann“ (BVerfGE 120, 274 <303>). Aufgrund gesellschaftlichen Wandels nehmen heute feste Partnerschaften konstitutive Bedeutung und Funktion für die Lebensgestaltung und -planung ein, die früher insbesondere der in Art. 6 Abs. 1 GG besonders geschützten Ehe zukam. Diese besonders persönlichkeitsrelevante Beziehung zu einer anderen Person erfährt keinen spezialgrundrechtlichen Schutz. Sie ist für die grundrechtsberechtigten Personen von hoher Bedeutung. Feste partnerschaftliche Beziehungen nehmen konstituierende Bedeutung für Grundrechtssubjekte ein. „Zu der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten freien Persönlichkeitsentfaltung gehört das Recht jedes Menschen, mit einer Person seiner Wahl eine dauerhafte Partnerschaft einzugehen“ (BVerfGE 128, 109 <125>) und auszuüben (*Ute Sacksofsky* Autonomie und Fürsorge, KJ 54 <2021>, 47–61 <53>). Der Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes umfasst auch die „Aspekte des Geschlechtslebens“ (BVerfGE 138, 377 <387>, Rn. 29).

Die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 leben seit mehreren Jahren in einer festen Paarbeziehung. Das Interesse ihre Beziehung zu

pflegen und zu begehen ist vom Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.

Auch das Interesse des Beschwerdeführers zu 7 an abendlichen Treffen mit einer Frau ist vom Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.

C.VI.2. Eingriff

Die Ausgangssperre des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 ein.

Aufgrund der umfassenden Berufstätigkeit der Beschwerdeführenden zu 6 und zu 11 können sich die beiden werktags nur in den Abendstunden sehen. Die Distanz ist nur mittels einer ca. 30-minütigen Autofahrt zu überbrücken. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG untersagt ihnen diese Autofahrt zwischen 22 Uhr bis 5 Uhr. Ihr Interesse an räumlicher Nähe wird nicht durch eine explizite Ausnahme in § 28b Abs. 1 Nr. 1 lit. a–e, g IfSG anerkannt. Die Unbestimmtheit des § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. g IfSG ermöglicht ihnen keine sichere Vorhersage, ob ihr Interesse an grundrechtlich geschützter räumlicher und körperlicher Nähe vergleichbar ist mit „der Versorgung von Tieren“ (lit. d) oder „medizinisch unaufschiebbaren Behandlungen“. Die regelhaft stattfindenden Polizeikontrollen der Einhaltung der Pandemiemaßnahmen im räumlichen Umfeld des Beschwerdeführers zu 11 bringen ihn und die Beschwerdeführerin 6 in die Situation, ihre Grundrechtsausübung rechtfertigen zu müssen. Die Entscheidung der Polizei, ob seine Grundrechtsausübung von der Ausnahme umfasst ist, ist für sie nicht vorhersehbar. Durch die Ausgangssperren werden die Beschwerdeführerin zu 6 und der Beschwerdeführer zu 11 daran gehindert, sich gegenseitig zu besuchen. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers zu 11 und der Beschwerdeführerin 6 ein.

Auch der Beschwerdeführer zu 7 wird am Umgang mit einer Frau durch die Ausgangssperre gehindert. Die § 28b Abs. 1 Nr. 2 GG greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers zu 7 ein.

C.VI.3. Rechtfertigung

Der Eingriff verletzt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie des Beschwerdeführers zu 7, denn der Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

C.VI.3.a) Gesetzesvorbehalt

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG kann „durch Gesetz unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden“ (BVerfGE 90, 263 <271>; 65, 1 <44>; 79, 256 <269>). „Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bestehen für das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Vergleich zum Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit erhöhte Rechtfertigungsanforderungen“ (BVerfGE 153, 182 <267>).

C.VI.3.b) Bestimmtheit der Norm

Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeit „bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Einzelnen erkennbar ergeben“ (BVerfGE 120, 224 <239>). § 28b Abs. 1 IfSG genügt diesem besonderen Bestimmtheitsgebot ersichtlich nicht, da die Norm schon das allgemeine Bestimmtheitsgebot verletzt (C.II.3.b)).

C.VI.3.c) Verhältnismäßigkeit

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verfolgt den Zweck, Leben und Gesundheit sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (C.V.3.a) oben; C.II.3.c)aa)) zu schützen sowie die Entwicklung von escape-Varianten zu verhindern.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist moderat geeignet, diesen Zweck zu erfüllen (oben C.II.3.c)bb)).

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht erforderlich (oben C.II.3.c)cc)).

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m Art. 1 Abs. 1 GG ist auch nicht angemessen.

Der Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin zu 6, des Beschwerdeführers 7 sowie zu 11 betrifft hochpersönliche Bereiche, die konstitutiv für die Persönlichkeit und das Wohlergehen der beschwerdeführenden Personen sind. Die Ausgangssperre greift in existentielle Bereiche ihres Lebens ein.

Aufgrund ihrer sozialen und beruflichen, zum Teil durch die Pandemie besonders verschärften, Situation sind die beschwerdeführenden Personen auf Mobilität in den Abend- und Nachtstunden angewiesen. Die Ausgangssperre in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verhindert oder erschwert der Beschwerdeführerin zu 6 und dem Beschwerdeführer zu 11 die Gestaltung ihrer Partnerschaft.

Für den Beschwerdeführer zu 7 verhindert sie die Gestaltung seines Privat- und Intimlebens. Aufgrund seiner vielfältigen Mandatspflichten und seiner anwaltlichen Tätigkeit ist er auf die Abend- und Nachtstunden angewiesen, um seine privaten und intimen Beziehungen zu pflegen.

Aufgrund der hohen Persönlichkeitsrelevanz sind die Anforderung an die Verhältnismäßigkeit der Ausgangssperre besonders streng (oben C.VI.3.a)). Das nächtliche Zusammensein der Beschwerdeführerin zu 6 und des Beschwerdeführers zu 11 sowie des Beschwerdeführers zu 7 mit einer Frau ist für sich genommen nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG erlaubt, nur eben nicht der Weg zu solchem Zusammensein. Der Grund für das Verbot von Wegen in den Abend- und Nachtstunden liegt in der Vermutung, dass so verbotene private Treffen besser kontrolliert werden können. An der Situation der beschwerdeführenden Personen zu 7 zeigt sich, dass auch an sich erlaubte Treffen verhindert werden. Damit wird neuerlich die große Streubreite der Ausgangssperre deutlich.

Die nur geringe Effektivität der Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung erlaubt nicht, den schweren Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer zu 6, 7 und 11 zu rechtfertigen. Der Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG steht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck der Pandemiebekämpfung, zumal ein Jojo-Effekt zu erwarten steht, der die schwerwiegenden Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf absehbare Zeit würde fortbestehen lassen (dazu oben C.II.3.c)cc) (3)).

Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführerin zu 6, des Beschwerdeführers zu 7 und des Beschwerdeführers zu 11 ist unangemessen, also unverhältnismäßig.

C.VI.3.d) Ergebnis

Der Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit der Beschwerdeführenden zu 6, 7 und 11 durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG verletzt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG der Beschwerdeführerin zu 6, des Beschwerdeführers 7 und des Beschwerdeführers zu 11.

C.VII. Verletzung der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Das in § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Verbot, die Wohnung und das befriedete Besitztum zwischen 22 Uhr und 5 Uhr zu verlassen, greift **nicht** in die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ein.

C.VII.1. Eröffnung des Schutzbereichs

Der persönliche Schutzbereich der Freiheit der Person des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist für alle beschwerdeführenden Personen als natürliche Personen eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG „schützt die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen“ (BVerfG, B. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11, Rn. 221; BVerfGE 94, 166 <198>). Im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG liegt eine „Freiheitsbeschränkung nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen und sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist oder diesen zu verlassen“ (BVerfG, B. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11, Rn. 221; BVerfGE 149, 293 <319>, Rn. 67). Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt also vor „kurzfristige[r] Aufhebung der physischen Bewegungsfreiheit“ (*Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.) GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2, Rn. 102.)

Demgegenüber liegt eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG nur dann vor, „wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin

nicht nur kurzfristig aufgehoben wird“ (BVerfG, B. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11, Rn. 222; BVerfGE 94, 166 <198>; 105, 239 <248>).

Auch der Schutzbereich des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG umfasst die „Freiheit der Person“. Freiheitsentziehungen sind ein Unterfall der Freiheitsbeschränkungen und grenzen sich „nach der Intensität des Eingriffs voneinander“ ab (BVerfGE 149, 293 <319>, Rn. 67).

Nächtliche Ausgangsperren wurden vereinzelt als Freiheitsentziehung angesehen (*Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7; *Andrea Edenharter* Freiheitsrechte ade?, Verfassungsblog v. 19.03.2020), häufiger jedoch als Freiheitsbeschränkung eingeordnet, weil sie „eine selbstständige (nicht nur mittelbare) Pflicht zum Verbleiben an einem bestimmten Ort (in der häuslichen Wohnung)“ darstellten (*Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 8 (Zitat); *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 5).

C.VII.2. Eingriff

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 S. 1 Nr. 2 IfSG enthaltene Regelung an sich entfaltet keinen unmittelbar *körperlich* wirkenden Zwang. Eine lediglich *psychische* Zwangswirkung könnte hier durch die Androhung eines Bußgeldes entstehen. Würde dies ausreichend, wäre bereits in der gesetzlichen Anordnung der Ausgangssperre ein Eingriff in die Freiheit der Person zu sehen (So wohl *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 5 mit Fn. 2.). 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 (im Ergebnis so für die elektronische Fußfessel BVerfG, B. v. 01.12.2020 – 2 BvR 916/11, Rn. 321 f.). Die bloße Androhung eines Bußgeldes stellt demnach keine Eingriff in die Freiheit der Person dar.

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.**

C.VII.3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nähme man, anders als hier vertreten, einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG an, wäre der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG nicht zu rechtfertigen (so im Ergebnis *Andrea Kießling* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(6), S. 8; *Thorsten Kingreen* BT-Drs. 19(14)323(19), S. 7 und *Christoph Möllers* BT-Ausschussdrs. 19(14)323(2), S. 5.).

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. Der Eingriff des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG würde jedoch unmittelbar „durch“ Gesetz erfolgen. Der Eingriff in die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wäre verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Er wäre darüber hinaus nicht erforderlich (oben C.II.3.c)cc)) und unangemessen (C.II.3.c)dd)), also unverhältnismäßig.

§ 28b Abs. 2 S. 2 GG beinhaltete eine Grundrechtsverletzung der Freiheit der beschwerdeführenden Personen aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

C.VIII. Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG

§ 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG verletzt zudem den spezifischen Bestimmtheitsgrundsatz für Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten aus Art. 103 Abs. 2 GG. Sie ist zunächst einschränkend auszulegen, doch auch die eingeschränkt ausgelegte Norm genügt nicht den besonderen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots.

C.VIII.1. Notwendigkeit der einschränkenden Auslegung

Die Norm bedroht mit einem Bußgeld von 25.000 Euro eine Person, die

> *entgegen § 28b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2* ***erster*** *Halbsatz sich außerhalb einer Wohnung, einer Unterkunft oder des jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztums aufhält*

(Hervorhebung nur hier)

Bußgeldbedroht ist also nach dem Wortlaut des Bußgeldtatbestandes jeder Aufenthalt außerhalb einer Wohnung etc., selbst wenn er nach den Ausnahmetatbeständen des § 28b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 **zweiter** Halbsatz IfSG privilegiert und damit zulässig ist. Das wäre widersinnig, denn damit würde die Ordnungswidrigkeit weiter reichen als das Verbot, an das sie anknüpft. Die Verweisung lediglich auf den ersten Halbsatz dürfte demnach als Redaktionsversehen anzusehen sein. Bereits dies rückt indes den Bußgeldtatbestand aus der Perspektive des Bestimmtheitsgebots in Zweifel.

C.VIII.2. Unbestimmtheit auch der eingeschränkt ausgelegten Norm

Legt man den Bußgeldtatbestand (einschränkend) so aus, dass er nicht jeden Aufenthalt erfasst, sondern nur solche Aufenthalte, die „entgegen“ der eigentlichen Ausgangssperre einschließlich der im zweiten Halbsatz des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 geregelten Ausnahmen stattfinden, so werden die Ausnahmetatbestände des § 28b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 zweiter Halbsatz IfSG über die Verweisung „entgegen“ zu negativen Tatbestandsmerkmalen des Bußgeldtatbestandes.

Der so aus der grundsätzlichen Ausgangssperre des ersten Halbsatzes und den in lit. a bis g des zweiten Halbsatzes geregelten Ausnahmen konstituierte Bußgeldtatbestand entspricht aber auch in dieser angepassten Form nicht den Bestimmtheitsanforderungen an Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber unter anderem dazu, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 47, 109 <12> m.w.N.; 55, 144 <152>, BVerfGE 71, 108 <114>). Gleiches gilt für Bußgeldtatbestände (BVerfGE 71, 108 <114>).

Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe oder der Auferlegung eines Bußgeldes bedroht ist. Im Zusammenhang damit soll andererseits sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit oder die Bußgeldvoraussetzungen entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, über die Voraussetzungen einer Bestrafung oder der Auferlegung eines Bußgeldes selbst zu entscheiden (BVerfGE 71, 108 <114>).

Diesem strengen Maßstab genügt § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG ersichtlich nicht. Dies wird besonders deutlich, wenn man den offenbar als Auffangtatbestand angelegten lit. f an dem zitierten Maßstab misst. Danach verstoßen Aufenthalte außerhalb einer Wohnung nicht gegen die Ausgangssperre,

> *die folgenden Zwecken dienen: […]*
>
> *f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken […]*

Oben C.I.1.c)bb) wurde bereits gezeigt, dass dieser Auffangtatbestand als solcher einer Subsumtion kaum zugänglich ist, weil die in lit. a bis e und lit g geregelten Gründe höchst disparat sind, sodass sich ein Vergleichsmaßstab für „ähnlich“ gewichtige Zwecke schlicht nicht gewinnen lässt. Umso mehr gilt dies für den daran anknüpfenden Bußgeldtatbestand: Ordnungswidrig ist letztlich ein Aufenthalt, der keinem „unabweisbaren“ Zweck dient, der ähnlich gewichtig ist wie Gassigehen oder die Begleitung Sterbender. Wann dies der Fall sein mag, werden selbst Gerichte höchst unterschiedlich einschätzen; „jedermann“ wird es fraglos nicht vorhersehen können, wie es Art. 103 Abs. 2 GG verlangt. Umso weniger hat hier der Gesetzgeber darüber entschieden, welches Verhalten mit einem Bußgeld bedroht ist. Im Gegenteil delegiert die Norm an die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt, über die Auferlegung eines Bußgeldes selbst zu entscheiden – genau diejenige Regelungstechnik also, die Art. 103 Abs. 2 GG

nach der Rechtsprechung des angerufenen Gerichts (BVerfGE 71, 108 <114>, siehe oben) verhindern will.

D. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Neben der Hauptsache ist auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begründet.

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei gelten für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der insoweit grundsätzlich maßgeblichen Folgenabwägung strenge Maßstäbe (vgl. BVerfGE 71, 158 <161>; 88, 185 <186>; 91, 252 <257 f.>; 111, 147 <152 f.>; stRspr).

Danach führt die im Rahmen der Entscheidung nach § 32 Abs. 1 BVerfGG vorzunehmende Folgenabwägung (vgl. BVerfGE 71, 158 <161>; 88, 185 <186>; 91, 252 <257 f.>; stRspr) hier zu dem Ergebnis, dass die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Gründe überwiegen. Denn die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache ist aus den oben näher ausgeführten Gründen offensichtlich zulässig und begründet.

Doch auch wenn man die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen ansähe, ergäbe sich nichts anderes. Denn bei offenem Ausgang muss das Bundesverfassungsgericht die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre. Dabei ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, wenn eine gesetzliche Regelung außer Kraft gesetzt werden soll (BVerfG, Beschluss vom 8. November 1994 – 1 BvR 1814/94 – NJW 1995, S. 41 <42>).

Die so eröffnete Folgenabwägung ergibt hier, dass die Nachteile einer Fortgeltung des § 28b Abs. 2 Nr. 2 IfSG die Nachteile einer Aussetzung überwiegen:

Bleibt die Norm während des Verfahrens in der Hauptsache – und damit voraussichtlich bis zum Ende der pandemiebedingten Notlage im Laufe des Jahres 2021 – in Vollzug, so müssen alle in Deutschland in einem Hochinzidenzgebiet im Sinne des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG lebenden Menschen zwischen 22 Uhr und

5 Uhr drastische Einschränkungen ihrer Grundrechte hinnehmen. Insbesondere gilt das für die antragstellenden Personen aus den Gründen, die im Kontext der Argumentation in der Hauptsache oben im Einzelnen dargestellt wurde. Diese durch die Fortgeltung der Norm beeinträchtigten Interessen der antragstellenden Personen sind als zeitlich gebundene Freiheitsverluste auch nicht im Nachhinein zu kompensieren. Auf das Pandemiegeschehen wird die Ausgangssperre indes allenfalls moderaten Einfluss haben (vgl. oben C.II.3.c)bb) (3) (a)).

Dem gegenüber stehen nur geringe Nachteile der Außervollzugsetzung der Norm. Sowohl die bundesweit geltende „Notbremse“ des § 28b IfSG im Übrigen als auch die bereits bestehenden Bekämpfungsverordnungen der Länder entfalten nach § 28b Abs. 5 IfSG weiterhin Rechtswirkung. Die negative Wirkung der Außervollzugsetzung des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist begrenzt, da die Ausgangssperre wie ausgeführt ohnehin nur eine sehr begrenzte antipandemische Wirkung zeigen dürfte. Vor allem aber hätte es nicht nur der parlamentarische Gesetzgeber jederzeit in der Hand, anstelle der Ausgangssperre im Jojo-Lockdown wirksamere Maßnahmen treten zu lassen. So könnte auch die Bundesregierung binnen kürzester Frist ein etwa entstehendes oder auch nur angenommenes Defizit bei der Kontaktreduktion durch eine Verordnung auf der Grundlage des § 28b Abs. 6 IfSG kompensieren, indem zielgerichtete Maßnahmen ergriffen werden, die eine dauerhafte Kontrolle des Infektionsgeschehens herbeiführen.

Die angegriffenen Normen sind daher gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug zu setzen.

Flensburg, den 24. April 2021

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