

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Joachim Scherer, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat a. D., Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

# 10b

20-  
Seite 1–5  
40. Jahrgang  
5. Mai 2021

Professor Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler\*

## Ausgangssperren zur Pandemiebekämpfung?

### Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Verhältnismäßigkeit in Zeiten von Corona

Man muss nicht in Panik verfallen, aber die Lage ist ernst. Das Corona-Virus verbreitet sich rasant; die Zahl der Neuinfektionen steigt immer stärker. Das ist Grund zur Sorge. Natürlich muss die Politik handeln. Inzwischen entwickeln sich nächtliche Ausgangssperren zum selbstverständlichen Mittel der Pandemiepolitik. In einigen Bundesländern und zahlreichen Landkreisen sind sie schon angeordnet. Der neu verabschiedete § 28 b des Infektionsschutzgesetzes sieht Ausgangssperren als ein wichtiges Instrument gegen die Verbreitung des Virus vor. Aber lässt die Verfassung Ausgangssperren überhaupt zu? Immerhin sind sie nicht nur harte Eingriffe in Grundrechte der Bürger. Sie verändern auch wichtige Rahmenbedingungen, die eine funktionierende Demokratie braucht. Damit beschäftigt sich der Beitrag.

Der gedruckte Beitrag wird am 15.05.2021 erscheinen in NVwZ 2021, 670.

#### I. Ausgangssperren als Mittel der Politik

Seit Beginn der Corona-Pandemie haben sich Ausgangssperren<sup>1</sup> zu einem breit eingesetzten politischen Instrument auch in Europa entwickelt.<sup>2</sup> Auch in Deutschland haben Behörden immer wieder Ausgangssperren verhängt.<sup>3</sup> Die aktuelle Novelle des Infektionsschutzgesetzes<sup>4</sup> sieht in § 28 b I Nr. 2 vor, dass eine Ausgangssperre in Kraft tritt, wenn eine spezielle 7-Tage-Inzidenz für drei Tage überschritten wird.

Ausgangssperren sind schon lange ein probates Mittel der Politik – in Diktaturen<sup>5</sup> und autoritären Regimen. Sie dienen dazu, das Verhalten der Bevölkerung unter Kontrolle zu bringen. Letztlich zerstören sie das öffentliche Leben und behindern Kontakte und Kommunikation zwischen den Bürgern. Wer demokratischen Widerstand brechen will, muss verhindern, dass sich das Volk draußen trifft, versammelt und organisiert. Deshalb sind sie gut geeignet, um autoritäre Staatsmacht zu sichern. In Demokratien sind sie – aus guten Gründen – eher verpönt. Vor diesem Hintergrund ist es irritierend, dass in Deutschland – und in anderen europäischen Staaten – Ausgangssperren verhängt werden.

#### II. Öffentliches Leben und Demokratie

Ausgangssperren greifen in zahlreiche Grundrechte ein. Diesen Grundrechten ist gemeinsam, dass sie in ihrer Summe das öffentliche Leben gegen staatliche Eingriffe schützen sollen. Wenn Ausgangssperren verhängt werden, geht es also nicht nur um die individuelle Lebensqualität der Bürger, sondern auch um die Grundlagen der Demokratie.

#### 1. Grundrechtsschutz des Individuums

Staatliche Ausgangssperren betreffen zahlreiche Grundrechte.<sup>6</sup> Auf den ersten Blick einschlägig sind das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit in Art. 2 II 2 GG und das Grundrecht der Freizügigkeit in Art. 11 I GG. Denn die Ausgangssperren halten die Bürger in ihrer Wohnung fest und hindern sie, sich frei zu bewegen. Gleichzeitig beschränkt die Ausgangssperre auch die körperlichen Sozialkontakte stark. Das ist zusätzlich ein schwerwiegender Eingriff in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG.<sup>7</sup> Auch das Familienleben (Art. 6 I GG), die Glaubensfreiheit (Art. 4 I GG) und die Ausübung des Berufs (Art. 12 I GG) können betroffen sein.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Rechtstheorie, Informations- und Telekommunikationsrecht an der Carl-von-Ossietzky-Universität Oldenburg.

1 Der verharmlosende Begriff der Ausgangsbeschränkung verstellt nur den Blick dafür, wie gravierend die praktizierten Maßnahmen in Deutschland sind. Anders aber *VGH München*, NJW 2021, 178 (179), der aber sehr auf die Wortlautauslegung abhebt. Sehr kritisch dazu *Kießling*, NJW 2021, 182 (183).

2 Zu einem Überblick über die globale Pandemie-Politik *Baldwin*, *Fighting the First Wave: Why the Coronavirus Was Tackled So Differently Across the Globe*, 2021.

3 *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9 a 2020, 1, 2 f. mwN.

4 Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22.4.2021, BGBl. I 2021 Nr. 18, 802.

5 Auf ein Beispiel aus der Nazi-Diktatur weist *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (679) Fn. 7 hin.

6 *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9 a 2020, 1, 10 mwN.

7 *Schmitt*, NJW 2020, 1626 (1627).

## 2. Demokratierelevanz des öffentlichen Lebens

Die von Ausgangssperren betroffenen Grundrechte sind wichtige individuelle Freiheitsrechte. Sie sind zentrale Bausteine der persönlichen Lebensqualität in einem freiheitlichen Staat. Ihre Bedeutung geht aber über die individuelle Dimension weit hinaus. Sie sind auch notwendige Rahmenbedingungen für eine funktionierende Demokratie. Sie garantieren eine lebendige Öffentlichkeit und sichern so den demokratischen Diskurs.

a) *Der öffentliche Raum.* Der öffentliche Raum hatte für menschliche Gesellschaften schon immer eine besondere Bedeutung. Er ist der Raum für soziale Interaktionen, Begegnungen, Durchsetzung von Interessen und Konfliktbewältigung. Der öffentliche Raum entfaltet gesellschaftliche Bindekraft.<sup>8</sup> Im öffentlichen Raum wird – das zeigen etwa Militärparaden – Macht demonstriert. Hier werden durch Demonstrationen politische und soziale Ansprüche geltend gemacht. Nicht zuletzt werden im öffentlichen Raum auch politische Konflikte ausgetragen. Neuere Beispiele mit Symbolkraft dafür sind etwa der „Platz des himmlischen Friedens“ in Peking, der Alexanderplatz in Ost-Berlin oder der Maidan in Kiew.

b) *Demokratie und Agora.* Zugespitzt und vereinfacht lässt sich sagen: Die Geschichte der Demokratie beginnt mit der Agora.<sup>9</sup> Auf dem Marktplatz von Athen trafen sich die Bürger, um über politische Fragen zu debattieren und zu entscheiden. Demokratieforscher verorten an dieser Stelle die Erfindung der Demokratie.<sup>10</sup> Bis heute gehört zum Wesen der Demokratie die öffentliche Kommunikation.<sup>11</sup> Öffentliche Kommunikation in der modernen Massendemokratie ist heute zum großen Teil eine Kommunikation über Massenmedien und in sozialen Medien.

Dennoch bleibt der – analoge – öffentliche Raum wichtig für die Demokratie. Denn hier treffen völlig unterschiedliche Welten aufeinander.<sup>12</sup> Das kann zu Irritationen und Denkanstößen führen. Das fordert und fördert die entscheidende Tugend der Demokratie: Die Fähigkeit, Kompromisse mit völlig widerstreitenden Interessen zu schließen, statt Zwang und Gewalt anzuwenden. Kurz: Der öffentliche Raum *in real life* ist unentbehrlich für die demokratische Ordnung.<sup>13</sup> Online-Demonstrationen sind zwar möglich und seit Corona Realität. Sie sind aber in ihrer Wirkmächtigkeit, Anziehungskraft und öffentlichen Sichtbarkeit mit Demonstrationen in der „echten“ Welt nicht zu vergleichen.<sup>14</sup> Zur Demokratie gehört also zwingend notwendig ein lebendiges öffentliches Leben. Eine Ausgangssperre greift in diesen innersten Kern der Demokratie ein. Sie ist grundsätzlich unvereinbar mit einer demokratischen Staatsform.

c) *Agora im digitalen Zeitalter?* Oder ist das ein Konzept von gestern? Wir leben im Zeitalter der Digitalisierung. Brauchen wir das direkte Gespräch und Versammlungen in der Öffentlichkeit überhaupt noch für die Demokratie?

Die Menschen verlagern immer größere Teile ihres Lebens aus der realen Welt in den virtuellen Raum. Auch im politischen Bereich hinterlässt die Digitalisierung inzwischen Spuren. Wissenschaft und Politik entwickeln Konzepte, wie sich demokratische Prozesse digitalisieren lassen. Die damit verbundene Vision ist die *Electronic Democracy*.<sup>15</sup> Sind die Grundrechte der persönlichen Freiheit, der Freizügigkeit und der Versammlungsfreiheit überhaupt noch so überragend wichtig für die Demokratie? Das OVG *Weimar* hat ausdrücklich behauptet, Öffentlichkeit lasse sich auch durch den Einsatz moderner digitaler Medien erzeugen.<sup>16</sup> Ist das

richtig? Dann wären Ausgangssperren kein so tiefer Eingriff in die Demokratie.

Je weiter die Digitalisierung fortschreitet, desto klarer wird – nur scheinbar paradox –, dass Menschen immer noch die herkömmlichen Kommunikationswege brauchen.<sup>17</sup> So ist es auch im politischen Bereich. Digitalisierte Kommunikation ist ein zusätzliches Kommunikationsmittel. Wirklich wichtige Entscheidungen brauchen aber menschliche Begegnungen, Kommunikationen und Versammlungen auch und gerade in der Öffentlichkeit.<sup>18</sup>

## III. Verhältnismäßigkeit von Ausgangsbeschränkungen

Völlig unabhängig davon, auf welche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage Ausgangssperren gestützt werden: Sie müssen als Grundrechtseingriffe immer dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen. Das Freiheitsrecht der Bürger ist – wie das *BVerfG* immer wieder betont – ein besonders hohes Rechtsgut, das nur unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden darf.<sup>19</sup> Unter welchen Voraussetzungen können Ausgangsbeschränkungen also verhältnismäßig sein?

### 1. Legitimer Zweck

Staatliche Maßnahmen müssen einen legitimen Zweck verfolgen.<sup>20</sup> Sonst können sie schon von vornherein nicht verhältnismäßig sein. Was ist der Zweck der Ausgangsbeschränkungen, die während der Pandemie angeordnet wurden und weiter werden?

Auf den ersten Blick ist der Zweck klar. Es geht um den Gesundheitsschutz der Bevölkerung durch die Bekämpfung der Corona-Pandemie. Ausgangsbeschränkungen zielen darauf, Kontakte zu beschränken und damit Infektionen und eine weitere Ausbreitung der Pandemie zu verhindern.<sup>21</sup> Selbstverständlich ist Gesundheitsschutz durch die Bekämpfung von Infektionen ein legitimer Zweck.<sup>22</sup> Letztlich *musst* der Staat sogar Infektionen, die sich in der Bevölkerung verbreiten, und erst recht eine Pandemie bekämpfen. Das ergibt sich aus seiner Schutzpflicht für Leben und Gesundheit seiner Bürger, die Art. 2 II GG etabliert. Dabei hat er allerdings einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>23</sup>

Schaut man genauer hin, wird der Zweck unklar. Virologisch und epidemiologisch sind menschliche Kontakte relevant. Deshalb enthält der neue § 28 b InfSchG neben räumlichen Abstandsregelungen strenge Kontaktbeschränkungen

8 *Rauterberg*, Wir sind die Stadt: Urbanes Leben in der Digitalmoderne, 2013, 138.

9 *Meier*, Athen. Ein Neubeginn der Weltgeschichte, 1993, 442.

10 *Bleicken*, Die Athenische Demokratie, 4. Aufl. 1995, 55.

11 *Arendt*, Vita Activa oder vom tätigen Leben, 1999, 36.

12 *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 2018, 142 ff.

13 *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 42 f. mwN.

14 *Sinder*, NVwZ 2021, 103.

15 Dazu *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 76 f.

16 OVG *Weimar*, Beschl. v. 10.4.2020 – 3 EN 248/20, BeckRS 2020, 6395 Rn. 47.

17 Dazu schon vor dem Zeitalter der Digitalisierung grundlegend *Watzlawick et al.*, Menschliche Kommunikation, 10. Aufl. 2000, 62.

18 *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 44 f. mwN.

19 *BVerfG*, NVwZ 2016, 1079 Rn. 25.

20 *BVerfGE* 153, 182 = NJW 2020, 905 Rn. 223 stRspr. = NVwZ 2020, 1033 Ls.

21 So etwa die Begründung des „Entwurfs eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, BT-Drs. 19/28444, 12.

22 *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9 a 2020, 1, 10.

23 *BVerfG* (3. Kammer des Ersten Senats), NVwZ 2020, 1823 Rn. 6 stRspr.

in der Öffentlichkeit und im Privatleben (*social distancing*).<sup>24</sup> Pauschale (nächtliche) Ausgangssperren dagegen sind epidemiologisch nicht notwendig. Der einsame Abendspaziergänger ist kein Treiber der Pandemie.<sup>25</sup> Worin liegt dann der Zweck der Ausgangssperren, die von § 28b I Nr. 2 InfSchG angeordnet werden?

Theoretisch-juristisch<sup>26</sup> ist es möglich, dass die Polizei kontrolliert, ob die Kontaktbeschränkungen im Privatleben eingehalten werden. Allerdings sind flächendeckende Polizeikontrollen der Privatsphäre im freiheitlichen Rechtsstaat praktisch und politisch nicht durchsetzbar. Das ist ein fundamentaler Unterschied zwischen rechtsstaatlicher Demokratie und autoritären politischen Systemen. Deshalb waren äußerst rigide Polizeikontrollen bis in die tiefe Privatsphäre hinein in China zur Bekämpfung der Pandemie praktisch kein Problem.<sup>27</sup> Ausgangssperren lassen sich dagegen leichter – wenn auch nicht leicht – kontrollieren und durchsetzen. Sie sollen private Besuche erschweren.

Indirekt soll diese Maßnahme also helfen, Kontaktbeschränkungen im Privatleben durchzusetzen.<sup>28</sup> Massive Grundrechtseinschränkungen in unzähligen Fällen, um den (Ordnungs- und Polizei)Behörden die Arbeit zu erleichtern – das kann allerdings kein legitimer Zweck im Sinne der Verfassung sein.

## 2. Geeignetheit

Sind Ausgangssperren ein effektives Mittel, um die Verbreitung des Corona-Virus zu bekämpfen? Zwar gibt es inzwischen zahlreiche – auch europäische – Staaten, die mit Ausgangssperren gearbeitet haben. Trotzdem ist die Antwort der empirischen Wissenschaft bisher nicht eindeutig. Untersuchungen liefern Hinweise, dass Ausgangssperren die Mobilität beschränken.<sup>29</sup> Das ist nicht unerwartet. Ob damit das eigentliche Ziel, die privaten Kontakte zu reduzieren, erreicht wird, ist aber zweifelhaft. Denn mehrere aktuelle Studien, die die Anti-Corona-Maßnahmen in bis zu 41 Staaten untersucht haben, kommen zu einem sehr ernüchternden Ergebnis: Der Effekt von Ausgangssperren im Rahmen der Pandemiebekämpfung ist eher gering.<sup>30</sup> Im Gegenteil: Inzwischen lassen sich sogar Verschlechterungen der Lage durch Ausgangssperren beobachten.<sup>31</sup> Der kleinste gemeinsame Nenner der bisherigen Forschung scheint zu sein: Ausgangssperren können begrenzt wirken, wenn man sie mit anderen Maßnahmen kombiniert und ganz strikt und konsequent, also mit polizeilichen Mitteln durchsetzt.<sup>32</sup>

(Nächtliche) Ausgangssperren wollen ein Verhalten verbieten, das aus einem tief verwurzelten menschlichen Bedürfnis entspringt. Menschen müssen und wollen andere Menschen treffen und mit ihnen kommunizieren. Das ist ein evolutionäres Erbe. Der Mensch ist ein soziales Wesen.<sup>33</sup> Kommunikation, Kontakt und Kooperation sind Faktoren, die die Stammesgeschichte der Menschheit entscheidend geprägt haben. Auf den Punkt gebracht: Ausgangssperren arbeiten gegen die Biologie. Um sie wirklich durchzusetzen, braucht es in letzter Konsequenz massive staatliche Gewalt. In autoritären Systemen ist das kein Problem. Polizei und Militär stehen bereit, um den Widerstand der Bevölkerung mit allen Mitteln zu brechen. Aber in rechtsstaatlichen Demokratien ist das politisch undenkbar und verfassungsrechtlich unmöglich.

Demokratien können Ausgangssperren nicht mit allen Mitteln durchsetzen. Gleichzeitig sagt die aktuelle Studienlage: Nur ganz konsequent umgesetzte Ausgangssperren können – wenn überhaupt – die Verbreitung des Virus einschränken.

Halbherzige Beschränkungen, die sukzessive immer stärker missachtet werden, haben nach dem aktuellen Stand der Forschung aber keine relevanten Wirkungen auf die Pandemie. Die verfassungsrechtliche Folgerung: Ausgangssperren sind in Deutschland kein geeignetes Mittel der Pandemiebekämpfung – und damit verfassungswidrig.

## 3. Erforderlichkeit

Ob Ausgangssperren erforderlich sind, ist genauso zweifelhaft. Es gibt andere politische Mittel, die mindestens genauso wirksam sind und weniger tief in Grundrechte eingreifen.

a) *Pauschalierter Automatismus statt konkreter Erforderlichkeitsanalyse.* Der neue § 28 b I Nr. 2 InfSchG knüpft eine Ausgangssperre unmittelbar an den Inzidenzwert von 100. Sobald dieser Wert erreicht wird, tritt die Ausgangssperre automatisch in Kraft. Der Gesetzgeber nimmt eine pauschalisierte antizipierte Erforderlichkeitsprüfung vor. Dieser pauschalisierte Automatismus verletzt die Regeln einer verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Erforderlichkeitsanalyse. Denn eine solche Analyse verlangt, dass im konkreten Einzelfall sorgfältig geprüft wird, ob es mildere, aber gleich wirksame Mittel gibt. Sollte das der Fall sein, wäre eine Ausgangssperre nicht erforderlich.

Die Corona-Situation kann von Landkreis zu Landkreis höchst unterschiedlich sein. Wie groß die Gefahr ist, die ein Inzidenzwert von 100 anzeigt, kann deshalb von Einzelfall zu Einzelfall ebenfalls sehr unterschiedlich sein. Ein Beispiel: Wird der Wert erreicht, indem ein Corona-Ausbruch in einem eng begrenzten, klar identifizierbaren Cluster stattfindet, ist das epidemiologische Risiko eher niedrig. Anders sieht es aus, wenn sich viele Ausbrüche zu einem diffusen Infektionsgeschehen summieren, ohne dass die Infektionsketten identifiziert werden können. Ein weiteres Beispiel: Die Quote der bereits geimpften Menschen und die Belastungssituation im Gesundheitswesen können ebenfalls von Landkreis zu Landkreis sehr verschieden sein. Wie groß die Gefahr ist, die der Inzidenzwert beschreibt, unterscheidet sich in diesem Fall ebenfalls zwischen den Landkreisen.

Das ignoriert der vorgesehene pauschale Automatismus vollständig. Er knüpft Grundrechtseinschränkungen automatisch ohne weitere Erforderlichkeitsprüfungen an einen

24 Solche Regelungen waren vorher auch Kernstücke der Corona-Verordnungen der Bundesländer.

25 Illustrativ dazu *Lauterbach*, „Ausgangssperren sind ein nutzloses Konzept“, *Welt*, 4.4.2021, <https://www.welt.de/regionales/hamburg/plus229625211/Gerhard-Strate-Ausgangssperren-sind-ein-nutzloses-Konzept.html> (19.4.2021).

26 Dazu im Detail *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a 2020, 1, 12.

27 Instruktiv dazu *Fang*, *Wuhan Diary: Tagebuch aus einer gesperrten Stadt*, 2020.

28 So auch ausdrücklich die Begründung des „Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom BT-Drs. 19/28444, 12.

29 *Ghasemi et al.*, Impact of a nighttime curfew on overnight mobility, DOI: <https://doi.org/10.1101/2021.4.4.21254906>.

30 *Brauner et al.*, *Science* 371 (2021), 802; *Bendavid et al.*, *European Journal of Clinical Investigation* 2021, 51, DOI: 10.1111/eci 13484; *Dimeglio et al.*, *Journal of Infection* 2021 Januar, DOI: 10.1016/j.jinf.2021.1021. *Sharma et al.*, Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19, DOI: <https://doi.org/10.1101/2021.3.25.21254330>.

31 *Dimeglio et al.*, *Journal of Infection* 2021 Januar, DOI: 10.1016/j.jinf.2021.1021.

32 Dazu im Überblick mit weiterführenden Links zu aktuellen Studien *Lankes/Steinwehr*, Faktencheck: Wie wirksam sind nächtliche Ausgangssperren?, *Deutsche Welle*, 30.3.2021, <https://www.dw.com/de/faktencheck-wie-wirksam-sind-n%C3%A4chtliche-ausgangssperren/a-57045074> (5.4.2021).

33 Dazu *Lersch*, *Der Mensch als soziales Wesen*. 2. Aufl. 1965, 12 ff. mwN.

rechnerischen Wert, der nur sehr begrenzt aussagekräftig ist.<sup>34</sup> Das ist per se unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

b) *Bußgeld statt Kommunikation.* Mit den geplanten Ausgangssperren geht § 28 b InfSchG den harten Weg mit Angst, Verboten, polizeilichen Maßnahmen und Bußgeldern. Das ist nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig. Denn politische Kommunikation wäre ein milderes Mittel, das im Zweifel sogar wirksamer ist.

aa) *Selbstdisziplin statt staatlicher Disziplinierung.* Private Kontakte sind ein Ur-Bedürfnis der Menschen. Gleichzeitig sind sie – und das ist tragisch – ein aktueller Treiber der Pandemie. So schwer es fällt, so sehr müssen die Bürger Kontakte weiter deutlich reduzieren. Wie geht das in einer Demokratie? Die Regierung kann in der Demokratie nicht die Bevölkerung disziplinieren. Das verbietet schon der Grundsatz der Volkssouveränität in Art. 20 II GG. Die Politik muss die Bürgerinnen und Bürger dafür gewinnen, die epidemiologisch bedeutsamen Kontakte eigenverantwortlich, aus eigenem Antrieb zu beschränken. Die Bekämpfung der Pandemie funktioniert nur, wenn sich die Bürger und Bürgerinnen selbst disziplinieren. Der bisherige Verlauf der Pandemiebekämpfung in Deutschland zeigt, dass die ganz überwiegende Mehrheit der Bürger das auch kann und will.

bb) *Demokratie: Kommunikation und Vertrauen.* Der Schlüssel dafür ist permanente Kommunikation auf Augenhöhe zwischen Politik und Bürgern. Die Politik muss die Menschen als Partner bei der Bekämpfung der Pandemie ernst nehmen. Nur das schafft Vertrauen in die Politik, stärkt die Eigenverantwortung und motiviert zu selbstdiszipliniertem Handeln. Wir erleben gerade das Gegenteil: Das Vertrauen in die Politik nimmt rapide ab.<sup>35</sup> Die Politik hat den Draht zur Bevölkerung verloren. Woran liegt das? Die Risiko- und Gesundheitskommunikation funktioniert nicht. Was wir erleben, ist keine gleichberechtigte Kommunikation unter Partnern auf Augenhöhe. Wir erleben stattdessen Pressekongresse, in denen harte Grundrechtseinschnitte verkündet und notdürftig, nicht selten floskelhaft begründet werden. Wir sehen im Fernsehen eine Kanzlerin, die verständnislos auf Kritik reagiert und kaum ihren Unmut über die uneinsichtige Bevölkerung verbergen kann. Das spüren die Menschen, und es demotiviert sie. Die Folge: Regelverletzungen nehmen zu.<sup>36</sup> Mit Ausgangssperren zu reagieren, wie es gerade geschieht, ist kontraproduktiv. Das wird als hilflose und autoritäre Politik wahrgenommen, die mehr Widerstand provoziert.

#### 4. Angemessenheit – Vertrauensverlust als Kollateralschaden

Zur Verhältnismäßigkeit gehört auch die Angemessenheit oder die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.<sup>37</sup> Im Mittelpunkt steht dabei die Zweck-Mittel-Relation. Die entscheidende Frage lautet: Führt die staatliche Maßnahme zu Nachteilen oder Schäden, die erkennbar außer Verhältnis zu ihrem Nutzen stehen?

a) *Umfassende Abwägung aller Belange.* Die Zweck-Mittel-Relation lässt sich durch eine umfassende und gerechte Abwägung aller betroffenen Belange ermitteln.<sup>38</sup> Wie fällt diese Abwägung aus, wenn man Ausgangssperren näher betrachtet? Nach offizieller Lesart spricht für Ausgangssperren, dass sie Kontakte reduzieren und so helfen, die Verbreitung des Virus einzuschränken. Harte wissenschaftliche Studien, die das zweifelsfrei bestätigen, gibt es bisher nicht. An der Eignetheit von Ausgangssperren, das angestrebte Ziel zu er-

reichen, gibt es im Gegenteil große Zweifel.<sup>39</sup> Auf der anderen Seite sind die Schäden von Ausgangssperren groß.<sup>40</sup> Mediziner warnen vor gesundheitlichen Folgen. Die psychischen Belastungen wären enorm. Die ohnehin bisher entstandenen ökonomischen Schäden werden vertieft.

Mit Ausgangsbeschränkungen ist ein Einschüchterungseffekt der Bevölkerung verbunden. Die geballte Staatsmacht verhindert, dass Menschen sich draußen bewegen, andere Menschen sehen und mit ihnen kommunizieren. Leere Straßen und Plätze, bewacht durch Polizei in hoher Präsenz – das schürt Ängste und weckt belastende Gefühle der Vereinzelung. Niemand unterstellt, dass das ein Effekt ist, den die Politik in Deutschland bewusst anstrebt. Aber es ist eine Auswirkung von Ausgangssperren, die politisch und verfassungsrechtlich relevant ist und deshalb ins Kalkül gezogen werden muss.

b) *Politik-psychologische Folgen.* Bisher zu wenig beachtet werden die langfristigen politik-psychologischen Folgen von Ausgangssperren, die mit intensiven Polizeieinsätzen durchgesetzt würden. Demokratie ist als kooperative Regierungsform auf Vertrauen angewiesen.<sup>41</sup> Nicht nur müssen die Bürger ein Mindestmaß an Vertrauen untereinander haben (horizontales Vertrauen). Genauso wichtig ist das vertikale Vertrauen: Die Bürger müssen Vertrauen in die staatlichen Institutionen und die politischen Akteure haben. Sie müssen grundsätzlich davon ausgehen (können), dass die Vertreter des Staates kompetent sind, vernünftige Lösungen anstreben und finden und dabei die Grundregeln der Verfassung einhalten. Auf dieser Basis lassen sich Bürger zur Kooperation bewegen. Wenn sie dieses Vertrauen haben, halten Sie sich an Gesetze und andere Regeln, auch wenn das mit Härten verbunden ist.<sup>42</sup>

Das vertikale Vertrauen muss in der Demokratie gegenseitig sein. Auch die Regierung muss ein Mindestmaß an Vertrauen in den guten Willen und die Vernunft der Bürger haben. Sonst neigt sie dazu, die Bürger zu entmündigen und Maßnahmen zu ergreifen, die unverhältnismäßig und unangemessen sind. Fehlt dieses gegenseitige Vertrauen, gerät eine Demokratie schnell in einen *Teufelskreis des Misstrauens*. Wenn die Bürger den staatlichen Institutionen misstrauen, halten Sie sich – offen oder versteckt – nicht mehr an Gesetze und Regeln. Weil die Politik ihrerseits den Bürgern misstraut, reagiert sie darauf mit härteren Maßnahmen und strikterer polizeilicher Durchsetzung. Gerade harte, mit intensivem Polizeieinsatz durchgesetzte Ausgangssperren versteht die Bevölkerung leicht als Einschüchterungsversuch. Das wiederum zerstört weiteres (Rest)Vertrauen der Bürger in den Staat.

34 Sehr kritisch zur Aussagekraft des Inzidenzwerts *Murswiek*, NVwZ Extra 5/2021, 1, 2.

35 Dazu im Detail die COSMO-Studie der Universität Erfurt, Vertrauen in Institutionen, 26.3.2021, <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/web/topic/vertrauen-ablehnung-demos/10-vertrauen/> (22.4.2021).

36 Empirische Studien zeigen, dass die Akzeptanz der harten Eingriffe in die Freiheit in den letzten Wochen abnimmt. Siehe etwa die COSMO-Studie der Universität Erfurt: <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/web/topic/politik/20-akzeptanz/#einstellung-zu-ma%C3%9Fnahmen> (22.4.2021).

37 *BVerfGE* 142, 353 (368) = NJW 2016, 3774 stRspr.

38 Zur Angemessenheit als einem „Gebot gerechter Abwägung“ *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 9 Rn. 23.

39 S. o. III. 2.

40 Einen Überblick über mögliche Kollateralschäden gibt *Murswiek*, NVwZ Extra 5/2021, 1, 11 ff. mwN.

41 *Boehme-Neßler*, Das Ende der Demokratie?, 122 ff. mwN.

42 Dazu *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, 260 mwN.

Vor dem Hintergrund dieser Vertrauensmechanik sind strikte, hart durchgesetzte nächtliche Ausgangssperren fatal. Ihre Effektivität und ihr Sinn sind nicht unumstritten und allgemein anerkannt. Eine harte Durchsetzung zeigt, wie wenig die Politik den Bürgern vertraut. Gleichzeitig verletzt sie das Vertrauen der Bürger in die Kompetenz, die Integrität und das Wohlwollen der Regierung, das sich bereits auf einem Tiefpunkt befindet.<sup>43</sup> Die Gefahr, in den Teufelskreis des Misstrauens zu geraten, ist groß. Die kurzfristige Konsequenz: Die Bürger halten sich immer weniger an die Corona-Regeln. Das kann auch zu steigender Politikverdrossenheit, wenn nicht sogar Demokratieverdrossenheit führen.<sup>44</sup> Die langfristigen Folgen sind für die Demokratie gefährlich.

c) *Verfassungsrechtliche Relevanz psychologischer Mechanismen.* Diese politik-psychologischen Mechanismen sind verfassungsrechtlich relevant. Die Abwägung aller relevanten Belange im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass die Schäden durch Ausgangssperren deutlich größer sind als die unklaren und strittigen möglichen Vorteile. Strikt durchgesetzte Ausgangssperren sind deshalb

auch unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

#### IV. Fazit: Verfassungswidrigkeit von Ausgangssperren in der Pandemie

Die Bekämpfung der Pandemie ist in erster Linie eine politische Aufgabe. Wie die Pandemie eingedämmt werden soll, entscheidet die Politik. Die hohe Kunst der Pandemiepolitik besteht darin, möglichst effektive Maßnahmen zur Eindämmung des Virus zu ergreifen, gleichzeitig aber die sozialen, psychischen und ökonomischen Kosten dieser Maßnahmen zu minimieren. Die Regelungen zur Pandemie-Bekämpfung sind gleichzeitig auch weitgehend Grundrechtseingriffe. Sie müssen deshalb dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Er verlangt, dass jede einzelne Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist. Diesen Maßstäben genügen Ausgangssperren in der Regel nicht. Sie sind deshalb grundsätzlich kein verfassungsgemäßes Mittel der Pandemiepolitik. ■

43 Dazu im Detail die COSMO-Studie, Vertrauen in Institutionen, 26.3.2021, <https://projekte.uni-erfurt.de/cosmo2020/web/topic/vertrauen-ablehnung-demos/10-vertrauen/> (22.4.2021).

44 *Arzheimer*, Politikverdrossenheit. Bedeutung Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffes, 2002, 176 ff.