

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 Schröer, 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.

5 2021

Seite 1–15
40. Jahrgang
1. März 2021

Professor Dr. Dietrich Murswiek*

Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Corona-Lockdown erfordert eine sorgfältige Ermittlung und Gewichtung der konkreten Beiträge, die die Corona-Maßnahmen zu einem klar definierten gesundheitspolitischen Ziel leisten, sowie der konkreten Freiheitseinschränkungen und beeinträchtigenden Folgewirkungen und Kollateralschäden dieser Maßnahmen. Unquantifizierte Gegenüberstellungen von Rechtsgütern, etwa Leben oder Gesundheit gegen Berufsfreiheit, ermöglichen keine dem Grundgesetz genügende Abwägung. Der Beitrag erarbeitet einen Leitfaden für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen.

I. Einleitung

Die zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Epidemie beschlossenen staatlichen Maßnahmen haben, insbesondere im ersten und im zweiten Lockdown, Freiheitseinschränkungen und ökonomische wie auch soziale und psychische Kollateralschäden in einem Umfang und einer die gesamte Bevölkerung erfassenden Breitenwirkung herbeigeführt, wie es sie seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland noch nie gegeben hat. Bundesregierung und Landesregierungen sehen sie als durch die besonderen Herausforderungen der Pandemie gerechtfertigt an. Im Folgenden soll nicht geprüft werden, ob dies zutrifft. Zweck dieser Abhandlung ist es vielmehr, Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Corona-Maßnahmen aufzuzeigen. Die Betrachtung beschränkt sich auf Maßnahmen, die dem „social distancing“ dienen oder in anderer Weise an die Allgemeinheit und nicht speziell an infizierte oder infektionsverdächtige Personen adressiert sind.

Gleichgültig, welche Grundrechte durch die Corona-Maßnahmen betroffen sind – Freiheit der Person, Freizügigkeit, Berufsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit oder andere Grundrechte: Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe ist in jedem Fall, dass sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ent-

sprechen. Ob die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder bei ihren Corona-Beschlüssen und die Landesregierungen beim Erlass ihrer Corona-Verordnungen jeweils eine den Anforderungen des Grundgesetzes genügende Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt haben, wird man im Hinblick auf die zur Begründung veröffentlichten Verlautbarungen bezweifeln müssen. Und die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte haben in ihren Eilentscheidungen über Corona-Maßnahmen die Verhältnismäßigkeit oft nur so holzschnittartig dargetan, dass von einer Abwägung *lege artis* kaum die Rede sein konnte. Nun ist es verständlich, wenn in einer von Regierungsseite und in den Medien als höchst dramatisch dargestellten epidemischen Lage unter großem Zeitdruck und ohne valide empirische Erkenntnisse über die Gefährlichkeit der Epidemie und die Wirksamkeit alternativ möglicher Maßnahmen entschieden werden muss, die Abwägung im Zweifel zugunsten der Einschätzung der Regierung ausgeht und diese im Zweifel „für Leben und Gesundheit“ entscheidet. Aber nachdem die Epidemie monatelang gedauert und viele Erfahrungen gewonnen worden sind, lässt es sich nicht mehr mit Zeitmangel und fehlenden empirischen Grundlagen rechtfertigen, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung evidente Fehlgewichtungen vorzunehmen, relevante Belange überhaupt nicht in die Abwägung einzustellen oder bloße Gewichtigungsbehauptungen ohne nachvollziehbare Bewertungskriterien aufzustellen.

Nach jetzt schon mehr als zehn Monaten Corona-Maßnahmen ist es Zeit, die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Freiheitseinschränkungen so ernst zu nehmen, wie das Grundgesetz und der Umfang dieser Einschränkungen es gebieten. Was also ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten? Nach einer Vorbemerkung zur gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (II.) nehme ich kurz zur Bedeutung der Zwecke der Corona-Maßnahmen (III.) und zu

* Der *Verf.* ist emeritierter Professor am Institut für Öffentliches Recht der Universität Freiburg im Breisgau.

ihrer Erforderlichkeit (IV.) Stellung und konzentriere mich dann auf die Kriterien für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (V.).

II. Ermächtigungsgrundlage und Verhältnismäßigkeit

1. Keine gesetzlichen Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Ob die freiheitseinschränkenden Corona-Maßnahmen auf einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen, war vor Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes durch den neuen § 28 a sehr fraglich.¹ Die Corona-Verordnungen der Länder, die den ersten Lockdown angeordnet hatten, waren auf § 32 S. 1 iVm § 28 I 1 und 2 IfSG gestützt. Problematisch ist, dass auf diese Vorschriften Freiheitseinschränkungen gestützt wurden, die ganz überwiegend Menschen betrafen, die weder „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“ waren. Es spricht einiges dafür, dass die Voraussetzungen, unter denen die Freiheit von nicht kranken oder ansteckungsverdächtigen Menschen eingeschränkt werden darf, besonders gesetzlich geregelt werden müssen. § 28 a IfSG ist wesentlich konkreter, wird aber im Hinblick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz immer noch kritisch beurteilt. Ob die jetzt geltende Ermächtigungsgrundlage (§§ 28, 28 a IfSG für Verwaltungsakte und § 32 iVm §§ 28, 28 a IfSG für Rechtsverordnungen) den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des demokratischen Parlamentsvorbehalts entspricht, soll hier aber nicht untersucht werden.

Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit wäre die Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig, wenn sie zu unverhältnismäßigen Maßnahmen ermächtigte. Da § 32 IfSG zur Verhältnismäßigkeit nichts sagt, gilt für die Landesregierungen beim Erlass von Corona-Verordnungen unmittelbar der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, soweit sich aus §§ 28 und 28 a IfSG nichts anderes ergibt.

Auch diese Vorschriften lassen nicht erkennen, dass der Gesetzgeber selbst die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen, zu denen er ermächtigt, geprüft hat. Dazu wäre es nämlich notwendig gewesen, im Hinblick auf bestimmte Maßnahmen das Ziel, dessen Erreichung sie dienen, zu konkretisieren und die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahmen eingesetzt werden dürfen, näher zu bestimmen. Stattdessen gibt das Infektionsschutzgesetz als Zweck der Maßnahmen, zu denen es in §§ 32, 28, 28 a ermächtigt, die „Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten“ an (§ 28 I 1 IfSG) beziehungsweise die „Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ (§ 28 a I IfSG). Das ist eine äußerst unbestimmte Formulierung. Das Gesetz überlässt damit den Landesregierungen, die die Corona-Verordnungen erlassen, die Konkretisierung der Ziele, die mit den Maßnahmen angestrebt werden, und die Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen. Gesetzlich vorgegeben ist dem Ordnungsgeber lediglich das Erfordernis, die Geltungsdauer von Corona-Verordnungen grundsätzlich auf vier Wochen zu befristen (§ 28 a V IfSG).

2. Berücksichtigung von Nebenwirkungen

Für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Corona-Maßnahmen relevant könnte im Übrigen § 28 a VI 2 IfSG sein. Diese Vorschrift verlangt die Einbeziehung und Berücksichtigung sozialer, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Auswirkungen, „soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.“ Diese Ein-

schränkung kann sprachlich so verstanden werden, dass das Ziel einer wirksamen Corona-Bekämpfung absoluten Vorrang habe. Eine Abwägung mit den negativen Auswirkungen von Bekämpfungsmaßnahmen solle nur stattfinden, wenn die „wirksame Verhinderung der Verbreitung“ von Covid-19 sichergestellt sei, wenn es also um die Reduzierung von Risiken unterhalb dieses Sicherheitsniveaus gehe.

Falls § 28 a VI 2 IfSG tatsächlich so gemeint wäre, wäre er evident verfassungswidrig. Denn dann reduzierte er die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wesentlichen auf die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Corona-Maßnahmen, während die Prüfung ihrer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verboten wäre. Die Vorschrift bewertete dann alle Corona-Maßnahmen, die zur „wirksamen Verhinderung der Verbreitung“ von Covid-19 geeignet und erforderlich sind, von Gesetzes wegen als gewichtiger als alle gegenläufigen Belange. Das wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar, der auch den Gesetzgeber bindet und jedenfalls solche Freiheitseinschränkungen verbietet, die in einem deutlichen Missverhältnis zu dem mit ihnen angestrebten Vorteil für das Gemeinwohl stehen.

Man kann die Vorschrift aber auch verfassungskonform auslegen und sie so verstehen, dass sie für den Bereich, in dem die Exekutive ohne diese Norm rechtliche Handlungsspielräume hätte, eine Direktive für die Ermessensausübung gibt. In dieser Auslegung schränkt sie die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht ein, sondern verlangt von den Entscheidungsträgern, dass sie bei der Entscheidung über rechtlich zulässige – also auch verhältnismäßige – Corona-Maßnahmen sich nicht nur an dem Ziel der Corona-Bekämpfung orientieren, sondern auch die negativen sozialen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen berücksichtigen.

3. Die Verhältnismäßigkeitsproblematik der Inzidenzwerte

Mit Abs. 4 des § 28 a IfSG will der Gesetzgeber die Anwendung der vorgesehenen Maßnahmen mithilfe der Inzidenzwerte (Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen) steuern. Der Denkansatz, dass umso intensivere Maßnahmen ergriffen werden sollen, je stärker das Infektionsgeschehen ist, entspricht im Ansatz dem Verhältnismäßigkeitsgedanken. Allerdings sind die Inzidenzwerte als Steuerungsinstrument insofern ungeeignet. Der Gesetzgeber² und die Anwendungspraxis verstehen unter „Neuinfektionen“ nämlich die vom Robert Koch-Institut (RKI) veröffentlichten neuen „bestätigten Fälle“, die regelmäßig durch PCR-Tests ermittelt worden sind. Ein positiver PCR-Test zeigt jedoch nicht notwendig eine aktuelle Infektion, geschweige denn eine Infektiosität der positiv getesteten Person, an.³ Vor allem aber ist die Zahl der positiv Getesteten auch deshalb nicht mit der Zahl der Infizierten identisch, weil die Dunkelziffer nicht erfasst wird. Die vom RKI gemeldete Zahl der „Neuinfektionen“ hängt davon ab, wie viele Personen getestet werden. Verdoppelt man die Zahl der Tests, dann verdoppelt sich wahrscheinlich auch die Zahl der positiv Getesteten, vulgo „Neuinfizierten“. Man kann eine Überschreitung der Inzidenzwerte durch Erhöhung der Anzahl der Tests und eine Unterschreitung durch Verringerung des Tests herbeiführen. Die Inzidenzwerte sagen daher isoliert betrachtet über die Gefahrenlage nichts aus. Sie sind

1 Vgl. zB BeckOK InfSchR/Johann/Gabriel (Stand 1.7.2020), IfSG § 28 Rn. 5 mwN (bejahend).

2 Vgl. BT-Drs. 19/24334, 81.

3 Dazu näher unten V. 2. c.

ungeeignet, die Verhältnismäßigkeitsprüfung sachgerecht zu steuern und können nur ergänzend neben anderen Kriterien zur Gefahrenprognose mit herangezogen werden.⁴

III. Zu den Zielen der Corona-Maßnahmen

Verhältnismäßigkeit ist ein Relationsbegriff. Die Verhältnismäßigkeit freiheitseinschränkender Maßnahmen lässt sich nur in Bezug auf das jeweils mit ihnen verfolgte Gemeinwohlziel beurteilen. Die Überlastung des Gesundheitssystems (also vor allem die Überlastung der Intensivstationen mit der Folge von Triage-Situationen) zu vermeiden ist ein anderes Ziel als die Minimierung der Zahl der „Corona-Toten“. Beide Ziele sind legitime Gemeinwohlziele, und selbstverständlich sind noch weitere Ziele für die Corona-Politik möglich. Die Politik kann auch mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen, sofern sie sich nicht widersprechen. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist wichtig, dass ein Maßnahmenbündel wie der Lockdown und auch jede einzelne Maßnahme bezogen auf ein konkretes Ziel geprüft wird. Liegen mehrere Ziele vor, muss die Prüfung in Bezug auf jedes Ziel separat vorgenommen werden. Leider werden die Ziele der Maßnahmen von den Corona-Politikern nicht immer klar benannt. Dann muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit hypothetischen Zielen arbeiten.

Zweck der Maßnahmen, zu denen das Infektionsschutzgesetz in §§ 32, 28, 28 a ermächtigt, ist die „Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten“ an (§ 28 I 1 IfSG) beziehungsweise die Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 (§ 28 a I IfSG). Das ist eine äußerst unbestimmte Formulierung, mit der man zwar arbeiten kann, die aber einer Konkretisierung bedarf, wenn sie so weitreichende Maßnahmen wie einen Lockdown rechtfertigen soll.

Als im März 2020 der erste Lockdown beschlossen wurde, ging es den Politikern nicht darum, die Ausbreitung des Virus – die als unvermeidlich angesehen wurde – zu verhindern, sondern zu verlangsamen, die Ausbreitungskurve abzufachen („flatten the curve“) und Zeit zu gewinnen, um ständig hinreichende Krankenhauskapazitäten zur Verfügung zu haben, zusätzliche Kapazitäten zu schaffen und die Schutzmöglichkeiten zu verbessern (durch Beschaffung zusätzlicher Beatmungsgeräte, von Schutzkleidung, Masken usw.). Bundeskanzlerin *Merkel* ging ausdrücklich davon aus, dass es wahrscheinlich unvermeidlich sei, dass sich 60–70 % der Bevölkerung infizieren werden. Dennoch sei es nicht egal, was jetzt unternommen werde. „Es geht um das Gewinnen von Zeit“, erläuterte *Merkel*. Das Vorgehen in Deutschland sei davon bestimmt, dass unser Gesundheitssystem nicht überlastet werde. Das könne man erreichen, indem man die Ausbreitung des Virus verlangsamt.⁵

Auch der zweite Lockdown (ab 2.11. und verschärft im Dezember 2020) wurde damit begründet, dass eine Überlastung der Intensivstationen verhindert werden solle. Im Beschluss vom 28.10.2020⁶ hieß es, ohne die angeordneten Kontaktbeschränkungen „würde das weitere exponentielle Wachstum der Infiziertenzahlen unweigerlich binnen weniger Wochen zu einer Überforderung des Gesundheitssystems führen und die Zahl der schweren Verläufe und der Todesfälle würde erheblich ansteigen.“ Das hört sich so an, als fürchte man einen Anstieg der schweren Verläufe und Todesfälle *infolge* der Überforderung des Gesundheitssystems, also der Kapazität der Intensivstationen. Der Beschluss vom 13.12.2020 gibt als Zweck der Verschärfung des Lockdown an, die „Corona-Infektionszahlen [...] einzudämmen und damit auch schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle zu verhindern. Damit sollte zudem eine Überlastung des Ge-

sundheitssystems verhindert werden.“⁷ Hier steht das Ziel der Verminderung der Todesfälle und schweren Krankheitsverläufe selbstständig neben der Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems. Aber das könnte eine unbeabsichtigte Unschärfe der Formulierung sein. In *Baden-Württemberg*, um ein Beispiel auf Landesebene zu geben, ist nach § 1 Corona-VO der „Gesundheitsschutz“ Ziel der Verordnung. Dies wird damit begründet, es gelte „eine Lage, in der die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems nicht mehr sichergestellt werden kann (Gesundheitsnotlage), zu vermeiden.“ Eine ansonsten drohende Gefahr für Gesundheit und Leben der Bevölkerung solle abgewehrt werden.⁸ Hier wiederum steht der Schutz von Leben und Gesundheit in Abhängigkeit von der Vermeidung einer Gesundheitsnotlage.

Es ist nicht ausgeschlossen, verschiedene Ziele parallel anzustreben. So könnte man vordringlich das erstgenannte Ziel („flatten the curve“) anstreben und zugleich auf das zweitgenannte Ziel (möglichst wenig Todesfälle und schwere Verläufe) hinwirken. Die Maßnahmen müssen dann aber in Bezug auf beide Ziele gerechtfertigt werden. Zumindest eines der Ziele muss im für die Beurteilung relevanten Zeitpunkt die Rechtfertigung tragen.

IV. Geeignetheit und Erforderlichkeit

1. Geeignetheit

Die Geeignetheit eines Lockdown zur Reduzierung der Kontakte und damit der Infektionsmöglichkeiten zur Verminderung der Zahl der Infektionen und in Folge dessen der Zahl der Erkrankungen und Todesfälle erscheint als unproblematisch. Das gilt auch für die einzelnen Maßnahmen, die der Kontaktvermeidung oder -reduzierung dienen, zumal die Eignung schon dann zu bejahen ist, wenn die Maßnahmen nur ein wenig zur Annäherung an das angestrebte Gemeinwohlziel beitragen.

2. Erforderlichkeit bezogen auf das Minimierungsziel

Die Erforderlichkeit eines Lockdown oder einzelner Maßnahmen zur Kontaktreduzierung⁹ hingegen ist intuitiv nur dann zu bejahen, wenn man sie auf das Ziel bezieht, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Covid-19-Verläufe zu minimieren. Solange das Virus nicht gänzlich ausgerottet ist, ist alles, was die Zahl der Infektionen mindert, auch zum Lebens- und Gesundheitsschutz erforderlich. Die Erforder-

4 Zur Kritik an den Inzidenzwerten aus epidemiologischer Sicht *Schrappé* ua, Thesenpapier 6, Teil 6.1: Epidemiologie. Die Pandemie durch SARS-CoV-2/CoVid-19. Zur Notwendigkeit eines Strategiewechsels, 22.11.2020, 15 ff., http://www.matthias.schrappé.com/index_html_files/Thesenpap6_201122_endfass.pdf (abgerufen am 29.12.2020).

5 Bundeskanzlerin *Merkel*, Erklärung v. 11.3.2020, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/merkel-zu-corona-1729780> (abgerufen am 9.8.2020).

6 Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28.10.2020, <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/video-konferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-28-oktober-2020-1805248> (abgerufen am 13.12.2020).

7 Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 13.12.2020, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1827366/69441fb68435a7199b3d3a89bff2c0e6/2020-12-13-beschluss-mpk-data.pdf?download=1> (abgerufen am 13.12.2020).

8 Begr. zur Corona-Verordnung v. 30.11.2020 zu § 1 (Ziele), https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Corona-infos/201130_Begr%C3%BCndung_5_CoronaVO.pdf (abgerufen am 13.12.2020).

9 Ich spreche im Folgenden abkürzungshalber nur vom „Lockdown“ und meine damit immer auch auf Social Distancing gerichtete Maßnahmen unterhalb der Schwelle eines „Lockdown“. Dieser Begriff wird ohnehin für unterschiedlich intensive Maßnahmenpakete verwendet.

lichkeit ist ja schon dann zu bejahen, wenn Alternativmaßnahmen, die die Freiheit weniger beeinträchtigen, das Ziel nicht gleich gut erreichen. Wenn also trotz wirksamer Alternativmaßnahmen ohne Lockdown beziehungsweise Social Distancing eine größere Zahl von Toten oder schweren Krankheitsverläufen zu erwarten ist, ist die Erforderlichkeit bezogen auf das Minimierungsziel zu bejahen.

3. Erforderlichkeit bezogen auf das Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden

Wird mit den Maßnahmen hingegen das Ziel angestrebt, die Überlastung des Gesundheitssystems – konkret: der Intensivstationen – zu vermeiden und auf diese Weise eine optimale Behandlung aller Patienten sicherzustellen, hängt die Erforderlichkeit des Lockdown im ganzen wie auch der einzelnen Social Distancing-Maßnahmen bezogen auf dieses Ziel davon ab, ob erstens ohne die zu beurteilenden staatlichen Maßnahmen mit einer Überlastung der Intensivstationen zu rechnen ist und ob zweitens die Überlastung der Intensivstationen mit anderen, die Freiheit weniger einschränkenden Mitteln ebensogut verhindert werden könnte.

Ob mit einer Überlastung der Intensivstationen zu rechnen ist, hängt von zwei Variablen ab: von der Zahl der freien Intensivbetten und von der Zahl der schweren, eine Intensivbehandlung erfordernden Krankheitsverläufe. Beide Variablen können vom Staat ohne Freiheitseinschränkungen für die Allgemeinheit günstig beeinflusst werden – die erste Variable, indem die Zahl der Intensivbetten erhöht wird. Hierfür gab es in den jetzt schon zehn Monaten seit Beginn der Epidemie und seit man ihr Ausmaß abschätzen konnte, viel Zeit. Ein begrenzender Faktor scheint das Pflegepersonal zu sein. Anwerbung und Ausbildung sind nicht von heute auf morgen möglich.¹⁰ Bemühungen, Pflegekräfte zurückzugewinnen, die sich wegen schlechter Bezahlung und miserabler Arbeitsbedingungen einen anderen Beruf gesucht haben, scheint es nicht gegeben zu haben. Vielleicht hätte auch ein Teil der 410000 Pflegekräfte, für die während des ersten Lockdown Kurzarbeit beantragt wurde,¹¹ auf Intensivstationen eingesetzt werden können. Wie auch immer – wenn in einem gegebenen Zeitpunkt die Erforderlichkeit eines neuen Lockdown zu beurteilen ist, kommt es allein darauf an, wie die Kapazität der Intensivstationen in diesem Zeitpunkt aussieht und in welchem Maße sie noch vor der drohenden Überbelegung erhöht werden kann. Beruht der drohende Gesundheitsnotstand auf dem Versäumnis, die Kapazität rechtzeitig zu erhöhen, steht dies der Erforderlichkeit des Lockdown nicht entgegen. Das Versäumnis wirkt sich dann möglicherweise auf der Ebene der Staatshaftung aus, lässt aber die Rechtfertigung der Freiheitseinschränkungen unberührt.

Die zweite Variable kann vor allem durch besonderen Schutz der Risikogruppen beeinflusst werden: Gibt es weniger Infektionen bei den vulnerablen Gruppen, sinkt das Risiko der Überlastung der Intensivstationen erheblich. Schon in einem frühen Zeitpunkt der Epidemie war erkennbar, dass an Covid-19 ganz überwiegend alte und mit anderen Krankheiten schwer vorbelastete Menschen schwer erkranken oder sterben, während schwere Verläufe und Todesfälle bei jungen Menschen sehr selten sind. Dies hat sich im weiteren Verlauf bestätigt. Zudem haben Alters- und Pflegeheime sich als Hotspots für Infektionen und Erkrankungen erwiesen. Es gibt somit eine klare Zielgruppe für besondere Schutzmaßnahmen. Wenn es möglich ist, die Zahl der schweren Krankheitsverläufe durch den gezielten Schutz der Risikogruppen so zu vermindern, dass die Kapazität der

Intensivstationen nicht ausgelastet wird,¹² ist ein Lockdown zur Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems nicht erforderlich. Auf die Zahl der Infizierten beziehungsweise der positiv Getesteten kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.¹³ Auch wenn deren Anzahl exponentiell ansteigt, führt dies nicht automatisch zur Überlastung des Gesundheitssystems. Infizieren sich hauptsächlich jüngere und nicht mit schweren Krankheiten vorbelastete Menschen, wirkt sich die Fallzahl auf die Belegung der Intensivstationen kaum aus. Ein Lockdown ist nicht erforderlich, sofern trotz steigender Fallzahlen die Überlastung der Intensivstationen dadurch vermieden werden kann, dass man Infektionen in Alters- und Pflegeheimen oder ähnlichen Einrichtungen weitestgehend verhindert und den Angehörigen von Risikogruppen im Übrigen Hilfen zum Schutz vor Infektionen wie Taxidienste, besondere Einkaufszeiten oder Essenslieferdienste anbietet.¹⁴

Auch wirksamer Schutz der Risikogruppen erfordert freilich einigen organisatorischen Aufwand, so dass diese Alternative die Erforderlichkeit eines Lockdown nicht entfallen lässt, wenn bei dynamischer Epidemieentwicklung die Kapazität der Intensivstationen bereits annähernd erschöpft ist. Auch hier gilt, was oben schon in anderem Zusammenhang gesagt wurde: Sogar schwerwiegende Versäumnisse der Bundesregierung und der Landesregierungen bei der Vorsorge gegen die Überlastung des Gesundheitssystems schließen die Rechtfertigung eines Lockdown nicht aus, wenn er wegen dieser Versäumnisse notwendig wird.¹⁵

Zeigt sich aber, dass der Lockdown erforderlich ist, weil die Risikogruppen nicht ausreichend geschützt sind, dann ergibt sich aus den Freiheitsrechten die Verpflichtung der zuständigen staatlichen Stellen, so schnell wie möglich Abhilfe durch besseren Schutz der besonders Gefährdeten zu schaffen, um den Lockdown beenden zu können. Entsprechendes gilt für die Erweiterung der Kapazität der Intensivstationen. Der Staat muss hier handeln und auch Finanzmittel zur Verfügung stellen. Dass diese Verpflichtung aus den Grundrechten folgt, hat nichts mit der Begründung von grundrechtlichen Leistungsansprüchen zu tun. Sondern es ist die freiheitsrechtliche Konsequenz daraus, dass der Staat nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Freiheitseingriffe so gering wie möglich halten muss. Freiheitseingriffe von dem Umfang und der Intensität eines Lockdown muss er so schnell wie möglich beenden bzw. vermindern, wenn er in der Lage ist, unter Einsatz staatlicher Mittel die Gefahren, denen mit den Freiheitseingriffen begegnet werden soll, zu reduzieren.

10 Vgl. *OVG Magdeburg*, COVuR 2020, 819 (826) = BeckRS 2020, 29264 Rn. 36.

11 Spiegel 28.7.2020, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/coronavirus-rund-410-000-antraege-auf-kurzarbeit-fuer-kliniken-und-aerzte-a-51dd8fd8-0fd3-4aba-a8dc-8bfa75e0dfc4> (abgerufen am 23.1.2020).

12 Dies wird tendenziell bejaht zB von *Schrapppe* ua, Thesenpapier 6, Teil 6.1 S. 5.

13 Dies verkennt zB *OVG Magdeburg*, COVuR 2020, 819 (825) = BeckRS 2020, 29264 Rn. 34; zutr. hingegen *SaarVerfGH*, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 43.

14 Vgl. zum Tübinger Beispiel zB *Tagesspiegel*, 9.12.2020, <https://www.tagesspiegel.de/politik/boris-palmer-ueber-tuebingens-corona-sonderweg-wir-haben-zuletzt-bei-den-ueber-75-jaehrigen-keine-faelle-mehr/26698406.html>. – Zu weiteren Gesichtspunkten, die bei der Prüfung der Erforderlichkeit relevant sein können vgl. *Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung, Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, Vorlage EK 17/2-12, S. 16 ff., <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf>.

15 Vgl. zB *OVG Magdeburg*, COVuR 2020, 819 (825) = BeckRS 2020, 29264 Rn. 33.

Als weitere Mittel, mit denen auf die zweite Variable – die zu befürchtende Zahl der Intensivpatienten – eingewirkt werden kann, kommen erstens Maßnahmen zur Stärkung des Immunsystems in Betracht (die schon längst zur Verfügung stehen – bspw. Vitamin D), zweitens jetzt auch Impfungen und drittens (sobald verfügbar) Medikamente, die bei Erkrankung an Covid-19 schwere Verläufe verhindern.

All diese Maßnahmen sind, sofern nicht zwangsweise eingesetzt, mildere Mittel im Vergleich zum Lockdown und lassen dessen Erforderlichkeit entfallen, wenn sie hinreichend sicher die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen ausschließen.

a) *Zur Beurteilung der Erforderlichkeit einzelner Verbote.* Die Verwaltungsgerichte haben in der Regel nicht den Lockdown im Ganzen, sondern einzelne Verbote (Beherbergungsverbot, Betriebsschließungen, Ausgangsbeschränkungen usw.) zu beurteilen. Die Erforderlichkeit einer einzelnen Maßnahme (zB Schließung der Fitnessstudios) hängt zunächst davon ab, ob der mit der konkreten Maßnahme angestrebte Erfolg (zB Verhinderung von Infektionen in Fitnessstudios) sich auch mit weniger freiheitseinschränkenden Mitteln (zB Hygiene- und Abstandsvorschriften) erreichen ließe. Diese werden aber regelmäßig weniger effektiv sein.¹⁶ Im Übrigen lässt sich die Erforderlichkeit einer bestimmten Maßnahme nicht mit dem Argument verneinen, dass die Summe der übrigen Maßnahmen ausreicht, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Die einzelnen Maßnahmen sind im Rahmen einer Corona-Verordnung Teile eines Gesamtkonzepts, und für die Bejahung der Erforderlichkeit einer bestimmten Maßnahme reicht es aus, wenn ohne sie das ganze Maßnahmenbündel weniger effektiv wäre.¹⁷ Allerdings hängt unter diesem Aspekt die Erforderlichkeit der zu beurteilenden einzelnen Maßnahme davon ab, ob das ganze Maßnahmenbündel (der Lockdown) zur Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems erforderlich ist. Das wird von den Verwaltungsgerichten aber regelmäßig nicht geprüft; sie begnügen sich mit der Feststellung, dass Alternativmaßnahmen nicht ebenso effektiv die Ausbreitung des Virus verhindern.¹⁸ Damit lässt sich aber nur die Erforderlichkeit der Maßnahmen im Hinblick auf das Minimierungsziel begründen. Ob es mildere Mittel gibt, um eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, ist eine andere Frage.¹⁹

b) *Zur Erforderlichkeit des Umfangs des Lockdown.* Im letzten Frühjahr, Herbst und Winter haben wir unterschiedlich harte Varianten des Lockdown kennengelernt, beispielsweise mit und ohne Schließung von Schulen und Kindergärten, mit und ohne Ausgangsbeschränkungen usw. Wenn die Erforderlichkeit eines umfangreichen Maßnahmenbündels geprüft wird, stellt sich unter dem Aspekt der Erforderlichkeit die Frage, ob man auf einige Maßnahmen verzichten könnte, ohne die Erreichung des angestrebten Ziels zu gefährden. Der Staat darf ja die Freiheit nicht stärker einschränken als dies zur Zielerreichung notwendig ist. Wenn beispielsweise ohne jede Kontaktbeschränkung damit zu rechnen wäre, dass die Infektionsrate so sehr ansteigt, dass die Zahl der intensivbehandlungsbedürftigen Corona-Patienten die Intensivstationen an ihre Kapazitätsgrenzen bringt, und mit einem „weichen“ Lockdown ein hinreichender Abstand zu den Kapazitätsgrenzen erreicht worden ist, dann lässt sich eine weitere Verschärfung des Lockdown unter dem Aspekt dieses Gemeinwohlziels nicht rechtfertigen. Der Politik bleibt ein weiter Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des Maßnahmenbündels. Die Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen offen zu lassen und Gast-

stätten zu schließen, kann unter Umständen eine rechtmäßige Prioritätensetzung sein. Bei der Auswahl der Maßnahmen hängt vieles vom Stand der Erkenntnisse über das Infektionsgeschehen ab, und eine verfehlte Auswahl kann in Konflikt mit dem Willkürverbot (Art. 3 I GG) geraten. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit kommt es jedenfalls darauf an, ob die Gesamtheit der auf Kontaktbeschränkung gerichteten Maßnahmen zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Intensivstationen notwendig ist, oder ob man dieses Ziel auch mit weniger beziehungsweise mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreichen könnte.²⁰

4. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Immunität

Social Distancing-Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen, Veranstaltungsverbote usw. sowie die Maskenpflicht richten sich unterschiedslos an alle Menschen, also auch an diejenigen, die bereits infiziert waren und dadurch eine sterile Immunität erworben haben, also sich nicht mehr infizieren und auch nicht andere Menschen anstecken können. Wer das Virus nicht an andere Menschen übertragen kann, kann deshalb nicht einmal potenziell dazu beitragen, dass die Epidemie sich ausbreitet und das Gesundheitssystem überlastet wird oder dass deshalb andere Menschen erkranken und sterben. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegenüber Menschen, die gegen SARS-CoV-2 immun sind, sind daher epidemiologisch betrachtet zur Erreichung der angestrebten Gemeinwohlziele weder geeignet noch erforderlich.

Ein möglicher Einwand lautet, dass man in seltenen Fällen eine Reinfektion beobachtet hat, so dass keine hundertprozentige Gewissheit besteht, dass Menschen nach überstandener SARS-CoV-2-Infektion immun sind.²¹ Epidemiologisch dürfte dies aber irrelevant sein. Liefen man den Einwand trotzdem gelten, müsste die Immunität aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit iES zur Geltung kommen; sie wäre ein starkes Argument für die Unzumutbarkeit der Freiheitseinschränkungen für die immunen Personen.

Ein weiterer Einwand könnte lauten, dass man nicht genau weiß, wie lange die sterile Immunität andauert. Das müsste auch für durch Impfung erworbene Immunität gelten, falls sich herausstellen sollte, dass Impfungen nicht nur Erkrankungen, sondern auch Infektionen und die Weitergabe des Virus verhindern. Bejahte man unter diesem Aspekt die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Erstreckung der Corona-Maßnahmen auf diese Personen, dann müsste man sich klar machen, dass die Freiheitsbeschränkungen insofern (ebenso wie bzgl. der Reinfektionsmöglichkeit) nicht mit einem aktuell gegebenen Infektionsrisiko, sondern mit einem potenziellen Risiko begründet würden. Auch dies müsste sich auf die Verhältnismäßigkeit iES auswirken.

Außerdem stellt sich die Frage, ob man die Geeignetheit und Erforderlichkeit hier mit dem Umstand begründen kann, dass es für die Behörden nicht ohne weiteres möglich ist zu

16 Vgl. zB OVG *Berlin-Brandenburg*, COVuR 2020, 813 (817) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 32, VG *München*, COVuR 2020, 774 (777 f.) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 32.

17 Vgl. zB VG *München*, COVuR 2020, 774 (778) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 32.

18 Vgl. zB OVG *Berlin-Brandenburg*, COVuR 2020, 813 (817) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 32 ff.; VG *München*, COVuR 2020, 774 (777 f.) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 32.

19 Diese wird geprüft zB von OVG *Magdeburg*, COVuR 2020, 819 (825) = BeckRS 2020, 29264 Rn. 32 ff.

20 In diesem Sinne etwa *SaarlVerfGH*, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 32 ff.

21 Vgl. Spiegel 15.1.2021, <https://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/immun-nach-corona-infektion-wie-infektioes-sind-genesene-corona-krank-a-d49d4655-2a82-4e64-b4b0-c4f06a7557a3> (abgerufen am 23.1.2021).

erkennen, wer immun ist und wer nicht. Die Corona-Maßnahmen verlören ihre Durchsetzbarkeit, wenn sich jeder ihnen mit der Behauptung, er sei immun, entziehen könnte. Dem ließe sich aber begegnen, indem die Betroffenen die Möglichkeit erhielten, durch ein Attest ihre Immunität nachzuweisen.

V. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. erfordert eine Abwägung zwischen dem angestrebten Nutzen der Corona-Maßnahmen und den durch sie bewirkten Freiheitseinschränkungen und ihren unerwünschten Neben- und Folgewirkungen. Um die Vorteile und Nachteile gegeneinander abwägen zu können, müssen sie zunächst beschrieben und – quantitativ wie qualitativ – gewichtet und bewertet werden.

1. Konkretheit der abzuwägenden Vor- und Nachteile

Ungenau wird häufig gesagt, die Freiheitseinschränkungen müssten mit dem angestrebten Gemeinwohlziel abgewogen werden. Diese Formulierung verleitet zu einer abstrakten Gegenüberstellung von Grundrechtspositionen, etwa in folgender Weise: Ziel der Maßnahmen sei es, Leben und Gesundheit zu schützen. Das seien hochrangige Rechtsgüter; das Leben sei das höchste, und deshalb habe der Schutz des Lebens Vorrang vor allen Freiheitseinschränkungen – wie intensiv, umfang- und folgenreich sie auch sein mögen. Nichts ist verkehrter als eine solche Argumentation. Es geht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht um die Abwägung der Freiheitsbeeinträchtigungen mit einem abstrakten Ziel (hier: Schutz von Leben und Gesundheit), sondern mit dem konkreten Beitrag, den die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels leisten. Es geht nicht um eine abstrakte Güterabwägung, sondern um die Abwägung der konkreten Schutzgutbeeinträchtigungen, die man einerseits mit den Maßnahmen vermeiden will und die man andererseits durch die Maßnahmen verursacht.

Also darf auch nicht das konkrete Ziel als solches (also etwa die Vermeidung eines Gesundheitsnotstands) in die Waagschale gelegt werden, sondern nur der Beitrag, den die zu beurteilende(n) Maßnahme(n) zur Erreichung dieses Ziels leistet/leisten (das könnte etwa eine geringfügige Verringerung des Risikos eines Gesundheitsnotstands, zB um 2 %, sein). Dies wird in der Rechtsprechung regelmäßig falsch gemacht – mit der Folge, dass wegen der Fehlgewichtung des Nutzens regelmäßig die Verhältnismäßigkeit der staatlichen Maßnahmen bejaht wird.

a) *Abwägung und Zahl der Betroffenen.* Beispiel: Der *VGH Mannheim* hatte über die Verhältnismäßigkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkung zu entscheiden. Er stellt darauf ab, dass diese dazu diene, „Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit einer potenziell großen Zahl von Menschen abzuwehren“ und die „Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems“ sicherzustellen. Dem misst er „ein sehr hohes Gewicht“ bei, während die Freiheitseinschränkungen des Antragstellers geringeres Gewicht hätten.²² Die „gravierenden Folgen für Leib und Leben einer Vielzahl vom Coronavirus Betroffener“ und die „Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems Deutschlands“ werden dem Interesse eines Einzelnen gegenübergestellt, nachts spazieren zu gehen oder Zigaretten aus dem Automaten zu holen. Es ist klar, wie diese Abwägung ausgehen muss. Aber das Abwägungsarrangement ist evident falsch. Wenn man den kollektiven Nutzen von Maßnahmen, die Mio. von Menschen (in Baden-Württemberg rund 10 Mio.) in ihrer Freiheit ein-

schränken, gegen die Betroffenheit eines einzelnen dieser vielen Mio. Menschen abwägt, kann das nur zulasten der Freiheit des Betroffenen ausgehen, obwohl man sich die Beschränkung der Freiheit dieser konkreten Person wegdenken kann, ohne dass der Nutzen für das Gemeinwohl wesentlich geschmälert wurde. Dürfte diese eine Person nachts zum Zigarettenautomaten gehen oder am Waldrand die Sterne beobachten, bräche nicht das Gesundheitssystem zusammen und es käme auch nicht zu „gravierenden Folgen für Leib und Leben einer Vielzahl“ von Menschen. Die Abwägung, die das Gericht vornimmt, mag auf den ersten Blick suggestiv einleuchtend sein. Bei genauerem Hinsehen ist sie absurd. Sie beruht auf einer Fehlgewichtung um mindestens den Faktor 10 Mio.²³

Die Abwägung des konkreten Nutzens und der konkreten Nachteile staatlicher Maßnahmen, die eine Vielzahl von Menschen zugleich betreffen, ist auf zweierlei Weise möglich: Man legt in die eine Waagschale den kollektiven Gesamtnutzen; dann muss man in die andere Waagschale die kollektiven Gesamtnachteile der vielen Betroffenen legen, die Summe der Freiheitseinschränkungen mit all den aus ihnen resultierenden Belastungen.²⁴ Oder man legt auf der Seite der Freiheitseinschränkungen nur die Belastungen des betroffenen individuellen Klägers oder Antragstellers in die Waagschale; dann gehört auf der Seite des Gemeinwohlnutzens nur derjenige Erfolg auf die Waage, den die konkrete Freiheitseinschränkung des individuellen Klägers zu dem angestrebten Gemeinwohlziel anteilig beiträgt. Dieser Beitrag dürfte im hier erörterten Beispiel so gering sein, dass er gegen Null tendiert.

Das auf das Individuum – auf seine Freiheitseinschränkung und seine daraus resultierenden Belastungen – abstellende Abwägungsarrangement entspricht dem System des subjektiven Rechtsschutzes. Daher liegt es nahe, die individuelle Freiheitsbeeinträchtigung gegen den individuellen Beitrag für den Gemeinwohlnutzen abzuwägen. Dies bietet sich bei der Überprüfung eines an den Einzelnen adressierten Verwaltungsakts an. Bei der Überprüfung von an die Allgemeinheit adressierten Rechtsnormen liegt es näher, die kollektiven Freiheitsbeschränkungen und die aus ihnen resultierenden Belastungen gegen den kollektiven Gesamtnutzen abzuwägen. Beide Prüfungsansätze laufen auf das Gleiche hinaus. Entweder wägt man die Summe des Nutzens, die die Freiheitseinschränkungen aller betroffenen Menschen für das Gemeinwohl erbringen, gegen die Summe der Nachteile aller betroffenen Menschen (in Baden-Württemberg rund 10 Mio.) ab, oder man wägt den individuellen Bruchteil, den der Einzelne zum Nutzen beiträgt (in Baden-Württemberg also je nach Maßnahme vielleicht nur ein Zehnmillionstel) gegen die individuellen Nachteile ab. Das Abwägungsergebnis wird im Wesentlichen das gleiche sein.

22 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 S 4028/20, BeckRS 2020, 36334 Rn. 45 ff.

23 Vielleicht sogar um den Faktor 80 Mio., denn der *VGH* stellt – obwohl der die Rechtmäßigkeit der baden-württembergischen Corona-VO prüft – auf den angestrebten Erfolg für ganz Deutschland ab. – Ähnl. verfehlt wägen den Gesamtnutzen des Lockdown gegen nur die individuellen oder branchenbezogenen Nachteile ab zB *OVG Berlin-Brandenburg*, COVuR 2020, 813 (817f.) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 33 ff.; *VG München*, COVuR 2020, 774 (778) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 37. *VG Berlin*, COVuR 2020, 837 (840) = BeckRS 2020, 29924 Rn. 25, wägt sogar das abstrakte Ziel (Schutz von Leben und Gesundheit als Gütern „von höchstem verfassungsrechtlichen Rang“) mit der konkreten individuellen Betroffenheit ab.

24 So (für die Folgenabwägung im Eilverfahren) *BVerfG*, Beschl. v. 7.7.2020 – 1 BvR 1187/20, BeckRS 2020, 17557 Rn. 6; *BVerfG*, Beschl. v. 9.4.2020 – 1 BvR 802/20, BeckRS 2020, 5596 Rn. 12; *BVerfG NVwZ* 2020, 708 Rn. 8 m. Hinw. auf; *BVerfGE* 122, 342 (362) = NVwZ 2009, 441; *BVerfGE* 131, 47 (61) = NJW 2012, 1941.

b) *Abwägung und konkreter Beitrag der betreffenden Maßnahme.* Ein strukturell ähnlicher Abwägungsfehler wie hinsichtlich der Zahl der Betroffenen wird immer wieder hinsichtlich des Nutzens der konkreten Maßnahme gemacht. Ist über die Verhältnismäßigkeit einer konkreten Maßnahme zu entscheiden (Beispiel: nächtliche Ausgangssperre), dann darf als Nutzen für das Gemeinwohl nicht der insgesamt angestrebte Erfolg (Beispiel: Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems) in die Abwägung eingestellt werden. Dieser Erfolg soll ja mit einem Bündel vielfältiger Maßnahmen (Abstands- und Hygieneregeln, Geschäftsschließungen usw.) erreicht werden. Vielmehr geht es hier nur um den Beitrag, den die konkrete Maßnahme für den Erfolg leistet.²⁵ Die nächtliche Ausgangssperre kann für sich genommen die Überlastung des Gesundheitssystems evident nicht verhindern, sondern allenfalls im Zusammenwirken mit allen anderen Maßnahmen. Also kann in der Abwägung nur der offensichtlich sehr kleine Beitrag, den die nächtliche Ausgangssperre für den angestrebten Erfolg leistet, in die Abwägung eingestellt werden.²⁶ Maßnahmen, die sehr effektiv die Infektionsgefahr mindern, wiegen auf der Nutzenseite schwerer als Maßnahmen, die die Infektionsgefahr nur sehr geringfügig mindern.

Regelmäßig richten sich verwaltungsgerichtliche Klagen gegen einzelne Maßnahmen (Schließung von Gaststätten, von Friseursalons usw.), so dass dann jeweils die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme geprüft werden muss. Es ist aber auch möglich, die Verhältnismäßigkeit eines ganzen Maßnahmenbündels, also zum Beispiel des Lockdown, zu prüfen. Dann sind die Vorteile der Summe aller Einzelmaßnahmen gegen die Nachteile dieser Summe für die Vielzahl der Betroffenen abzuwägen. Diese Abwägungskonstellation kann sich beispielsweise bei einer abstrakten Normenkontrolle ergeben, die sich nicht gegen einzelne Vorschriften, sondern gegen eine Lockdown-Verordnung im Ganzen richtet. Vor allem aber müssen die Landesregierungen bei ihren Entscheidungen über Corona-Verordnungen auch auf diese Weise abwägen – nicht nur die einzelne Maßnahme muss verhältnismäßig sein, sondern das ganze Maßnahmenpaket.²⁷

c) *Abwägung und konkreter Erfolg der Maßnahmen.* Wie groß der Nutzen für das Gemeinwohl ist, der durch die freiheitseinschränkende Maßnahmen bewirkt wird, ergibt sich nicht aus dem abstrakten Ziel (Beispiel: Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems), sondern aus dem konkreten Erfolg, der insoweit durch die Maßnahmen erzielt wird. Da die Maßnahmen präventiv wirken, geht es um Gefahrenabwehr. Die Intensivstationen sind noch nicht überlastet, aber es soll verhindert werden, dass es dazu kommt. Die Beurteilung des Nutzens setzt also eine Prognose voraus, mit welcher Wahrscheinlichkeit es zu welchen Folgen für das Gesundheitssystem kommt. Es ist ein riesiger Unterschied, ob nur in Einzelfällen die Erforderlichkeit von Triageentscheidungen zu befürchten ist, oder in Hunderttausenden von Fällen. Da Triageentscheidungen im Krankenhausalltag in Einzelfällen immer wieder vorkommen, ohne dass man bisher insofern von einem Gesundheitsnotstand gesprochen hat, wird man von vornherein nur im Falle einer sehr großen Anzahl von Patienten, die intensivbehandlungsbedürftig sind und mangels ausreichender Behandlungskapazität nicht optimal behandelt werden können, einen Notstand erblicken können, der mit weitreichenden, die gesamte Bevölkerung betreffenden Freiheitseinschränkungen abzuwehren ist. Der Gesundheitsnotstand wiegt umso schwerer, je größer die Zahl der Patienten, die nicht auf Intensiv-

stationen behandelt werden können, obwohl dies indiziert wäre, und je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass ohne die zu beurteilenden Maßnahmen der Notstand eintritt. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es darauf an, wie wahrscheinlich ein solcher Notstand ist, wenn keine Maßnahmen ergriffen werden. Der Erfolg einer Maßnahme oder eines Maßnahmenbündels liegt dann in der Verminderung des Risikos für den Eintritt des Gesundheitsnotstands. Die Größe des Risikos wird definiert als das Produkt des Schadensumfangs und der Eintrittswahrscheinlichkeit. Corona-Maßnahmen werden das Risiko des Gesundheitsnotstands regelmäßig nicht völlig ausschließen, aber verkleinern können, und diese Risikominderung ist als für das Gemeinwohl angestrebter Erfolg in die Abwägung einzustellen. Dem Lockdown oder sogar jeder einzelnen Maßnahme die Verhinderung des worst case eines völligen Zusammenbruchs der Krankenversorgung statt nur den konkreten Risikominderungsbeitrag zuzurechnen, führt zu einer krassen Überbewertung des Nutzens der Corona-Maßnahmen.

Dieser Abwägungsfehler wird in der Rechtsprechung ständig wiederholt, beispielsweise wenn ein Gericht sagt, die „durchaus erheblichen Beeinträchtigungen“, die durch eine nächtliche Ausgangssperre bewirkt werden, stünden in der Abwägung „zu dem hohen Schutzgut von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen bei einer weiteren Verbreitung des Coronavirus“ nicht offensichtlich außer Verhältnis.²⁸ Das Gericht prüft überhaupt nicht, wieviel die nächtliche Ausgangssperre zur Verbreitung von SARS-CoV-2 beiträgt und in welchem Maße dadurch das Risiko einer schwerwiegenden Überlastung des Gesundheitssystems sinkt. Wenn der Beitrag dieser Maßnahme für sich genommen nicht ins Gewicht fiel und zugleich ihr Beitrag in Relation zu anderen Maßnahmen viel weniger effektiv wäre, spräche vieles dafür, dass die Maßnahme unangemessen ist. Dies müsste jedenfalls geprüft werden. Es ist Sache des Ordnungsgebers, im gerichtlichen Verfahren den mit einer Maßnahme erzielten Gewinn an Gesundheitsschutz darzulegen.²⁹

Entsprechend müssen auch bezüglich des Ziels, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, die Gesundheitsrisiken konkret gewichtet werden. Corona-Maßnahmen haben einen abnehmenden Grenznutzen. Geht man davon aus, dass durch Social Distancing Infektionen und in Folge dessen auch Todesfälle und schwere Krankheitsverläufe verhindert werden, so wird ein Lockdown im Falle sehr hoher Infektionszahlen einen relativ großen Nutzen haben.³⁰ Je geringer die Zahl der aktuellen Infektionsfälle ist, desto geringer wird der Nutzen

25 Zutr. AG Weimar, Urt. v. 11.1.2021 – 6 OWi – 523 Js 202518/20, BeckRS 2021, 257 Rn. 42.

26 Immer wieder stellen Verwaltungsgerichte fälschlich den Gesamtnutzen des Lockdown statt den Beitrag der streitgegenständlichen Maßnahme in die Abwägung ein, zB OVG Berlin-Brandenburg, COVuR 2020, 813 (817 f.) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 33 ff.; VG München, COVuR 2020, 774 (778) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 37; zutr. geprüft hingegen von SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 32 ff.

27 Zur Abhängigkeit der Rechtfertigung einzelner Maßnahmen von der Verhältnismäßigkeit des ganzen Lockdown unten V. 5.

28 So BayVerfGH, Entsch. v. 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20, BeckRS 2020, 35808 Rn. 21; ähnlich zB VGH Mannheim, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 S 4028/20, BeckRS 2020, 36334 Rn. 46 ff.; eine völlig substanzlose Abwägungsthese zB bei VGH München, NJW 2021, 178 Rn. 42.

29 SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 43.

30 Es gibt allerdings Studien, die einem Lockdown keine oder nur geringe Wirksamkeit attestieren, vgl. zB Bendavid/Oh/Bhattacharyya/Ioannidis, Assessing Mandatory Stay-at-Home and Business Closure Effects on the Spread of COVID-19, European Journal of Clinical Investigation, 5.1.2021, <https://doi.org/10.1111/eci.13484>; weitere Nachw. bei AG Weimar, Urt. v. 11.1.2021 – 6 OWi – 523 Js 202518/20, BeckRS 2021, 257 Rn. 44 f.

des Lockdown sein. Die Zahl der zusätzlich verhinderten Todesfälle und schweren Krankheitsverläufe, die durch den Lockdown verhindert werden können, wird immer geringer, je weiter die Infektionskurve sich nach unten geneigt hat. In der Abwägung kann also der Nutzen der Maßnahmen nicht abstrakt als „Vermeidung“ oder „Verminderung“ von Todesfällen auf die Waagschale gelegt werden, sondern es kann als Nutzen der Maßnahmen immer nur die Vermeidung derjenigen Zahl von Todesfällen in die Abwägung eingestellt werden, die in einer konkreten epidemischen Lage durch die geplanten Maßnahmen vermieden werden können.

2. Einzelheiten zum Nutzen der Maßnahmen

Soweit es um das Ziel geht, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Krankheitsverläufe zu minimieren, kommt es für die Abwägung darauf an, wie groß die Gefahr ist und um wieviel sie durch die Freiheitseinschränkungen vermindert wird. Im Folgenden wird zur Abkürzung nur von Todesfällen gesprochen. Die Ausführungen gelten für schwere Krankheitsverläufe entsprechend.

a) *Sterberisiken sind nicht Sterbefälle.* Alle Corona-Maßnahmen sollen präventiven Charakter haben. Sie dienen dem Schutz gegen Infektionen und damit vorbeugend dem Schutz von Leben und Gesundheit. Die SARS-CoV-2-Epidemie erzeugt für die Allgemeinheit Risiken für Leben und Gesundheit, und die Maßnahmen sollen diese Risiken verringern. Der Erfolg der Maßnahmen besteht insofern nicht in der Lebensrettung für Hunderttausende oder Mio. von Menschen, sondern in einer bestimmten Verminderung des Sterberisikos. Die Größe des Erfolgs hängt für den Einzelnen davon ab, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, innerhalb eines bestimmten Zeitraums ohne Corona-Maßnahmen und mit den zu beurteilenden Corona-Maßnahmen an Covid-19 zu sterben. Anschaulicher lässt sich der Erfolg durch Darstellung des Kollektivrisikos darstellen: Mit wie vielen Covid-19-Toten müssten wir ohne die Maßnahmen rechnen? Mit wie vielen trotz der Maßnahmen? Die Differenz ist der angestrebte Erfolg, der aber noch nicht mit dem in die Abwägung einzustellenden Nutzen gleichgesetzt werden kann. Da aber beide Größen nicht genau bekannt sein können, sondern auf Abschätzungen und Prognosen beruhen, musste zu Beginn der Pandemie mit Szenarien gearbeitet werden, die zumindest eine empirische Plausibilität hätten aufweisen müssen. Alternativen Szenarien hätte man eine geschätzte Wahrscheinlichkeit zuordnen müssen.

Nach etlichen Monaten der Pandemie gibt es für die Risikoeinschätzung viel bessere empirische Grundlagen. Bei der Risikoabschätzung sind ausländische Erfahrungen (beispielsweise die Sterblichkeit in der Lombardei oder in New York) nur unter Berücksichtigung der jeweils besonderen Umstände hinsichtlich des Zustands des Gesundheitssystems, der Behandlungsmethoden, der gesundheitlichen Vorbelastungen der Patienten usw. zu berücksichtigen. Im Zeitverlauf kommt hinzu, dass das Sterberisiko und das Risiko schwerer Verläufe durch die Verbesserung der Behandlungsmethoden abgenommen haben.³¹

Die Größe eines Risikos wird in der Sicherheitswissenschaft als Produkt aus Schadensumfang und Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens beschrieben. Je größer die Wahrscheinlichkeit, dass es ohne Lockdown zu einer bestimmten Zahl von „Corona-Toten“ kommt, desto größer ist das Risiko, je kleiner die Wahrscheinlichkeit, desto kleiner ist das Risiko. Je nach Wahrscheinlichkeit kann daher bei gleicher angenommener Zahl von Todesopfern das Risiko um das

Zehnfache, ja sogar um das Hundertfache, das Tausendfache oder Mio.- oder Milliardenfache kleiner sein, als wenn man mit sehr großer Wahrscheinlichkeit die angenommene Zahl von Toten würde beklagen müssen.

Es ist sehr schwierig, die Wahrscheinlichkeit angenommener Epidemieverläufe einzuschätzen, wenn die Datengrundlage noch sehr unzureichend ist. Daraus resultiert für die verantwortlichen Politiker ein großer Einschätzungsspielraum. Aber dh nicht, dass jedes theoretisch denkbare Schreckensszenario als für die Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich zugrunde gelegt werden darf. Auch Szenarien sind begründungsbedürftig und müssen plausibel sein. Und vor allem darf ein Szenario bei der Abwägung nicht so behandelt werden, als sei der Ablauf dieses Szenarios mit Sicherheit zu erwarten. Ohne eine zumindest grobe Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines angenommenen Ablaufs ist die Gewichtung des Risikos und damit auch eine Abwägung nicht möglich. Und ein Handeln auf der Basis, dass das angenommene Szenario (mit einer bestimmten Anzahl zu erwartender „Corona-Toten“) mit Sicherheit zu erwarten (statt mit einer vielleicht nur geringen Wahrscheinlichkeit zu befürchten) ist, führt zu einem Abwägungsfehler, der die Verhältnismäßigkeitsprüfung rechtswidrig macht.

Wichtig ist, dass nicht etwa die von Freiheitsbeschränkungen betroffenen Bürger nachweisen müssen, dass ein von Bundesregierung und Landesregierungen zugrunde gelegtes Szenario sehr unwahrscheinlich ist, sondern im Rechtsstreit hat der Staat, der die Freiheit einschränkt, die Darlegungs- und Begründungslast dafür, dass die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Freiheitseinschränkung erfüllt sind. Im Kontext der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ieS bedeutet dies, dass die Regierungen die Größe des Risikos, das sie mit dem Lockdown bekämpfen, nachvollziehbar beschreiben. Dazu gehört, dass sie darlegen, von welchen tatsächlichen Annahmen sie ausgehen und wie sie die Wahrscheinlichkeit des angenommenen Epidemieverlaufs einschätzen und begründen.³²

b) *„Corona-Tote“ sind oft nicht Corona-Tote.* In die Statistiken der „Corona-Toten“ gehen nicht nur die Menschen ein, die *an* Corona gestorben sind, sondern auch diejenigen, die *mit* Corona gestorben sind. Jeder Tote wird mitgezählt, der positiv auf Corona getestet wurde. Es spielt keine Rolle, ob Covid-19 ursächlich für den Tod war. Es scheint nicht einmal darauf anzukommen, ob die Person überhaupt an Covid-19 erkrankt war; es reicht aus, dass sie positiv auf SARS-CoV-2 getestet war.

Die Ergebnisse der Obduktionen, die der Pathologe Püschel in Hamburg vorgenommen hat, zeigen, dass in allen Fällen Covid-19 nicht oder nicht allein die Todesursache war, sondern dass fast alle „Corona-Toten“ schwere, meist multiple Vorbelastungen durch andere Krankheiten hatten, ohne die sie nicht an Covid-19 gestorben wären.³³ Covid-19 war in diesen Fällen wohl mitursächlich für den Tod, aber eher im Sinne des Tropfens, der das Fass zum Überlaufen bringt. Jede „normale“ Grippe hätte bei diesen Patienten vielleicht eben-

31 Vgl. zB Corona-Trend: Die Sterberate sinkt, Heise online, 21.9.2020, <https://www.heise.de/hintergrund/Corona-Trend-Die-Sterberate-sinkt-4894170.html> (abgerufen am 19.1.2021).

32 Zu den Anforderungen an legislative Prognosen näher BVerfGE 106, 62 (152 f.) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

33 Vgl. aertzteblatt.de 22.4.2020, <https://www.aertzteblatt.de/nachrichten/112189/Obduktionsberichte-Verstorbene-COVID-19-Patienten-hatten-alle-Vorerkrankungen> (abgerufen am 14.8.2020); Tagesspiegel 9.5.2020, <https://www.tagesspiegel.de/wissen/studie-aus-hamburg-zu-todesursachen-blutverduenner-koennten-Hoffnung-fuer-coronavirus-patienten-sein/25815276.html> (abgerufen am 14.8.2020).

falls zum Tod geführt. Wenn das Durchschnittsalter der „Corona-Toten“ über 80 Jahre beträgt und wenn diese Menschen fast alle multimorbid vorbelastet sind, bedarf der Eintritt des Todes oft nur eines geringfügigen Auslösers. Das ist nicht selten die saisonale Grippe.

Es ist also nicht richtig, die „Corona-Toten“ pauschal und zu 100 % auf das Konto von SARS-CoV-2 zu schreiben beziehungsweise umgekehrt die Zahl der vermiedenen „Corona-Todesfälle“ als Erfolg des Lockdown zu verbuchen. Wenn der Patient überhaupt an und nicht lediglich mit Corona gestorben ist, dann ist der Erfolg in solchen Fällen realistischerweise die Verlängerung des Lebens um vielleicht ein paar Wochen oder bestenfalls Monate. Auch das ist ein Erfolg, den man schätzen kann und muss. Aber es ist nicht derselbe Erfolg und es ist kein gleich großer, sondern ein viel kleinerer Erfolg, als wenn man Todesfälle abgewendet hätte, bei denen Covid-19 die einzige oder jedenfalls die hauptsächliche Ursache gewesen wäre. Abgewendet hat man eben nur den kleinen Kausalbeitrag, den Covid-19 für diesen Tod geleistet hätte.

Solange die Gefahrenbeurteilung auf der Basis der irreführenden Zahlen vorgenommen wird, die das RKI veröffentlicht, also jeder verstorbene Krebs- oder Herzinfarktpatient, der vor oder nach dem Tod positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurde, als „Corona-Toter“ gezählt wird,³⁴ ist eine präzise Verhältnismäßigkeitsprüfung gar nicht möglich. Die Gerichte müssten aber wenigstens auf der Basis der verfügbaren Informationen das Risiko für das Leben erheblich geringer gewichten, als es sich aus der Zahl der so genannten „Corona-Toten“ ergibt. Da der Staat die Freiheitseinschränkungen rechtfertigen muss und nicht die Bürger eine Rechtfertigungs-, Begründungs- und Beweislast für ihre Freiheitsausübung haben, dürften die Mängel der RKI-Statistik nicht zulasten der Freiheit ausschlagen. Es ist Sache der freiheitsbeschränkenden Staatsorgane, den Nachweis zu führen, wie viele Menschen wirklich *an* und nicht nur *im Zusammenhang mit* Corona sterben.³⁵

c) *Risikogewichtung und PCR-Tests.* Eine unzutreffende Gewichtung der mit Corona-Maßnahmen zu bekämpfenden Risiken kann auch daraus resultieren, dass das Erkrankungs- und Sterberisiko auf der Basis der vom RKI täglich publizierten Zahlen der „Neuinfektionen“ eingeschätzt wird. Ob die vom RKI als Corona-„Fälle“ geführten Menschen an Covid-19 erkrankt sind, oder ob sie lediglich auf SARS-CoV-2 positiv getestet worden sind, unterscheidet die RKI-Statistik nicht. Für die Erkenntnis der Größe des Gesundheitsrisikos wäre es aber äußerst wichtig zu wissen, wie viele der infizierten Menschen tatsächlich an Covid-19 erkranken. Unter diesen müsste man wiederum zwischen leichten und schweren, hospitalisierungsbedürftigen sowie intensivbehandlungsbedürftigen Fällen unterscheiden. Zu letzteren Kategorien lassen sich immerhin Zahlen beschaffen. Indem die RKI-Statistik die Gesamtzahl der „Fälle“ der Gesamtzahl der „Genesenen“ gegenüberstellt, erweckt sie den falschen Eindruck, dass alle „Fälle“ zuvor erkrankt waren. Das trifft aber für die meisten dieser Fälle, die symptomlos bleiben, nicht zu. Wird also durch die RKI-Zahlen die Größe des Krankheitsrisikos völlig falsch dargestellt, dann dürfen die Gerichte sich bei der Gewichtung des Gesundheitsrisikos, das durch die Corona-Maßnahmen vermindert werden soll, nicht – oder jedenfalls nicht ohne die gebotene Relativierung – auf diese Zahlen stützen.

Auch unter anderen Aspekten sind die Fallzahlen, die das RKI kommuniziert und die jeden Tag die Fernsehnachricht-

ten eröffnen, keine geeignete Grundlage für die Risikogewichtung. So hängt die Zahl der positiv Getesteten offensichtlich von der Zahl der durchgeführten Tests ab. Je mehr man testet, desto mehr so genannte „Neuinfektionen“ findet man. Über die wirklichen Risiken sagen die Tests nichts aus, sofern sie nicht an repräsentativen Bevölkerungstichproben durchgeführt werden. Man kann das scheinbare Risiko vergrößern, indem man mehr testet, und man könnte es zum Verschwinden bringen, indem man die Testprogramme einstellt.

Außerdem geht die Corona-Politik anscheinend davon aus, dass alle positiv Getesteten infektiös sind. Auch diese Annahme überzeichnet das Risiko erheblich. Denn der PCR-Test weist keine Infektiosität nach. Ein großer Teil der positiv getesteten „Fälle“ ist nicht infektiös.³⁶ Dies bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen, führt zu einer Fehlgewichtung des Nutzens der Maßnahmen. Die staatlichen Gesundheitsbehörden könnten die Risikoabschätzung auf eine sehr viel bessere empirische Grundlage stellen, wenn sie die Labore zur Übermittlung der Ct-Werte³⁷ verpflichteten und wenn das RKI diese Daten in seine Statistiken einspeiste. Denn diese Werte ermöglichen eine Einschätzung der Infektiosität.³⁸

Das ist nicht nur für die Beurteilung des Kollektivrisikos von Bedeutung. Im Einzelfall hängt die Rechtfertigung einer Quarantäne davon ab, ob die betreffende Person infektiös oder infektionsverdächtig ist. Ist der Ct-Wert so hoch, dass kein Infektionsrisiko besteht, lässt sich die Quarantäneanordnung nicht rechtfertigen.

d) *Mortalität als Korrektiv.* Wie gefährlich Covid-19 war oder ist, zeigt sich nachträglich auch an der Mortalität. Jedes Jahr sterben in Deutschland im Schnitt rund 930000 Menschen, also monatlich rund 78000, wöchentlich 18000 oder täglich über 2500. Eine gefährliche Epidemie, die drastische Freiheitseinschränkungen für die Allgemeinheit rechtfertigt, liegt nur dann vor, wenn es ohne die Freiheitseinschränkungen zu einer schwerwiegenden Übersterblichkeit kommt. In den ersten zehn Monaten des Jahres 2020 blieb die Gesamtzahl der Sterbefälle in der Bandbreite der letzten Jahre. Erst in den letzten acht Wochen zeigt sich eine coronabedingte Übersterblichkeit,³⁹ die aber um die Fälle korrigiert werden müsste, bei denen Covid-19 für den Tod nicht oder nur zu einem geringen Teil kausal war, so dass im Ergebnis für das

34 Die Formulierung lautet zwar formal korrekt „an oder mit“ bzw. „im Zusammenhang mit“ SARS-CoV-2 gestorben, aber die Statistik unterscheidet nicht, ob die Patienten überhaupt an Covid-19 erkrankt waren oder nicht, geschweige denn, ob die Erkrankung die Hauptursache für den Tod war oder nur einen kleinen Kausalbeitrag geleistet hat.

35 Vgl. *SaarlVerfGH*, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 43.

36 *Olfert Landt*, dessen Unternehmen PCR-Tests herstellt, schätzt, dass die Hälfte der positiv getesteten Personen nicht infektiös seien, *Fuldaer Zeitung*, 3.1.2021, <https://www.fuldaerzeitung.de/fulda/corona-pcr-test-hersteller-mut-rki-robort-koch-institut-tib-molbiol-olfert-landt-berlin-90132220.html> (abgerufen am 3.1.2021).

37 Der Cycle threshold-Wert gibt den Vermehrungszyklus der Polymerase-Kettenreaktion an, bei dem eine Infektion erkannt wird. Ct-Werte von > 30 gelten dabei als Hinweis auf eine niedrige, Werte von > 35 auf eine sehr niedrige Viruskonzentration, *Bergner*, Ct-Wert als Maß für die Infektiosität, *DAZ.online*, 22.10.2020, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/10/22/ct-wert-als-mass-fuer-die-infektiositaet> (abgerufen am 12.1.2021).

38 *Bergner*, Ct-Wert als Maß für die Infektiosität, *DAZ.online*, 22.10.2020, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/10/22/ct-wert-als-mass-fuer-die-infektiositaet> (abgerufen am 12.1.2021); zur Aussagekraft der PCR-Tests und ihren Grenzen vgl. auch *Schrapppe*, BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19 (14) 233 (6), 28.10.2020.

39 Vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Corona/Gesellschaft/bevoelkerung-sterbefaelle.html> (abgerufen am 3.1.2021 mit Stand KW 48).

Gesamtjahr vielleicht gar keine Übersterblichkeit gegeben ist. Dass dies (auch) Folge des Lockdown ist, darf nicht einfach unterstellt werden. Vielmehr müssen die Auswirkungen des Lockdown auf die Mortalität wissenschaftlich untersucht werden.⁴⁰ Beim Vergleich mit früheren Jahren muss außerdem berücksichtigt werden, dass die Gesamtzahl der Sterbefälle in Deutschland aufgrund der Altersstruktur seit einigen Jahren kontinuierlich ansteigt.⁴¹

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Lockdown sind nachträgliche Erkenntnisse über die Entwicklung der Mortalität nicht maßgeblich, da es auf den Kenntnisstand im Zeitpunkt der Entscheidung ankommt. Sie stellen aber eine wichtige empirische Grundlage für künftige Entscheidungen dar.

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Lockdown bleibt festzuhalten, dass im Zeitpunkt der Entscheidung wie bis Ende 2020 eine wesentlich erhöhte Mortalität für das Gesamtjahr nicht feststellbar war.⁴² Wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass die Mortalität ohne den Lockdown stark angestiegen wäre, ist dies ein starkes Indiz für die Unverhältnismäßigkeit des Lockdown.

e) *Vergleich mit anderen Risiken für das Leben.* Ein Hilfsmittel für die Bewertung der Corona-Risiken ist der Vergleich mit anderen Risiken für Leben und Gesundheit. Sind die Covid-19-Risiken wesentlich größer als andere Risiken?

Beispiele: Die Grippewelle 2017/18 hat in Deutschland laut RKI 25.100 Menschen das Leben gekostet – und dies, obwohl ein Impfstoff zur Verfügung stand.⁴³

An Unfällen sterben in Deutschland jährlich weit über 20.000, zuletzt fast 30.000 Menschen (2018: 29874),⁴⁴ an Verkehrsunfällen weit über 3.000 (2018: 3622).⁴⁵

An Diabetes mellitus sterben in Deutschland jährlich rund 25.000 Menschen (2018: 24856).⁴⁶

Diese Risiken wurden und werden hingenommen, ohne dass der Staat drastische Freiheitseinschränkungen zu ihrer Verhinderung ergreift, obwohl solche Maßnahmen möglich wäre (zB Lockdown bei Grippe; Verbote für unfallträchtige Tätigkeiten; Verbot für Inverkehrbringen von Zucker).

Es gibt etliche andere Beispiele für Lebens- und Gesundheitsrisiken in dieser Größenordnung, die durch staatliche Freiheitseinschränkungen vermieden oder wesentlich vermindert werden könnten, ohne dass dies geschieht oder auch nur von starken politischen Kräften gefordert würde.

Ist das Covid-19-Risiko wesentlich größer als die beispielhaft genannten Risiken? Die alle positiv Getesteten umfassende Zahl des RKI von rund 42.000 „an oder mit“ Corona Gestorbenen im Jahr 2020 ragt zwar über die Zahl der Toten einer größeren Grippewelle hinaus. Ein Vergleich der Risiken setzt aber voraus, dass aus der genannten Gesamtzahl diejenigen Toten herausgerechnet werden, für deren Tod SARS-CoV-2 nicht kausal war. Zu berücksichtigen ist insbesondere auch, dass man im Jahr 2020 keine Grippetoten erfasst hat, so dass angenommen werden kann, dass viele der so genannten „Corona-Toten“ möglicherweise an einem anderen Grippevirus gestorben sind und nur zusätzlich SARS-CoV-2 beziehungsweise Genfragmente des Virus bei ihnen nachgewiesen wurden.

Allerdings kommt es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht darauf an, wieviele Menschen bisher an Covid-19 gestorben sind, sondern mit welcher Zahl von Toten man im Entscheidungszeitpunkt rechnen musste. In einen solchen Vergleich darf aber nicht die Zahl der erwarteten Toten aus

irgendeinem gedachten Szenario eingestellt werden, sondern man müsste das Risiko unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit darstellen (wie oben [2 a] beschrieben).

Käme man hierbei zu der Einschätzung, das Covid-19-Risiko sei sehr viel größer als die bisher immer akzeptierten anderen Risiken, müsste man unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zusätzlich die Frage beantworten, ob man mit weniger einschneidenden Maßnahmen als mit dem Lockdown die Entwicklung der Epidemie so hätte unter Kontrolle halten können, dass die Corona-Risiken nicht die Größenordnung der allgemein akzeptierten Risiken wesentlich überschreiten.

f) *Verpflichtung zum Schutz des Lebens gegen Covid-19.* Eine staatliche Pflicht zum Schutz gegen aus einer Epidemie resultierende Lebens- und Gesundheitsgefahren ist im Prinzip gegeben. Gegenüber Naturkatastrophen und Epidemien ist der Staat verfassungsrechtlich aber nur zur Gewährleistung existentieller Lebensvoraussetzungen und insofern eines Mindeststandards verpflichtet, aber nicht zur Optimierung des Schutzes. Daher dürfte die Schutzpflicht in der gegenwärtigen Lage für die Abwägung ohne Relevanz sein. Denn das, was der Staat mit den Corona-Maßnahmen erreichen will, ist jedenfalls viel mehr als das, wozu er kraft seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht verpflichtet sein könnte.⁴⁷

g) *Ökonomische Auswirkungen von Covid-19.* Die Epidemie führt zu erheblichen ökonomischen Einbußen, weil Menschen an Covid-19 erkranken oder sogar sterben und als Arbeitskräfte ausfallen (was freilich für jede Grippe-Epidemie ebenso gilt).⁴⁸ Das kann im Extremfall zu Produktionseinschränkungen oder zur Unterbrechung von Lieferketten führen. Solche Schäden zu vermindern ist ein Kollateralnutzen der Corona-Maßnahmen, die dem Gesundheitsschutz dienen. Sie müssen in der Abwägung aufseiten des Gemeinwohls berücksichtigt werden. Freilich sind die ökonomischen Schäden eines längeren Lockdown evident sehr viel größer als dieser hypothetische Nutzen, zumal schwere Erkrankungen und Todesfälle bei Menschen, die noch nicht das Rentenalter erreicht haben, selten sind, so dass relevante Auswirkungen auf die Produktion kaum durch Covid-19, also durch die Krankheit, sondern fast ausschließlich durch staatliche Maßnahmen zur Eindämmung der Epidemie verursacht werden. In der Abwägung sind die gesamtwirtschaft-

40 Es liegen dazu bereits Studien vor, s.o. Fn. 30.

41 Vgl. Gill, Keine Übersterblichkeit trotz Covid, Telepolis, 3.1.2021, <https://www.heise.de/tp/features/Keine-Uebersterblichkeit-trotz-Covid-5001962.html>.

42 Vgl. CoDAG-Bericht Nr. 4, 11.12.2020, <https://www.covid19-statistik.uni-muenchen.de/pdfs/bericht-4.pdf>, 2 ff.; Gill, Keine Übersterblichkeit trotz Covid, Telepolis, 3.1.2021, <https://www.heise.de/tp/features/Keine-Uebersterblichkeit-trotz-Covid-5001962.html>.

43 Zahl vom RKI berechnet auf Basis der Übersterblichkeit: „Grippewelle war tödlichste in 30 Jahren“, aertzteblatt.de 30.9.2019, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/106375/Grippewelle-war-toedlichste-in-30-Jahren> (abgerufen am 15.8.2020).

44 Zahlen von 2014-2018: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=abruftabelleBearbeiten&levelindex=1&levelid=1597484322471&auswahloperation=abruftabelleAuspraegungAuswahlen&auswahlverzeichnis=ordnungsstruktur&auswahlziel=werteabruf&code=23211-0001&auswahltext=&werteabruf=starten#abreadcrumb> (abgerufen am 15.8.2020).

45 S.o. Fn. 44.

46 S.o. Fn. 44.

47 Dazu näher Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung 29–31; unzut. Betonung der Schutzpflicht im Rahmen der Abwägung zB bei BayVerfGH, Entsch. v. 30.12.2020 – Vf. 96-VII-20, BeckRS 2020, 36981 Rn. 21 mwN; VG München, COVuR 2020, 774 (778) = BeckRS 2020, 28234 Rn. 37.

48 Vgl. zB OVG Berlin-Brandenburg, COVuR 2020, 813 (817) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 37.

lichen Schäden mit dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen des Lockdown zu bilanzieren.⁴⁹

3. Die Nachteile des Lockdown: Freiheitseinschränkungen, Kollateralschäden, Folgekosten

Der rechtliche Umfang der Freiheitseinschränkungen lässt sich mit Hinweis auf die erlassenen Verbote und Gebote leicht beschreiben. Schwierig ist aber die konkrete Gewichtung dieser Freiheitseinschränkungen. Wenn sie einigermaßen präzise sein soll, erfordert sie in vielen Fällen empirische Untersuchungen. Selbst grobe Einschätzungen sind in mancher Hinsicht nur unter Heranziehung von Experten für die jeweiligen Sachgebiete möglich.

a) *Die Freiheitseinschränkungen.* Der Lockdown, verstanden als die Summe der freiheitseinschränkenden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, die von März bis Mai und dann wieder ab November 2020 galten, ist die umfassendste und weitreichendste – die gesamte Bevölkerung flächendeckend betreffende und eine Vielzahl von Grundrechten gleichzeitig einschränkende – Freiheitseinschränkung in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland.⁵⁰ Schon daraus ergibt sich, dass die Freiheitseinschränkungen des Lockdown im Ganzen so großes Gewicht haben, dass sie allenfalls dann gerechtfertigt werden können, wenn die Gefahr, deren Bekämpfung sie dienen, ganz außergewöhnlich groß war.

Eine enge zeitliche Befristung von Freiheitseinschränkungen begrenzt ihr Gewicht in der Abwägung,⁵¹ aber die Verlängerung erhöht ihr Gewicht – je länger Freiheitseinschränkungen dauern, desto schwerer wiegen sie.⁵² Dies gilt ganz besonders, wenn das Andauern der Maßnahmen oder ein zweiter oder dritter Lockdown zur Vernichtung wirtschaftlicher Existenzen führt.

b) *Insbesondere: Die Inanspruchnahme von Nichtstörern* Mit allen auf Social Distancing gerichteten Maßnahmen, insbesondere mit den Kontakteinschränkungen, Gaststättenschließungen usw., werden völlig gesunde und nicht infektiöse Menschen zur Gefahrenabwehr – genauer: zur Verminderung von Risiken, die aus der Verbreitung des Virus resultieren – in Anspruch genommen. In polizeirechtlicher Terminologie richten sich die Maßnahmen des Lockdown ganz überwiegend gegen Nichtstörer. Die Inanspruchnahme von Nichtstörern muss eine seltene Ausnahme sein. Sie ist grundsätzlich nur im polizeilichen Notstand zulässig, wenn anders eine gegenwärtige Gefahr nicht abgewehrt werden kann. Spezialgesetzliche Befugnisse zur gefahrenabwehrrechtlichen Inanspruchnahme von Personen, die nicht Störer sind, betreffen – wie etwa die Identitätsfeststellung als polizeiliche Standardmaßnahme – Eingriffe von geringer Intensität. Diese Grundsätze werden im Pandemie-Regime auf den Kopf gestellt: Die massenhafte Inanspruchnahme von Nichtstörern wird zum „normalen“ Instrument der Pandemiebekämpfung. Die gesamte Bevölkerung wird mit äußerst weitreichenden Freiheitseinschränkungen belegt, obwohl die Menschen nicht Verursacher der bekämpften Gefahr sind. Sie können nicht mehr die ihnen kraft ihrer Menschenwürde zustehende Freiheit ausüben, sondern werden als potenzielle Virenverbreiter zum Maskentragen und – im harten Lockdown – zu weitgehender Isolation gezwungen. Diese massenhafte Vereinnahmung aller Menschen zur Bekämpfung von Risiken, für die sie nicht verantwortlich sind, ist in der Geschichte der Bundesrepublik ohne Präzedenz und muss in der Abwägung sehr großes Gewicht haben.

Von den allermeisten der betroffenen Menschen geht kein Gesundheitsrisiko aus. Sie werden wegen des Risikos in Anspruch genommen, dass von ihnen ein Risiko ausgehen könnte. Der Mensch wird vom Ordnungsgeber als potenzieller Virenverbreiter behandelt. Jeder könnte infektiös sein – man weiß es eben nicht. Aber die allermeisten sind es nicht. Noch weiter entfernt davon, ein Gesundheitsrisiko zu verursachen, sind diejenigen, von denen man annehmen kann, dass sie nach überstandener Infektion gegen das Virus immun sind (so IV 4). Sie werden in Anspruch genommen, weil das Risiko besteht, dass sie doch nicht immun sind. Ihre Freiheit wird beschränkt wegen des kleinen Risikos, dass sie zu denen gehören könnten, denen – einfach weil sie Mensch sind – das Risiko zuzusprechen ist, dass von ihnen ein Gesundheitsrisiko ausgehen könnte.

Auf dieser Basis die umfangreichsten Freiheitseinschränkungen seit Bestehen der Bundesrepublik anzuordnen, ließe sich nur rechtfertigen, wenn die Gefahr, der man damit begegnen will, die Gefahren, mit denen der Staat es im rechtsstaatlichen Alltag zu tun hat, in ganz außergewöhnlichem Maße überragte.

c) *Die Kollateralschäden/unbeabsichtigten Folgeschäden.* Auch auf die unbeabsichtigten Nebenwirkungen und Kollateralschäden der Lockdown-Maßnahmen⁵³ müssen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer beschrieben, möglichst quantitativ erfasst und gegebenenfalls qualitativ gewichtet werden. Dazu hier nur einige Stichworte und Hinweise:

aa) *Ökonomisch bewertbare Schäden.* (1) Gewinneinbußen/Verluste von Unternehmen/Handwerkern/Freiberuflern, die unmittelbare Folgen der an sie adressierten Freiheitseinschränkungen sind (zB Schließung von Restaurants, Hotels, Einzelhandelsgeschäften, Friseurbetrieben, Privatschulen, Fitnessstudios usw.);

(2) Gewinneinbußen/Verluste von Unternehmen/Handwerkern/Freiberuflern, die mittelbare Folgen der Lockdown-Maßnahmen sind (zB Gewinneinbußen von Zulieferern von unmittelbar betroffenen Unternehmen; Gewinneinbußen, die aus der Unterbrechung von Lieferketten resultieren und zB zu Produktionsausfällen führten; Gewinneinbußen, die aus Reisebeschränkungen resultierten);

(3) Lohn- und Gehaltseinbußen durch Kurzarbeit oder Arbeitslosigkeit;

(4) Konkurse/Existenzvernichtungen;

(5) Folgekosten von Konkursen/Existenzvernichtungen (zB dauerhafter Wegfall von Arbeitsplätzen und damit von Konsum; dauerhafter Wegfall von Absatzmöglichkeiten für Zulieferer).

Die meisten dieser Schäden werden sich ziemlich genau ermitteln lassen. Sie sind insgesamt mit Sicherheit gigantisch. Eine Vorstellung von ihrer Größenordnung erhält man, wenn man sich vor Augen hält, welche Summen der Staat als Corona-Hilfen in den Wirtschaftskreislauf einspeist. So um-

49 Dies unterlässt OVG Berlin-Brandenburg, COVuR 2020, 813 (817) = BeckRS 2020, 29285 Rn. 37.

50 Vgl. dazu näher Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung 4 ff.

51 Vgl. zB BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 47/20, BeckRS 2020, 7210 Rn. 18.

52 Dazu noch unten VI.

53 Dazu Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung 5 ff.; AG Weimar, Urt. v. 11.1.2021 – 6 OWi – 523 Js 202518/20, BeckRS 2021, 257 Rn. 47–80.

fasst der von der Bundesregierung beschlossene „Corona-Schutzschild“ 353,3 Mrd. Euro Zuschüsse und zusätzlich 819,7 Mrd. Euro Garantien, also insgesamt über 1 Billion Euro. Es handelt sich, wie die Bundesregierung sagt, um das größte Hilfspaket in der Geschichte Deutschlands.⁵⁴ Noch nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschlands sind wirtschaftliche Schäden in dieser Größenordnung durch eine staatliche Entscheidung verursacht worden.

Was die Bewertung der Schäden der Privatwirtschaft und der privaten Haushalte angeht, so muss berücksichtigt werden, dass die Einbußen zum Teil durch staatliche Leistungen kompensiert worden sind oder noch kompensiert werden. Die staatlichen Leistungen vermindern also den ökonomischen Schaden der privaten Wirtschaftssubjekte. Sie vermindern aber nicht den volkswirtschaftlichen Gesamtschaden, denn sie belasten ja die öffentlichen Haushalte und somit letztlich die Steuerzahler. Diese Kosten dürfen bei der Berechnung der Nachteile des Lockdown nicht unter den Tisch fallen (s.u. Abschn. d).

bb) *Leben und Gesundheit.* Durch die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen können auch Leben und Gesundheit geschädigt werden, insbesondere unter folgenden Aspekten: Zunahme häuslicher Gewalt gegen Kinder und Frauen; Zunahme von Depression in Folge sozialer Isolation; Angst-Psychosen/Angst-Störungen in Folge staatlich geschürter Corona-Angst; andere psychische Störungen/nervliche Überlastung wegen familiärer/persönlicher/beruflicher Probleme in Folge des Lockdown; Zunahme von Suiziden, beispielsweise in Folge von Arbeitslosigkeit oder Insolvenz; gesundheitliche Beeinträchtigungen in Folge von Bewegungsmangel; Unterbindung der Möglichkeit, Immunität gegen Covid-19 zu erwerben; Verhinderung der Herausbildung einer Herdenimmunität oder jedenfalls einer Immunität eines großen Teils der Bevölkerung; Unterlassung von Operationen und stationären Behandlungen, weil Krankenhausbetten für Coronapatienten reserviert wurden; Unterlassung von Operationen, stationären Behandlungen, Arztbesuchen, weil Patienten Infizierung mit Covid-19 befürchten; Gesundheitsschäden in Folge langen Maskentragens. All dies müsste ermittelt werden und hätte vor dem Lockdown im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung jedenfalls grob abgeschätzt werden müssen.

Da beim Lockdown die Rettung von Leben (die bei Überlastung des Gesundheitssystems nicht gerettet werden könnten) im Vordergrund stand, hätte jedenfalls abgeschätzt werden müssen, wieviele Leben der Lockdown kosten wird.⁵⁵

cc) *Ideelle Schäden.* Die ideellen Schäden des Lockdown können hier nicht annähernd vollständig erfasst werden. Ich gebe nur einige völlig unvollständige Stichworte:

Bildungseinbußen durch Ausfall oder Einschränkungen des Schulunterrichts beziehungsweise der Schließung anderer Bildungseinrichtungen; Verlust an kulturellen Anregungen/Erlebnissen durch Schließung von Theatern, Konzert- oder Opernhäusern und vielen anderen kulturellen Einrichtungen; Verlust musischer Entfaltungsmöglichkeiten durch Verbote, die gemeinsames Musizieren in Orchestern oder Chören unterbinden; Verlust von Gemeinschaftserlebnissen/persönlichem sozialem Miteinander durch Verbot v. Zusammenkünften in Vereinen, Verbot von Veranstaltungen, Verbot von Ansammlungen, Schließung von Kneipen usw.; Einschränkung sozialer Entwicklungsmöglichkeiten für Kinder durch Schließung von Kindergärten; Isolierung von Kindern in Wohnungen ohne Kontakte zu anderen Kindern durch

Schließung von Kindergärten und Spielplätzen; Angstzustände bei weiten Teilen der Bevölkerung.

Es ist schwierig, die ideellen Schäden zu gewichten. Sie dürfen aber nicht unterschätzt werden. Der Mensch ist ein soziales Wesen. Soziale Interaktion, geistige, kulturelle, musische Betätigungen gehören zum Kernbereich dessen, was die menschliche Persönlichkeit – natürlich mit individuellen Unterschieden – ausmacht und was den Menschen vom Tier unterscheidet. Einschränkungen und Verbote können relativ belanglos sein, wenn sie von kurzer Dauer sind, aber über einen längeren Zeitraum hinweg beeinträchtigen sie die Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung auf sehr schwerwiegende Weise.

d) *Die Folgekosten.* Der Corona-Lockdown hat äußerst schwerwiegende Folgen für die Haushalte von Bund und Ländern und für die Sozialversicherungen und damit indirekt für die Steuerzahler und die Beitragszahler. Die Folgekosten für die Haushalte werden sich einigermaßen genau ausrechnen lassen. Sie könnten alles überschreiten, was in Friedenszeiten jemals an Folgekosten durch eine staatliche Maßnahme in Deutschland verursacht worden ist,⁵⁶ und könnten einschließlich gewährter Kredite oder Kreditgarantien ein Volumen von weit mehr als einer Billion, vielleicht sogar von mehreren Billionen Euro erreichen.⁵⁷ Zu veranschlagen sind insbesondere die von Bund und Ländern an die Wirtschaftssubjekte geleisteten Corona-Hilfen; die Steuerausfälle in Folge der Einschränkung der Wirtschaftstätigkeit durch den Lockdown; Kurzarbeitergeld und Arbeitslosenhilfe, die in Folge des Lockdown gezahlt werden mussten; Sozialhilfe für in Folge des Lockdown auf Sozialhilfe angewiesene Menschen.

Die Belastungen der öffentlichen Hand dürften die Höhe von etlichen Bundeshaushalten erreichen.⁵⁸ Das bedeutet, dass wohl noch mehrere Generationen an den finanziellen Belastungen des Lockdown zu tragen haben werden.

4. Die Abwägung zwischen Nutzen und Nachteilen der Corona-Maßnahmen

Die Corona-Maßnahmen sind im engeren Sinne verhältnismäßig, wenn der nach den oben dargelegten Maßstäben ermittelte konkrete Gemeinwohlnutzen die konkreten Nachteile für die Betroffenen überwiegt.

Im Folgenden soll noch auf drei spezielle Fragen eingegangen werden, die sich im Hinblick auf diese Abwägung stellen.

a) *Sind Nachteile für die Allgemeinheit zu berücksichtigen?* Sind Nachteile für die Allgemeinheit – für die öffentlichen

54 BMF, Kampf gegen Corona: Größtes Hilfspaket in der Geschichte Deutschlands, 22.5.2020, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-03-13-Mrd.-Schutzschild-fuer-Deutschland.html> (abgerufen am 16.8.2020).

55 Zu den Aspekten, die dabei zu berücksichtigen sind Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung 35–37.

56 Die Bundesregierung hat stolz verkündet, dass allein ihr „Corona-Schutzschild“ mit einem Volumen von 1,173 Billionen Euro (353,3 Mrd. Euro Hilfsleistungen, 819,7 Mrd. Euro Garantien) das größte Hilfspaket in der Geschichte Deutschlands sei, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-03-13-Mrd.-Schutzschild-fuer-Deutschland.html> (abgerufen am 16.8.2020).

57 Im Mai hat die Deutsche-Bank in einer Analyse mögliche Kosten für den Staat iHv 1,9 Billionen Euro errechnet, FAZ 9.5.2020, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/kosten-der-corona-hilfen-1900-000-000-euro-16761836.html> (abgerufen am 17.8.2020).

58 Die letzten Haushalte vor Corona hatten ein Volumen von 356,4 Mrd. Euro (2019) und 343,6 Mrd. Euro (2018), <https://www.bundeshaushalt.de> (abgerufen am 16.8.2020).

Haushalte, für die Sozialversicherungen (oben 3 d), für das Bildungssystem oder für die künftige wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands – in der Abwägung überhaupt zu veranschlagen? Zweifel könnten sich daraus ergeben, dass bei der grundrechtlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Freiheitseinschränkungen der Nutzen für das Gemeinwohl gegen die Nachteile aufseiten der von der Freiheitseinschränkung Betroffenen abgewogen wird und der Einzelne sich subjektivrechtlich nicht auf die Verletzung öffentlicher Interessen berufen kann. Jedoch darf der Nutzen für das Gemeinwohl nicht eindimensional verstanden werden. Wenn Leben und Gesundheit geschützt werden sollen und die hierzu dienenden Maßnahmen ihrerseits negative Auswirkungen auf Leben und Gesundheit haben, muss dies bei der Gewichtung des Nutzens für das Gemeinwohl bilanziert werden. Gegenläufige Auswirkungen der Maßnahmen sind in der Abwägung nicht als zusätzliche Nachteile für die Freiheitsbetroffenen, sondern als Minderung des Gewichts des Gemeinwohlnutzens zu berücksichtigen.

Negative Auswirkungen der Maßnahmen auf andere Gemeinwohlsgüter als auf diejenigen, deren Schutz sie dienen, werden in der grundrechtlichen Abwägung herkömmlich nicht berücksichtigt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist bipolar: Dem mit der Freiheitseinschränkung angestrebten Gemeinwohlziel steht die Freiheitseinschränkung gegenüber. Zwischen beidem wird abgewogen. Wenn der Gesetzgeber Mieterhöhungen erschwert, um die soziale Situation der Mieter zu schützen und bezahlbaren Wohnraum zu sichern, dann wird der Beitrag, den diese Regelung für die Erreichung dieser Ziele leistet, gegen die Eigentumsbeeinträchtigung der Vermieter abgewogen. Wenn die Regelung voraussichtlich negative Auswirkungen auf den Bau neuer Wohnungen hat, mindert dies das Gewicht des Nutzens, da die Ziele des Gesetzes dann nur in geringerem Umfang erreicht werden können. Wenn sie außerdem negative Auswirkungen auf die Bauwirtschaft und den Arbeitsmarkt hat, bleibt dies aber unberücksichtigt, weil diese Auswirkungen außerhalb des bipolaren Verhältnisses zwischen konkret angestrebtem Gemeinwohlziel und zu seiner Verwirklichung eingesetzter Freiheitseinschränkung steht.

Das ist insofern problematisch als die öffentliche Gewalt umfassend an das Gemeinwohl gebunden ist (vgl. zB Art. 56 GG). Regierung und Parlament dürfen nichts tun, was dem Gemeinwohl schadet. Und das ist immer der Fall, wenn der Schaden staatlicher Maßnahmen größer ist als ihr Nutzen. Für die Abschätzung der Auswirkungen geplanter Maßnahmen haben die Staatsorgane einen großen Einschätzungs- und Prognosespielraum. Auch ist es Sache der demokratisch legitimierten Staatsorgane, das Gemeinwohl zu konkretisieren. Sie können daher Präferenzen setzen, die sich auf die Gewichtung von Gemeinwohlsgütern auswirken. Aber dies stellt die umfassende Gemeinwohlbindung und somit die Erforderlichkeit einer umfassenden Folgenabschätzung und – abwägung nicht infrage. Die Frage ist nur, ob die Pflicht zur Folgenabwägung insoweit nur objektivrechtlich existiert oder auch für die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant ist.

Für die Berücksichtigung spricht, dass freiheitseinschränkende Maßnahmen sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn sie in jeder Hinsicht objektiv rechtmäßig sind. Ebenso wie ein freiheitseinschränkendes Landesgesetz gegen das betreffende Grundrecht verstößt, wenn der Bundesgesetzgeber zuständig ist, kann ein objektiv gemeinwohlschädliches grundrechtseinschränkendes Gesetz nicht gerechtfertigt werden. Gegen die Berücksichtigung spricht, dass die Gemeinwohlkonkreti-

sierung Sache des Gesetzgebers ist, der dafür große Einschätzungs- und Beurteilungsspielräume hat. In der Regel fallen gemeinwohlbelastende Nebenwirkungen so wenig ins Gewicht, dass sie für die gerichtliche Überprüfung einer Maßnahme praktisch keine Rolle spielen, zumal wenn sie in der Bandbreite der Einschätzungsspielräume bleiben. Aber das sind keine prinzipiellen, sondern pragmatische Argumente. Wenn gemeinwohlbelastende Nebenwirkungen in der Regel marginal sind, heißt das nicht, dass es nicht Situationen geben kann, in denen sie den angestrebten Gemeinwohlnutzen eindeutig überwiegen. Und in solchen – sicherlich sehr seltenen – Ausnahmesituationen ist ihre Berücksichtigung geboten.

Der Corona-Lockdown unterscheidet sich von allen anderen Freiheitseinschränkungen, die Gesetz- und Verordnungsgeber in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland vorgenommen haben, nicht nur durch Umfang und Ausmaß der Freiheitseinschränkungen und die Anzahl der Betroffenen, sondern auch durch das exorbitante Ausmaß der Nebenwirkungen für andere Gemeinwohlbelange. Diese Auswirkungen bei der Entscheidung über die Lockdown-Maßnahmen nicht zu berücksichtigen wäre ein schwerer Verstoß gegen die Verpflichtung aller Staatsorgane auf das Gemeinwohl. Sie müssen daher – unter Respektierung der Einschätzungsprärogativen der zuständigen Organe – auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe berücksichtigt werden.

b) *Berücksichtigung freiheitsschonender Alternativmaßnahmen bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S.* Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs scheidet an der Erforderlichkeit, wenn das Gemeinwohlziel ebensogut mit einem weniger freiheitseinschränkenden Mittel erreicht werden kann. Geht man davon aus, dass das Ziel des Lockdown, die Überlastung der Intensivstationen zu verhindern, nicht ebensogut durch gezielte Maßnahmen zum Schutz der Risikogruppen erreicht werden konnte beziehungsweise kann (so IV.), dann müssen diese Maßnahmen jedenfalls bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. berücksichtigt werden. Das Risiko, dass die Intensivstationen überlastet werden, muss in erster Linie durch nicht oder weniger freiheitseinschränkende Maßnahmen reduziert werden, und Lockdown-Maßnahmen kommen nur insoweit in Betracht, als sie notwendig sind, das Überlastungsrisiko noch weiter abzusenken. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann es dabei nicht um die Absenkung des Risikos auf Null gehen. Ein Lockdown lässt sich allenfalls rechtfertigen, solange das Überlastungsrisiko sehr groß ist. Wenn das Risiko klein ist, weil die Überlastungswahrscheinlichkeit sehr gering ist oder weil der befürchtete Umfang der Überlastung (Zahl der zu befürchtenden Triage-Fälle) gering ist, wird das Gewicht der Freiheitseinschränkungen und ihrer Folgen überwiegen. Wenn also freiheitsschonende Alternativmaßnahmen (insbes. zum Schutz der Risikogruppen) zwar nicht ebenso effektiv wie ein Lockdown sein sollten, aber das Risiko der Überlastung der Intensivstationen so weit senkten, dass der konkrete Beitrag des Lockdown zur zusätzlichen Verringerung dieses Risikos nur noch wenig Gewicht in der Abwägung hätte, dann könnten die Alternativmaßnahmen dazu führen, dass der Lockdown im engeren Sinne unverhältnismäßig ist.

c) *Zur Bewertung der Minimierungsrisiken in der Abwägung.* Wie oben gezeigt, war es das offizielle Ziel der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, Leben und Gesundheit dadurch zu schützen, dass eine Überlastung des Gesundheitssystems vermieden wird. Falls der Lockdown zur Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems nicht erforderlich war,

könnte die Erforderlichkeit aber hinsichtlich des Ziels bejaht werden, die Zahl der „Corona-Toten“ und der schweren Covid-19-Verläufe zu vermindern, mit denen man trotz optimaler Krankenhausversorgung rechnen müsste (so IV.). Wie ist bezogen auf dieses Ziel die Verhältnismäßigkeit iES zu beurteilen?

Wäre der Lockdown in Bezug auf das Ziel, die Überlastung der Intensivstationen zu vermeiden, nicht erforderlich oder im engeren Sinne unverhältnismäßig, dann wäre das Risiko, dass Menschen sterben oder bleibende Schäden erleiden müssen, weil sie nicht optimal behandelt werden können, sehr gering. Der Lockdown diene in einer solchen Lage nur noch einer relativ geringfügigen Minderung des Risikos, an Covid-19 zu sterben oder sehr schwer zu erkranken. Dieses Risiko, um dessen Verminderung es konkret geht, ist aber für den Einzelnen wohl nicht größer als viele andere Lebensrisiken. Außerdem hat jeder, der sich durch das Risiko belastet fühlt, die Möglichkeit, durch sein eigenes Verhalten das Risiko noch weiter zu mindern – wie das in Bezug auf andere Lebensrisiken ja auch der Fall ist. Niemand kann erwarten, dass das gesamte öffentliche Leben stillgelegt wird, um ein Risiko, das sich in der Größenordnung ansonsten allgemein ohne staatliche Gegenmaßnahmen akzeptierter Risiken bewegt, noch ein wenig zu vermindern.

5. Die Abhängigkeit der Verhältnismäßigkeit einer Einzelmaßnahme von der Verhältnismäßigkeit des Lockdown

Einzelne Social Distancing-Maßnahmen wie zB die Schließung der Fitnessstudios sind Teil eines Maßnahmenbündels (des Lockdown). Jede einzelne Maßnahme muss verhältnismäßig sein. Ihre Verhältnismäßigkeit lässt sich aber nur im Kontext mit dem gesamten Maßnahmenbündel beurteilen. Die meisten Einzelmaßnahmen wären isoliert betrachtet evident ungeeignet, das Ziel (Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems) zu erreichen, oder sie wären hierzu nicht erforderlich, weil die übrigen Maßnahmen ausreichen. Ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit lassen sich jedoch im Hinblick auf das Gesamtkonzept begründen, hängen deshalb aber auch von der Erforderlichkeit des gesamten Lockdown ab.⁵⁹ Die Verhältnismäßigkeit iES hingegen kann hinsichtlich einer Einzelmaßnahme zu verneinen sein, obwohl der Lockdown im Ganzen verhältnismäßig ist.⁶⁰ Denn es ist möglich, dass die Maßnahme die Betroffenen schwer belastet, während sie zur Erreichung des Corona-Ziels kaum etwas beiträgt.

Wie aber ist es umgekehrt? Kann eine Einzelmaßnahme im engeren Sinne verhältnismäßig (angemessen) sein, wenn der ganze Lockdown unangemessen ist? Angenommen also, die Maßnahme schränke die Freiheit eher geringfügig ein, während sie einen effektiven Beitrag zur Effektivität des gesamten Maßnahmenpakets liefere, dann könnte sie für sich betrachtet im engeren Sinne angemessen sein, sofern der Lockdown erforderlich ist. Wäre aber der ganze Lockdown unangemessen, dann entfielen seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Damit entfielen aber auch die Rechtfertigung für alle einzelnen Maßnahmen, die Teil des Lockdown-Maßnahmenbündels sind, sofern sie ihre Rechtfertigung daraus beziehen, dass sie Teil dieses Maßnahmenbündels sind, also ihren Sinn aus dem Gesamtkonzept ableiten. Einzelne Maßnahmen ließen sich bei Verfassungswidrigkeit des Lockdown also nur dann rechtfertigen, wenn sie aus sich selbst heraus – ohne Bezug zu dem Gesamtkonzept – zur Erreichung des angestrebten Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und angemessen wären. Wenn dies – wie wohl bei fast allen Einzel-

maßnahmen – nicht der Fall ist, muss im Rahmen der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer Einzelmaßnahme also auch die Verfassungsmäßigkeit des ganzen Lockdown geprüft werden.

VI. Die Verhältnismäßigkeit im Zeitverlauf

Ursprünglich verhältnismäßige Freiheitseinschränkungen können im Laufe der Zeit unverhältnismäßig werden. Die Erforderlichkeit kann beispielsweise entfallen, wenn die Infektionszahlen zurückgehen oder die Intensivstationen wieder eine hinreichende freie Kapazität haben, natürlich auch dann, wenn durch Impfungen oder neue Medikamente die Zahl schwerer Erkrankungen stark abnimmt. Auch neue epidemiologische Erkenntnisse können zu einem anderen Ergebnis als die ursprüngliche Prüfung führen, falls beispielsweise eine weniger freiheitseinschränkende Maßnahme sich als effektiver als die bisher ergriffenen Maßnahmen erweist. Und die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird sich ändern, wenn es neue Erkenntnisse zur Gefährlichkeit des Virus oder zu den Folgewirkungen der Maßnahmen gibt. Hinzu kommt, dass Freiheitseinschränkungen umso schwerer wiegen, je länger sie andauern.⁶¹ Daher können ursprünglich verhältnismäßige Maßnahmen sogar bei gleichbleibender epidemischer Lage im Laufe der Zeit unverhältnismäßig werden. Erst recht kann die Entspannung des Infektionsgeschehens zu einer anderen Risikogewichtung und deshalb zur Unangemessenheit fortbestehender Maßnahmen führen. Aus all diesen Gründen besteht Konsens darüber, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ständig evaluiert werden muss und dass die Maßnahmen aufzuheben sind, sobald sie nicht mehr verhältnismäßig sind.⁶²

Je länger Freiheitseinschränkungen andauern, desto mehr steigen auch die Anforderungen an die empirische Abstützung der Risikoabschätzung.⁶³ Zu Beginn der Pandemie gab es nur wenige wissenschaftliche Erkenntnisse über die Gefährlichkeit des Virus und sein Ausbreitungsverhalten. Und es gab auch noch keine empirisch gesicherten Erkenntnisse, sondern nur theoretische Annahmen darüber, wie sich bestimmte Maßnahmen – insbesondere Kontaktbeschränkungen bis hin zu einem weitreichenden Lockdown – auf den Infektionsverlauf auswirken. Nachdem es dazu empirische Daten und wissenschaftliche Studien gibt, ist der Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers und der Behörden erheblich geschrumpft, und die gerichtliche Kontrolldichte muss entsprechend wachsen. Nachdem es zB Studien über die Wirksamkeit beziehungsweise die weitgehende Unwirksamkeit von Lockdowns gibt,⁶⁴ ist es fehlerhaft, die Wirksamkeit eines Lockdown, weil sie intuitiv irgendwie einleuchtet, heute noch einfach zu behaupten, ohne auf die empirischen Befunde einzugehen.⁶⁵

Soweit die empirischen Grundlagen für eine möglichst präzise Verhältnismäßigkeitsprüfung noch nicht zur Verfügung

59 S.o. IV. 3. a.

60 Vgl. zB *SaarlVerfGH*, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 49.

61 Dazu näher *Kingreen*, JA 2020, 1019 (1029).

62 Vgl. zB *BayVerfGH*, Entsch. v. 30.12.2020 – Vf. 96-VII-20, BeckRS 2020, 36981 Rn. 32 mwN; *VGH München*, NJW 2020, 1236 (1240) = BeckRS 2020, 4618 Rn. 63.

63 Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2020, 876 Rn. 10; *SaarlVerfGH*, NVwZ-RR 2020, 514 Rn. 30.

64 S.o. Fn. 30.

65 So aber zB Bundeskanzlerin und Länderregierungschefs, Beschl. v. 19.1.2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1840868/1c68fcd2008b53cf12691162bf20626f/2021-01-19-mpk-data.pdf?download=1>; *BayVerfGH*, Entsch. v. 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20, BeckRS 2020, 35808 Rn. 21.

stehen, sind die freiheitsbeschränkenden Staatsorgane verpflichtet, für eine möglichst schnelle Verbreitung der Erkenntnisbasis zu sorgen. Diese Pflicht ergibt sich daraus, dass Freiheitseinschränkungen auf der Basis weitgehender Ungewissheit im Hinblick Existenz und / oder Größe der abzuwehrenden Gefahr sowie im Hinblick auf die Effektivität der eingesetzten Maßnahmen immer das Risiko in sich bergen, dass die Freiheit unnötig oder unnötig intensiv eingeschränkt wird. Wird die grundrechtlich geschützte Freiheit auf Verdacht eingeschränkt, weil anders eine vermutete Gefahr nicht abgewehrt werden kann, dann verletzt der Staat die betroffenen Freiheitsrechte, sofern er nicht so schnell wie möglich aufklärt, ob der Verdacht berechtigt ist.⁶⁶ Alle für die Verhältnismäßigkeitsprüfung relevanten empirischen Grundlagen müssen also – begleitend zu den auf Basis großer Ungewissheit vollzogenen Freiheitseinschränkungen und nicht erst viel später – so schnell und umfassend wie möglich ermittelt werden.

VII. Schlussbemerkung

Dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen in den allermeisten Entscheidungen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichte bisher sehr unterkomplex ausgefallen ist, ließ sich in der ersten Phase der Pandemie mit dem Mangel an empirischen Daten und Studien zur Gefährlichkeit des Virus und zur Wirksamkeit von Maßnahmen sowie mit dem zeitlichen Entscheidungsdruck in Eilverfahren rechtfertigen. Mittlerweile erlauben die inzwischen vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse und praktischen Erfahrungen besser fundierte Risikoabschätzungen. Zumindest in den Hauptsacheverfahren muss man eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erwarten, die in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung trägt, und auch in Eilverfahren sollte es jetzt möglich sein, jedenfalls krasse Fehlgewichtungen und die Ausblendung wesentlicher abwägungsrelevanter Belange zu vermeiden.

Je komplexer die Wirkungszusammenhänge und je schwieriger und vielfältiger die Prognosen hinsichtlich der jeweiligen Auswirkungen des Handelns und des Unterlassens in der Corona-Politik, desto größer sind die Prognose- und Bewertungsspielräume der Exekutive. Dies begrenzt die Möglichkeiten, die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der gerichtlichen Kontrolle „nachzuschärfen“,⁶⁷ zwingt

aber nicht zu der üblich gewordenen Reduktion auf eine Pseudo-Verhältnismäßigkeitsprüfung, die auf nachvollziehbare Gewichtungen ganz verzichtet, Kollateralschäden ganz ausblendet und sich weitgehend in abstrakten Thesen erschöpft. Dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überhaupt keine regulierende Kraft entfalten könne, wenn es um „in die Fläche wirkende allgemeine Risikoprävention“ gehe,⁶⁸ ist nicht richtig. Dass er tatsächlich keine Regulierungskraft entfaltet, liegt daran, dass die politischen Akteure ihn nur wie ein rituell-formelhaftes Bekenntnis erwähnen, aber nicht ernsthaft zur Anwendung bringen und die Gerichte sich in den Eilverfahren dem nicht widersetzt haben. Es liegt am mangelnden Willen der Akteure, die Verhältnismäßigkeit in einem multiplen Wirkungsgeflecht wirklich zu prüfen, nicht aber daran, dass diese Prüfung strukturell unmöglich wäre.

Mit den mehrfachen Lockdowns wurden die umfangreichsten und präzedenzlos-flächendeckenden Freiheitseinschränkungen ohne Abstützung in einer Notstandsverfassungsnorm, sondern auf der Basis der für den Normalzustand geltenden Regeln vorgenommen. Das einzige rechtsstaatliche Korrektiv für diese Freiheitseinschränkungen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nie war seine gewissenhafte Anwendung so notwendig wie in der exzeptionellen Lage des Lockdown. Auf eine umfassende Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu verzichten, weil das alles zu aufwendig und zu kompliziert erscheint, oder weil Gerichte der großen Politik und ihrer Propagierung in den Medien nicht zu widerstehen wagen, würde bedeuten, dass die Grundrechte gerade dort nicht mehr wirken, wo ihre Wirkung am wichtigsten wäre – dort nämlich, wo die Freiheit nicht nur punktuell, sondern für die gesamte Bevölkerung und zudem noch in vielfacher Hinsicht massiv eingeschränkt wird. Es würde bedeuten, dass der Staat umso weniger rechtsstaatlich gebunden und gerichtlicher Kontrolle unterworfen wäre, je umfassender er die Freiheit einschränkt. Das wäre das Gegenteil von dem, was die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes gewährleisten soll. ■

66 Zu zwei Beispielen s. o. V. 2. b, c; zu einem weiteren Beispiel Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung 23 f.

67 Wie dies Frankenberg schon in der ersten Phase der Pandemie gefordert hat, VerBlog, 25.4.2020.

68 So Uwe Volkmann, Wir Verdrängungskünstler, FAZ v. 25.1.2021, 12.