Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

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.

10a 20-21

Seite 1–6
40. Jahrgang
5. Mai 2021

Dr. Holger Greve und Dr. Philipp Lassahn, LL. M.*

Die bundeseinheitliche „Notbremse" – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz

Im Frühjahr 2021 befindet sich Deutschland inmitten der so genannten dritten Welle der Corona-Pandemie. Um auf die sich immer weiter zuspitzende Situation in der Intensivmedizin zu reagieren, hat der Bundesgesetzgeber mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite eine bundeseinheitliche „Notbremse" geschaffen (BGBl. I 2021, 802), die in Gestalt eines neuen § 28 b IfSG die sich auftürmende Infektionswelle möglichst effektiv brechen soll. Der folgende Beitrag beleuchtet verschiedene verfassungsrechtliche Fragen, die durch die Einführung der bundeseinheitlichen Notbremse aufgeworfen werden. Diese Fragen betreffen kompetenzrechtliche Aspekte (I.), die Anknüpfung an die Inzidenzzahlen als maßgeblichen Orientierungswert (II.), die Verhältnismäßigkeit des Maßnahmenpakets insgesamt (III.) sowie von Ausgangsbeschränkungen im Besonderen (IV.), die Differenzierungen innerhalb des Maßnahmenkatalogs (V.) und schließlich die Frage des Rechtsschutzes (VI.).

Der gedruckte Beitrag wird am 15.05.2021 erscheinen in NVwZ 2021, 665.

I. Kompetenzrechtliche Aspekte

Mit Blick auf die grundgesetzliche Kompetenzordnung stellen sich vor allem die Fragen nach der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (1.) und nach einer etwaigen Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes (2.).

1. Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (Art. 74 I Nr. 19 GG)

Art. 74 I Nr. 19 GG weist dem Bund im Bereich des Gesundheitswesens nur eingeschränkte Gesetzgebungskompetenzen zu.[1] Soweit dem Bund aber eine Kompetenzmaterie zugewiesen ist, wird eine Vollregelung ermöglicht. Art. 74 I Nr. 19 Var. 1 GG erfasst als Kompetenzmaterie des Bundes ua Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren. Als gemeingefährliche Krankheiten sind solche zu qualifizieren, die zu schweren Gesundheitsschäden oder gar zum Tod führen können.[2] Übertragbare Krankheiten sind alle Infektionskrankheiten.[3] Dementsprechend kann der Bund für infektionsschutzrechtliche Sachverhalte eine Vollregelung vornehmen.[4] Dies betrifft auch infektionsschutzrechtliche Beschränkungen im Bereich der Schulen und der Kultureinrichtungen, denn Regelungszweck und -schwerpunkt sind im Infektionsschutzrecht verortet.[5] Hierin liegt kein Kompetenzübergriff in den Zuständigkeitsbereich der Länder. Die Kultushoheit der Länder bleibt unberührt, denn es werden lediglich übergreifend infektionsschutzrechtliche Vorgaben und Maßnahmen geregelt, die neben vielen anderen auch die Lebensbereiche „Schule" und „Kultur" betreffen.

2. Keine Zustimmungsbedürftigkeit

Bundesgesetze bedürfen nur dann der Zustimmung des Bundesrates, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich vorsieht.[6] Der Gedanke einer Zustimmungsbedürftigkeit wegen sonstiger Berührung von Länderinteressen, seien sie noch so gravierend, ist dem Grundgesetz nicht bekannt. Es wäre insbesondere auch nicht zulässig, eine Zustimmung des Bundesrates lediglich aus politischen Gründen einzuholen. Die Frage, ob ein Gesetz im Bundesrat zustimmungsbedürftig ist

* Die *Verf.* sind Referenten im Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönlichen Ansichten der *Verf.* wieder. Die angegebenen Internetadressen wurden zuletzt am 21.4.2021 abgerufen.

1 Vgl. *BVerfGE* 106, 62 (132) = NJW 2003, 41 = NVwZ 2003, 197 Ls.

2 BeckOK GG/*Seiler/Epping/Hillgruber*, Art. 74 Rn. 70; *Wittreck* in *Dreier*, GG, Art. 74 Rn. 86; *Degenhart* in *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 84; *Kluckert* in *ders.*, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 2.

3 *BVerwGE* 33, 339 (341 f.) = NJW 1970, 532 (533); *Kment* in *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 49.

4 Vgl. *Kingreen/Huster/Kingreen*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 1 Rn. 50.

5 Vgl. zu den Anknüpfungspunkten bei der Kompetenzbestimmung *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, 2014, 137 ff. mwN.

6 *BVerfGE* 1, 76 (79) = BeckRS 1951, 30700473; *BVerfGE* 37, 363 (381) = NJW 1974, 1751.

oder lediglich als so genanntes Einspruchsgesetz behandelt wird, ist vielmehr eine reine (Verfassungs-)Rechtsfrage, die von der konkreten Ausgestaltung eines Gesetzes bzw. Gesetzentwurfs abhängt. Im Fall des § 28 b IfSG ergibt sich keine Zustimmungsbedürftigkeit, da kein Tatbestand des Grundgesetzes einschlägig ist, der eine solche auslösen könnte.

Insbesondere stellt die in § 28 b VI IfSG (siehe auch § 28 c IfSG) enthaltene Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen, die wegen der Ausführung des Gesetzes durch die Länder nach Art. 80 II GG der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, keine ihrerseits zustimmungsbedürftige bundesgesetzliche Regelung dar. Einer Zustimmung des Bundesrates zu dem Gesetz bedürfte es nur, wenn in der Verordnungsermächtigung die spätere Mitwirkung des Bundesrates beim Verordnungserlass ausgeschlossen würde. Dann handelte es sich um eine anderweitige bundesgesetzliche Regelung nach Art. 80 II GG.[7] Der für den Verordnungserlass in § 28 b VI 2 IfSG verankerte Zustimmungsvorbehalt des Bundestages ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich[8] und findet sich in unterschiedlichen Konstellationen in der Staatspraxis.

Eine Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes ergibt sich auch nicht aus Art. 104 a IV GG. Dieser sieht eine Zustimmungsbedürftigkeit nur bei bestimmten Kostenfolgen für die Länder vor. Die Pflicht der Länder zur Ausführung eines Bundesgesetzes und daraus entstehende allgemeine Kosten entsprechen dem verfassungsrechtlichen „Normalfall" der Art. 83, 84 GG. Sie lösen eine Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus. Zwar könnte gegebenenfalls eine Notbetreuung in Schulen und Kindertagesstätten als Dienstleitung oder geldwerte Sachleistung iSd Art. 104 a IV GG[9] angesehen werden.[10] § 28 b III 5 IfSG sieht jedoch keine Verpflichtung der Länder zur Erbringung dieser Leistungen vor, sondern regelt nur, dass auch bei Schließungen eine Notbetreuung infektionsschutzrechtlich zulässig ist; ob eine solche Notbetreuung eingerichtet wird und sich daraus entsprechende Kosten ergeben, bleibt Entscheidung der Länder. Aufgrund von möglichen Schulschließungen entstehende Kostenfolgen für die Länder wegen Entschädigungen nach § 56 IfSG ergeben sich aus dem bereits geltenden und insoweit unverändert bleibenden Recht. Durch § 28 b IfSG wird dem § 56 IfSG auch keine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite[11] verliehen.

II. Inzidenz als Anknüpfung (Normenklarheit, Vollzugsfähigkeit)

Ein vieldiskutierter Aspekt des § 28 b IfSG ist die Anknüpfung der Rechtsfolgen des Gesetzes an die so genannte Sieben-Tage-Inzidenz. Sobald in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut im Internet veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100 (oder 165 im Bereich der Schulen) überschreitet, gilt dort ab dem übernächsten Tag der in § 28 b I 1, III (Schulen) und VII (Büroarbeit) IfSG niedergelegte Maßnahmenkatalog.[12] Das Gesetz sieht dabei einen „atmenden Mechanismus" vor. So bestimmt § 28 b II IfSG, dass die Maßnahmen bei einer hinreichend nachhaltigen Unterschreitung der Inzidenzschwelle wieder außer Kraft treten. In- und Außerkrafttreten erfolgen automatisch; es handelt sich um so genannte Self-executing-Normen (selbstausführende Normen).[13]

Der Gesetzgeber hat sich entschieden, für den „atmenden Mechanismus" des In- und Außerkrafttretens der Maßnahmen ausschließlich an das Über- oder Unterschreiten besonders hoher Inzidenzzahlen als maßgebliche Orientierungswerte anzuknüpfen. Dies bietet den Vorteil, dass es sich bei der Inzidenz um einen Wert handelt, der darauf zielt, dass die getroffenen Maßnahmen vor allem rechtzeitig und zielgenau wirken können. § 28 b IfSG bezweckt nicht die Heilung bereits Erkrankter, sondern die Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems bei dramatischer Entwicklung des Infektionsgeschehens. Dafür ist eine rechtzeitige Absehbarkeit solcher Entwicklungen erforderlich. Der Inzidenzwert ist der früheste verfügbare Indikator, der vor sich auftürmenden Infektionswellen warnt.[14] Andere Zahlen, etwa die Auslastung von Intensivkapazitäten, erscheinen weniger geeignet für den in § 28 b IfSG vorgesehenen prognostischen Mechanismus.

Vor allem dürfte aus Gründen der Rechtssicherheit und Normenklarheit ein eindeutiger und transparenter Indikator vorzugswürdig sein. Gerade in einer volatilen Pandemielage bedarf es eines handhabbaren und nachvollziehbaren Handlungsmaßstabs. Theoretisch käme auch ein anderweitig berechneter Corona-Koeffizient in Betracht, der eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigt und letztlich in einer eindeutigen Zahl zusammenfasst.[15] Ein solcher Koeffizient allerdings steht – soweit ersichtlich – auch im fortgeschrittenen Stadium der Pandemie nicht in einer ebenso transparent und verlässlich veröffentlichten Form wie die durch das Robert Koch-Institut ermittelten Inzidenzzahlen zur Verfügung. Zudem ist bisher von einer grundsätzlichen Korrelation zwischen den Inzidenzwerten und vielen weiteren Kennzahlen der Pandemie auszugehen.[16] Entscheidend kommt hinzu, dass jedenfalls im Hochinzidenzbereich bei Werten von über 100 die Inzidenzzahl bereits eigenständig einen hinreichenden Indikator für dramatische Lageverschärfungen bildet[17] – und nur um solche geht es dem neuen § 28 b IfSG. Vor diesem Hintergrund erscheint

7 *BVerfGE* 28, 66 (76 f.) = BeckRS 1970, 104599; *BVerfGE* 136, 69 (102 f.) = NVwZ 2014, 1219 Rn. 74.
8 *BVerfGE* 1, 372 (390) = NJW 1952, 970; *BVerfGE* 2, 237 (255 ff.) = NJW 1953, 1017; *BVerfGE* 8, 274 (319 ff.) = NJW 1959, 475; *BVerfGE* 24, 184 (199) = NJW 1969, 33; *Uhle* in *Kluth/Krings*, Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 88.
9 Zur Auslegung des Art. 104 a IV GG BeckOK GG/*Kube*, Art. 104 a Rn. 43; *Heun* in *Dreier*, GG, Art. 104 a Rn. 33; *Hellermann* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 104 a Rn. 100.
10 *Heun* in *Dreier*, GG, Art. 104 a Rn. 32.
11 Vgl. *BVerfGE* 37, 363 (383) = NJW 1974, 1751; *BVerfGE* 48, 127 (180) = NJW 1978, 1245; *BVerfGE* 75, 108 (150 ff.) = NJW 1987, 3115; *BVerfGE* 105, 313 (333) = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 Ls.; ferner *Bruch/Greve*, DVP 2011, 178 (181).
12 Zusätzlich greift bei entsprechender Überschreiten des Schwellenwerts von 150 ein Wegfall der Ausnahme für das termingebundene Einkaufen im Einzelhandel („Click&Meet", s. § 28 b I 1 Nr. 4Hs. 2 Buchst. b IfSG).
13 Generell zu selbstausführenden Normen s. etwa *Pils*, JA 2011, 113; *Bethge* in *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, 60. EL 2020, § 90 Rn. 373 ff. Zur Frage des Rechtsschutzes siehe unter VI.
14 IdS auch BT-Drs. 19/2844, 9.
15 Womöglich steht ein solcher Gedanke hinter dem Vorschlag der FDP-Fraktion, eine „gewichtete Inzidenz" als Maßstab zu nehmen, vgl. https://www.aerztezeitung.de/Politik/Corona-Liberale-fordern-Abkehr-von-simpler-Sieben-Tage-Inzidenz-418906.html.
16 Vgl. hierzu etwa die Entwicklung von Fallzahlen und Sterbezahlen im COVID-19-Lagebericht des Robert Koch-Instituts vom 16.2.2021, 7 (abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Feb_2021/2021-02-16-de).
17 Dieser Gedanke dürfte auch der besonderen Behandlung von „Hochinzidenzgebieten" iSv § 3 II 1 Nr. 1 CoronaEinreiseV zugrunde liegen.

– insbesondere angesichts der gebotenen Handlungsschnelligkeit und des weiten Einschätzungsspielraums des Bundesgesetzgebers[18] – die alleinige Anknüpfung an Inzidenzwerte in § 28 b IfSG plausibel und verfassungsrechtlich zulässig.[19]

Überdies belässt § 28 b IfSG an einigen Stellen durchaus Raum für Entscheidungen einzelner Behörden im Gesetzesvollzug, s. etwa § 28 b I 1 Nr. 6 Hs. 2, III 4, III 5 IfSG. In diesem Rahmen ist es der Behörde möglich, bei der Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens (§ 40 VwVfG) Umstände wie etwa die Impfquote, den R-Wert oder auch die Auslastung der Intensivkapazitäten am Ort des Geschehens zu berücksichtigen.

Die Wahl des Inzidenzwerts von 100 für das Eingreifen der Notbremse wird damit begründet, dass ab diesem Wert die Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Maßnahmen der Kontaktnachverfolgung vielfach endgültig nicht mehr möglich sei.[20] Auch dies erscheint plausibel und ist vom weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt.[21] Im Übrigen liegt es in der Natur des gesetzgeberischen Verfahrens, dass im Gesetzestext zwar Kennzahlen wissenschaftlicher Provenienz verwendet werden, die im Einzelnen zugrunde gelegten Schwellenwerte (s. auch § 28 b I 1 Nr. 4 Hs. 2 Buchst. b [150] und III [165] IfSG) aber nicht immer einer rein szientistischen Logik folgen. Vielmehr können sie auch Ergebnisse des politischen Interessenausgleichs darstellen, der sich stets im Angesicht einer Vielzahl unterschiedlicher Wertungsgesichtspunkte vollzieht. Aus diesem Interessenausgleich im Rahmen des parlamentarischen Willensbildungsprozesses schöpft das formelle Gesetz gerade seine besondere Legitimation.

III. Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Maßnahmenkatalogs der bundeseinheitlichen Notbremse ist im Ausgangspunkt die weite Einschätzungsprärogative zu beachten, die dem demokratischen Gesetzgeber jedenfalls bei der Bewertung der Geeignetheit und Erforderlichkeit seiner Mittel zukommt.[22] § 28 b IfSG zielt vor dem Hintergrund einer sich weiter verschärfenden Pandemielage auf den Schutz des überragend wichtigen Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Maßnahmen ist entsprechend der aus dem Polizeirecht bekannten Logik zu berücksichtigen, dass desto stärker einschneidende Maßnahmen zulässig sind, je größere Ausmaße die zu bekämpfende Gefahr annimmt.

Davon abgesehen ist auf eines hinzuweisen. In der staatsrechtlichen Diskussion der bisherigen Maßnahmen der Pandemiebekämpfung fällt auf, dass von tradierten dogmatischen Figuren und Formeln in einer eher holzschnittartigen Weise Gebrauch gemacht wird.[23] Das gilt insbesondere auch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser wird weitgehend eindimensional, schematisch und subsumtionsartig praktiziert, ohne dass sich für die aktuelle Situation gewinnbringende neue dogmatische Durchdringungen ergäben.[24] Dabei bietet die Pandemielage hierfür durchaus Anknüpfungspunkte. Richtigerweise hat das *BVerfG* bereits zu Beginn der Pandemie darauf hingewiesen, dass für die verfassungsrechtliche Bewertung von Schutzmaßnahmen vor allem auch die tatsächliche Entwicklung und die Rahmenbedingungen der Pandemielage sowie fachwissenschaftliche, dh virologische, epidemiologische, medizinische und psychologische Bewertungen von wesentlicher Bedeutung sind.[25] Darüber hinaus kommt vor allem der zeitlichen Dimension des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine entscheidende Bedeutung zu: Je härter Eindämmungsmaßnahmen bei punktueller Betrachtung sind und je effektiver sie wirken, desto kürzer ist ihre Geltung erforderlich. Die in § 28 b X IfSG vorgesehene zeitliche Befristung der Vorschrift trägt diesem Erfordernis Rechnung. Es kann nicht im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sein, in jedem Falle einen verwässerten und dafür umso länger wirkenden Maßnamenkatalog einem intensiven, dafür aber umso kürzer wirkenden Modell vorzuziehen. Der weitere Aspekt, dass Maßnahmen des Infektionsschutzes nicht punktuell, stets auch in ihrer Gesamt(signal)wirkung zu beurteilen sind, kann hier nur angedeutet werden.

IV. Insbesondere: Ausgangsbeschränkungen

Im Hinblick auf die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 28 b IfSG wird vor allem die Maßnahme der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen nach § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG in Öffentlichkeit und Wissenschaft kontrovers diskutiert.[26] Es handelt sich hierbei um keine neue infektionsschutzrechtliche Maßnahme. Die Möglichkeit dieser Maßnahme sieht schon § 28 a I Nr. 3 iVm § 28 a II 1 Nr. 2 IfSG ausdrücklich vor.[27] In der Praxis der Länder wird sie bereits während der gesamten Pandemie in Fällen von erheblichen Infektionsausbrüchen und Hochinzidenzen eingesetzt, etwa durch Rechtsverordnungen (§ 32 IfSG) oder aufgrund von Allgemeinverfügungen im kommunalen Bereich.

Soweit ersichtlich haben sich Ausgangsbeschränkungen als probates Mittel im Gesamtkonzept der ländereigenen Pandemiebekämpfung erwiesen. Die seit dem Frühjahr 2020 in

18 Vgl. *BVerfGE* 50, 290 (332 f.) = NJW 1979, 699; *BVerfGE* 123, 186 (241) = NJW 2009, 2033; auch *BVerfGE* 140, 65 (94 f.); vgl. insgesamt WD 3 – 3000 – 046/21 (va, 5 ff.); WD 9 – 3000 – 022/21.

19 Dem entspricht es, dass auch in der Rechtsprechung eine solche Anknüpfung bisher nicht durchgreifend beanstandet wurde, vgl. etwa *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 18.1.2021 – 13 MN 11/21, BeckRS 2021, 209; *OVG Münster*, COVuR 2021, 54; *OVG Magdeburg*, NVwZ-RR 2021, 373; *VGH Mannheim*, NVwZ 2021, 86.

20 BT-Drs. 19/2844, 10.

21 Vgl. wiederum WD 3 – 3000 – 046/21; WD 9 – 3000 – 022/21. Dabei ist die in der Gesetzesbegründung festgehaltene Erwägung zu betonen, dass eine Inzidenz von 100 in der Gesamtbevölkerung für den nicht geimpften Teil der Bevölkerung sogar eine höhere Ansteckungswahrscheinlichkeit bedeutet. Sind zum Beispiel 50 % der Bevölkerung geimpft, bedeutet eine Inzidenz von 100 in der Gesamtbevölkerung in etwa eine Inzidenz 200 im nicht-geimpften Bevölkerungsbereich, vgl. BT-Drs. 19/2844, 10.

22 Siehe *BVerfGE* 25, 1 (12 f., 17 f) = NJW 1969, 499; *BVerfGE* 95, 173 (185) = NJW 1997, 2871 = NVwZ 1997, 1206 Ls.; *BVerfGE* 126, 112 (144 f.) = NVwZ 2010, 1212; *Grzeszick* in *Maunz/Dürig*, GG, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 116; *Kämmerer* in *v. Münch/Kunig*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 126 ff. mwN; zudem besteht nach wie vor Unsicherheit darüber, welche Maßnahmen am besten geeignet sind, s. *Kingreen/Huster/Poscher*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn. 75a.

23 Entsprechendes gilt für die Anwendung des Wesentlichkeitsgrundsatzes (näher hierzu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, 77 f.) bei der Frage der Impfpriorisierung, die bspw. weitgehend ohne den Gedanken des dynamischen Grundrechtsschutzes und ohne nähere Beleuchtung der staatsrechtlichen Mechaniken, die hinter dem Wesentlichkeitsgedanken stehen, abgehandelt wurde, vgl. https://www.aerztezeitung.de/Politik/Staatsrechtler-zerpfluecken-Corona-Impfverordnung-der-Regierung-416136.html.

24 Inwieweit eine solche schematische Anwendung den besonderen Anforderungen dieser Situation in der Sache gerecht wird, steht auf einem anderen Blatt und wird längst nicht von allen unkritisch gesehen, wie die außerplanmäßige Staatsrechtslehrertagung vom 9.4.2021 zeigt, s. https://www.vdstrl.de/letzte-tagung-1/.

25 *BVerfG*, NVwZ 2020, 622 Rn. 17; NVwZ 2020, 1038 Rn. 12; Beschl. v. 15.7.2020 – 1 BvR 1630/20, BeckRS 2020, 17343; Beschl. v. 28.12. 2020 – 1 BvR 2692/20, BeckRS 2020, 38044 Rn. 9.

26 Siehe bereits zuvor *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (680); *Ziekow*, DVBl 2020, 732; *Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Kingreen/Huster/Poscher*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn. 106 d, 116. sowie *Boehme-Neßler*, NVwZ 2021, 670 (in diesem Heft).

27 Zu § 28 a IfSG *Greve*, NVwZ 2020, 1786.

Deutschland, aber auch in anderen europäischen Staaten und weltweit gesammelten Erfahrungen zeigen, dass insbesondere umfassende Maßnahmen zur Beschränkung von Sozialkontakten wie Ausgangsbeschränkungen in der Nachtzeit einen wichtigen Beitrag leisten können, um Mobilität und Infektionsgeschehen zu reduzieren. Ferner lassen sich auch aus aktuellen wissenschaftlichen Studien Rückschlüsse ziehen, die diesen Befund unterstützen.[28] Auch wenn hier natürlich noch keine besonders hohe wissenschaftliche Gewissheit vorliegen kann, da der Erkenntnisgewinnungsprozess und die Studienlage sich dynamisch fortentwickeln, besteht für die zu treffenden Risikoentscheidungen[29] eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers,[30] die von den Gerichten nicht ersetzt werden kann.[31] Nächtliche Ausgangsbeschränkungen – und zum Teil noch viel striktere als im Rahmen von § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG vorgesehen – werden in Europa (bspw. Belgien, Italien, Niederlande, Portugal, Spanien und UK) und weltweit (exemplarisch etwa Australien und Neuseeland) als wichtiger Baustein der Pandemiebekämpfung eingesetzt.[32] Insoweit kann durchaus auch ein rechtsvergleichender Blick erhellend sein.[33]

Funktional dienen nächtliche Ausgangsbeschränkungen zur Effektivierung der Kontaktbeschränkungen und sind im Rahmen der notwendigen Vollzugsfähigkeit effektiver, in bestimmter Hinsicht sogar grundrechtsschonender als die Ausweitung von Kontaktverboten. Ausgangsbeschränkungen führen zur Verlagerung von Kontrollsituationen aus der Wohnung (Art. 13 GG)[34] in den öffentlichen (Straßen-) Raum. Es darf zudem nicht der Fehler gemacht werden, den Zweck der Ausgangsbeschränkung darin zu sehen, den Aufenthalt im Freien zu verhindern. Vielmehr dient der Aufenthalt jenseits einer Wohnung als Proxy für Zusammenkünfte: Die Anknüpfung an den Weg von A nach B zielt nicht auf den Weg, sondern auf A und B.

In der Praxis hat die weit überwiegende Zahl der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen die Zulässigkeit von Ausgangsbeschränkungen als Maßnahme zur Pandemieeindämmung nicht infrage gestellt.[35] Auch wenn vereinzelt Verordnungen oder Allgemeinverfügungen der Länder von Verwaltungsgerichten außer Vollzug gesetzt wurden, gab es keinerlei Beanstandung im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen für diese Maßnahmen im IfSG, zumeist wurde eine unzureichende Begründung seitens des Verordnungsgebers gerügt.[36]

In § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG wird das Verlassen der eigenen Wohnung unter ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt, wobei der Erlaubnisvorbehalt die in § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG aufgeführten Tatbestände voraussetzt, die gegebenenfalls verfassungskonform auszulegen sind, um die kollidierenden Verfassungsgüter zueinander in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.[37] Grundrechtlich betrachtet liegt es nahe, hier einen erheblichen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG anzunehmen. In die körperliche Bewegungsfreiheit nach Art. 2 II 2 GG wird dagegen nicht eingegriffen.[38] Die Betroffenen werden nicht daran gehindert, ihren Aufenthaltsort auch in den von der Ausgangsbeschränkung betroffenen Zeiten frei zu wählen. Sie müssen diesen Ort lediglich zu Zeiten aufsuchen, die nicht von der Ausgangsbeschränkung erfasst werden. Die Ausgangsbeschränkung hat im Wesentlichen den Effekt einer befristeten Einschränkung der Zwecke, zu denen der Einzelne den öffentlichen Raum nutzen darf. Zudem ist bei Nichtbefolgung nicht mit der sofortigen Anordnung oder gar Anwendung unmittelbaren Zwangs zu rechnen, wie es aber für die im Rahmen des Art. 2 II 2 GG relevanten Einschränkungen typisch ist.[39] Ohnehin wird angenommen, dass ein Eingriff in Art. 2 II 2 GG von vornherein ausscheidet, wenn sich der in Rede stehende Zwang allein aus der Vorgabe eines Zeitpunkts ergibt.[40]

Selbst wenn man aber die in § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG vorgesehene nächtliche Ausgangsbeschränkung als Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit qualifizieren würde,[41] ist ein Eingriff durch formelles Parlamentsgesetz möglich und genügt den Anforderungen der Art. 2 II 2 und 104 I GG. Denn der dort aufgeführte Gesetzesvorbehalt „aufgrund eines (förmlichen) Gesetzes“ soll gerade absichern, dass der Gesetzgeber

28 Vgl. bspw. die auch in BT-Drs. 19/28444, 12, genannten *Brauner* et al., Science 371, eabd9338 (2021); *Sharma* et al., Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19, abrufbar unter: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.3.25.21254330v1.full.pdf; *Ghasemi* et al., Impact of a nighttime curfew on overnight mobility, abrufbar unter: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.4.4.21254906v1; *Di Domenico et al.*, Impact of January 2021 curfew measures on SARS-CoV-2 B.1.1.7 circulation in France, abrufbar unter https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.2.14.21251708v2.full.

29 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994. Aufgrund des weiterhin bestehenden Restrisikos bei Geimpften sind Ausnahmen für diese Gruppe nicht zwingend angezeigt, vgl. *VG Gießen*, Beschl. v. 19.4.2021 – 9 L 1432/21.GI; *VG Düsseldorf*, Beschl. v. 21.4.2021 – 24 L 849/21.

30 Vgl. aber *Möllers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 5; *Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 7 f. Diese erhöhten Anforderungen an die Gewissheit wissenschaftlicher Erkenntnisse erscheinen angesichts der Rahmenbedingungen der aktuellen Pandemielage überzogen. Würde man diese Maßstäbe bspw. auch auf Impfstoffe und etwaige Nebenwirkungen übertragen, die nach der derzeitigen Studienlage noch nicht gänzlich abzusehen sind, dürfte man diese wohlmöglich gar nicht zulassen.

31 Vgl. *BVerfGE* 49, 89 (90) = NJW 1979, 359 (Ls. 4, 131); vgl. auch *Greve*, VR 2020, 181 (186); s. zum vergleichbaren Maßstab ferner das Mehrheitsvotum von Chief *Justice Roberts* in South Bay United Pentecostal Church v. Newson, 590 U. S. 2020.

32 https://www.dw.com/de/faktencheck-wie-wirksam-sind-n%C3%A4chtliche-ausgangssperren/a-57045074.

33 Siehe etwa *Renninger*, DVBl 2021, 361; *Golia/Hering/Moser/Sparks*, ZaöRV 2021, 147 ff. Speziell zur belgischen Ausgangsbeschränkung s. https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/153947/belgiums-curfew-measure-is-constitutional-after-all-correctional-court-rules-charleroi-justice-van-quickenborne-interior-verlinden/.

34 Dazu *Greve* in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 15. Aufl. 2021, Art. 13 Rn. 15 iE.

35 *VGH München*, Beschl. v. 5.3.2021 – 20 NE 20.3097, BeckRS 2021, 3800; *BayVerfGH*, Ent. v. 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20, BeckRS 2020, 35808; *LSAVerfG*, Beschl. v. 2.2.2021 – LVG 4/21, BeckRS 2021, 1360; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 25.2.2021 – 3 R 10/21, BeckRS 2021, 6590; *OVG Weimar*, Beschl. v. 18.2.2021 – 3 EN 67/21, BeckRS 2021, 5303; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 21.4.2021 – 5 Bs 85/21; *OVG Münster*, Beschl. v. 22.4.2021 – 13 B 610/21; *VG Schleswig*, Beschl. v. 26.2.2021 – 1 B 20/21, BeckRS 2021, 4792.

36 Vgl. *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 7.

37 Vgl. etwa für die bayerische Regelung *BayVerfGH*, Entsch. v. 9.2.2021 – Vf. 6-VII-20, BeckRS 2021, 1765 Rn. 61 ff.; *VGH München*, Beschl. v. 28.4.2020 – 20 NE 20.849, BeckRS 2020, 7227; *VG München*, Beschl. v. 30.4.2020 – M 26 E 20.1701, BeckRS 2020, 7968; s. auch *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9 a/2020, 1 (11); *Kingreen/Huster/Poscher*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 4 Rn.

38 Siehe etwa *VGH München*, Beschl. v. 19.2.2021 – 20 NE 21.458, BeckRS 2021, 3811 Rn. 21; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 25.2.2021 – 3 R 10/21, BeckRS 2021, 6590 Rn. 9; *OVG Weimar*, Beschl. v. 18.2.2021 – 3 EN 67/21, BeckRS 2021, 5303 Rn. 13; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21, BeckRS 2021, 6292 Rn. 33; ebenso auch *Mangold*, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2021/04/GFF-Gutachten-Ausgangssperren.pdf, 12 f.

39 *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 104; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 114 ff.; *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, GG, 92. EL 2020, Art. 2 II 2 Rn. 31 f. (unklar mit Blick auf Ausgangsbeschränkungen bei Rn. 38); *Degenhart* in *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 7.

40 *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, GG, Art. 2 II Rn. 105 mwN.

41 So vor allem Stimmen aus der Literatur s. bspw. *Herzmann*, DÖV 2006, 678 (680); *Ziekow*, DVBl 2020, 732 (734); *Schmitt*, NJW 2020, 1626.

an Entscheidungen über Freiheitsbeschränkungen mitwirkt und nicht seine Mitwirkung schmälern.[42] So enthielt schon die Vorgängernorm des Art. 114 I WRV die Formulierung „nur auf Grund von Gesetzen". Es war unstreitig, dass hierunter auch abstrakt-generelle Rechtssätze fielen, etwa Rechtsverordnungen. Der Verfassungsgeber des Grundgesetzes wollte nichts an der zulässigen Regelungstechnik (abstrakt-generelle Normsetzung) ändern, sondern sicherstellen, dass der parlamentarische Gesetzgeber an ihr beteiligt wird.[43] Sofern vorgebracht wird, dass es erst eines weiteren Aktes von Exekutive oder Judikative bedürfe und ein Eingriff durch Gesetz unzulässig sei,[44] wird nicht nur übersehen, dass dann auch die per Gesetz angeordnete Schulpflicht rechtlich prekär würde, sondern auch, dass es ohnehin stets einer Durchführungshandlung bedarf, um die Ausgangsbeschränkung nach § 28 b I 1 Nr. 2 IfSG anzuwenden.[45] Zu denken ist etwa an eine Polizistin, die bei einem Passanten in der Nachtzeit überprüft, ob dieser sich auf die Erlaubnistatbestände der Ausgangsbeschränkung berufen kann und gegebenenfalls im Anschluss eine Platzverweisung ausspricht.

V. Differenzierungen der Maßnahmen (Art. 3 GG)

Die Maßnahmen der bundeseinheitlichen Notbremse verfolgen den Gesamtzweck, einen wirksamen Beitrag zur Eindämmung des weiteren Pandemiegeschehens zu leisten. Die Ausdifferenzierung infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen und ihrer Ausnahmen wurde in der Vergangenheit von den Gerichten oft anhand von Art. 3 I GG überprüft. Dabei wurde zumeist die Gefahr erkannt, dass ein unkritisch übertragenes Folgerichtigkeitsdenken[46] zu unangebracht engen Maßstäben für die staatliche Pandemiebekämpfung führen würde.[47] Insbesondere droht bei zu hohen Anforderungen an die Folgerichtigkeit staatlicher Differenzierungen in der Pandemiebekämpfung eine Situation, in der entweder nur weit überschießend oder nur deutlich unzureichend gehandelt würde. Ohnehin muss es dem grundrechtlichen Anliegen des Art. 3 I GG schon grundsätzlich widersprechen, wenn man ihn nicht gegen Beschränkungen, sondern gegen (vermeintlich nicht folgerichtige) Ausnahmen von Beschränkungen in Stellung bringen wollte.[48]

Unabhängig davon erscheinen die in § 28 b IfSG vorgesehenen Maßnahmen und die – sehr begrenzt gehaltenen – Ausnahmen bei Zugrundelegung der im Gesamtzweck der Vorschrift angelegten infektionsschutzrechtlichen Logik im Großen und Ganzen plausibel. So sind Ausnahmen in Bereichen mit geringerem Infektionsrisiko vorgesehen, etwa für die Außenbereiche von Zoos oder für Autokinos (§ 28 b I 1 Nr. 5 Hs. 2 und 3 IfSG). Eine weitere Differenzierung anhand infektiologischer Erwägungen findet sich etwa in der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Handel einerseits (§ 28 b I 1 Nr. 4 IfSG) und nicht körpernahen Dienstleistungsangeboten andererseits.[49] Für körpernahe Dienstleistungen sind wiederum größere Einschränkungen vorgesehen (§ 28 b I 1 Nr. 8 IfSG), bei körpernahen Dienstleistungen mit medizinischer oder pflegerischer Relevanz gelten – dem Gesamtzweck der Regelung entsprechend – Rückausnahmen.[50]

Kritisieren lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Differenzierung allerdings, dass die Regelungen mitunter recht kleinteilig ausfallen (etwa § 28 b I 1 Nr. 7 IfSG), was unweigerlich die Gefahr von kleineren Wertungswidersprüchen zumindest in Detailfragen mit sich bringt. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich gut beraten, sich auf die Setzung der abstrakten Grundlagen zu konzentrieren und deren nähere Ausgestaltung dem flexibleren Verordnungsrecht zu überlassen. Insofern ist allerdings über die hinreichend weit gefassten Verordnungsermächtigungen aus § 28 b VI und § 28 c IfSG die Möglichkeit eröffnet, im Bedarfsfall noch nachzusteuern.

VI. Ausreichender Rechtsschutz

§ 28 b IfSG sieht gesetzlich unmittelbar geltende Verhaltensge- und verbote für die Bürgerinnen und Bürger vor, die der Deutsche Bundestag insoweit direkt adressiert. Diese Technik (Self-executing-Normen[51]) wird in § 28 b IfSG zwar für erhebliche Grundrechtseingriffe genutzt, ist aber an sich nicht unüblich. Sie findet sich in vielzähligen anderen Regelungsbereichen, beispielsweise in § 1 PAuswG (Ausweispflicht), § 17 BMG (Meldepflicht), § 2 I WaffG (Verbot des Umgangs mit Waffen und Munition für Personen unter 18 Jahren), § 5 AdVermiG (Verbot der Adoptionsvermittlung für Private), im gesamten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, vor allem etwa auch in den §§ 17 ff. LFGB, die einen sehr umfassenden Katalog vielgestaltiger unmittelbarer gesetzlicher Verbote für Produktion und Umgang mit Futtermitteln enthalten. Eine Besonderheit des § 28 b IfSG ist, dass die Selbstausführung der Normen erst beim Vorliegen bestimmter tatsächlicher Voraussetzungen aktiviert wird – ähnlich einem Tempolimit, das nur „bei Nässe" eingreift.[52]

Dem potenziell betroffenen Bürger steht auch gegen unmittelbar gesetzlich geltende Ge- und Verbote fachgerichtlicher Rechtsschutz zu,[53] weshalb eine Verletzung der Garantie des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG fernliegend ist.[54] Zunächst gilt nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundsatz der Subsidiarität, dass auch vor

42 Vgl. *Kämmerer* in *v. Münch/Kunig*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 146. Mit den unterschiedlichen Formulierungen von Eingriffsvorbehalten sind oft keine unterschiedlichen Anforderungen an die Eingriffsmechanik verknüpft, s. *BVerfGE* 33, 125 (156) = NJW 1972, 1504.

43 Siehe etwa das Protokoll der Vierten Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23.9.1948 in Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/I, 62 (78). Zur historischen Rolle des englischen Parlaments im Streit um Habeas-Corpus-Konstellationen vgl. etwa *Meyer*, ZaöRV 2009, 1 (13 f.).

44 So etwa *Jarass* in *ders./Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 104 Rn. 3; *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, GG, Art. 2 II Rn. 106.

45 *Kämmerer* in *v. Münch/Kunig*, GG, Art. 2 Rn. 145.

46 Siehe *BVerfGE* 121, 317 (362 f.) = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987 Ls.

47 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 26.3.2020 – 5 Bs 48/20, BeckRS 2020, 4731; *OVG Weimar*, Beschl. v. 9.4.2020 – 3 EN 238/20, BeckRS 2020, 7743; *OVG Bremen*, Beschl. v. 22.10.2020 – 1 B 325/20, BeckRS 2020, 29068; *OVG Koblenz*, Beschl. v. 5.11.2020 – 6 B 11353/20, BeckRS 2020, 31939; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 9.4.2021 – 3 B 115/21, BeckRS 2021, 7108; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 14.4.2021 – 13 MN 161/21, BeckRS 2021, 7221.

48 IdS auch *Möllers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 6.

49 Dies fußt nach dem Willen des Gesetzgebers auf der Einschätzung, dass Dienstleistungen typischerweise ein gegenüber dem Handel stärker individualisiertes Verhältnis zum Kunden vorliegt, was die Einhaltung von Schutz- und Hygienestandards erleichtere, s. BT-Drs. 18/28732, 19.

50 BT-Drs. 18/28732, 19.

51 *Pils*, JA 2011, 113; *Bethge* in *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 90 Rn. 373 ff.

52 Siehe die lfd. Nr. 49.1 der Anlage 2 zu § 41 I StVO.

53 So *BVerfG*, NVwZ 2020, 622 (623 f.) im Hinblick auf die unmittelbar geltenden Verhaltensverbote der Berliner SARS-CoV-2-EindmaßnV; ebenso bereits *BVerfG*, NVwZ 2004, 977 (979), zu unmittelbar wirkenden Vorschriften aus dem Futtermittelrecht. Näher zu solchen Konstellationen etwa *Ehlers* in *Ehlers/Schoch*, Rechtsschutz in Öffentlichen Recht, 2009, § 25 Rn. 13, 36, § 27 Rn. 14 aE; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019 Rn. 1079.

54 So im Ergebnis auch *Wollenschläger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 11 ff.; aA *Möllers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 3 ff.; *Kingreen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 5; *Kießling*, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes, 7.

der Erhebung von Rechtssatzverfassungsbeschwerden alle Mittel zu ergreifen sind, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können.[55] Hier ist der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I VwGO) eröffnet. Der einzelne Bürger kann in Form einer vorbeugenden Feststellungsklage (§ 43 VwGO) vor dem *VG* gegen seine etwaige Betroffenheit durch das Gesetz vorgehen.[56] Es würde auf Feststellung geklagt, dass sich aus dem Gesetz (oder den jeweils angegriffenen Passagen) keine Rechte oder Pflichten für den Klagenden ergeben, die beispielsweise Grundlage für Vollzugsakte (Bußgeldbescheid usw.) gegen den Kläger sein könnten (keine Klage auf „Unwirksamkeit" des Gesetzes). Bei Vollzug des Gesetzes durch Verwaltungsakt könnte auch im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO, gegebenenfalls auch Fortsetzungsfeststellungsklage) gegen die Einzelentscheidungen vorgegangen werden. In allen Varianten würde das entscheidende Gericht durch Auslegung des Gesetzes zunächst prüfen, ob das streitgegenständliche Verhalten von dem Gesetz überhaupt verboten wird. Soweit dies der Fall ist, würde das zugrunde liegende Gesetz inzident geprüft und gegebenenfalls dem *BVerfG* vorgelegt (vgl. Art. 100 I GG).

Eine vorbeugende negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit der angegriffenen Verbote bzw. Beschränkungen des § 28 b IfSG wird nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zulässig sein, weil und soweit dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden kann.[57] Mit Rücksicht auf Art. 19 IV GG ist es ausreichend, dass sich jedenfalls nicht hinreichend sicher ausschließen lässt, dass ein Verstoß gegen eines der abstrakt-generellen Verhaltensverbote bußgeldbewehrt ist.[58] Dies ist wegen der überwiegenden Bußgeldbewehrung der Verhaltensverbote aus § 28 b IfSG regelmäßig der Fall.

VII. Fazit und Ausblick

Konstruktion und Inhalt des neuen § 28 b IfSG bilden bereits seit seiner Genese den Gegenstand politischer und vor allem auch rechtlicher Diskussionen. Insbesondere zur grundrechtlichen Einordnung von Ausgangsbeschränkungen und zur Bedeutung des Rechtsschutzes gegen selbstausführende Normen haben sich in der Diskussion verschiedene Rechtsfragen, stellenweise auch Missverständnisse ergeben, zu deren Einordnung und Klärung die hiesigen Ausführungen hoffentlich einen ersten Beitrag leisten können. Der Deutsche Bundestag hat mit dem Beschluss des neuen § 28 b IfSG regelungstechnisch und gesundheitspolitisch einen mutigen und entschlossenen Schritt gewagt. Welchen Beitrag dieser Schritt zur Eindämmung des weiteren Pandemiegeschehens leisten kann, muss die Zeit zeigen. ■

55 *BVerfGE* 150, 309 (326) = NVwZ 2019, 398 Rn. 41.
56 *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 281 Rn. 8 ff.; s. auch *BVerfG* NVwZ 2004, 977.
57 *BVerfG*, NVwZ 2020, 622 (623) mit Verweis auf *BVerwGE* 136, 54 (57 ff.) = NVwZ 2010, 1300 insbes. 64 Rn. 42, *BVerfGE* 157, 126 (127) Rn. 15, s. auch *P. M. Huber* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 19 Rn. 436.
58 *BVerfG*, NVwZ 2020, 622 (623).