

Staatsrecht in der Corona-Pandemie

Normalzustand und Ausnahmezustand

Karl Albrecht Schachtschneider

18. Februar 2024

Inhalt

Teil A

Verfassungsrechtliche Grundlagen 10

I Freiheit, Staat, Parteien 10

1. Würde und Freiheit 10
 - a) Würde des Menschen 10
 - b) Freiheit 11
2. Freiheitlicher Staat 16
 - a) Begriff des Staates 16
 - b) Freiheitliche Republik 18
 - c) Rechtsstaat 19
 - aa) Demokratische Gesetzlichkeit 19
 - bb) Gewaltenteilung 20
3. Parteienstaat 22
 - a) Einfachgesetzliches Wahlsystem 22
 - b) Gewaltenteilung in der Parteienoligarchie 23
 - c) Politische Dominanz der Bundesregierung 24
 - d) Parteienstaat Verfallserscheinung der Republik 25

II Bundesverfassungsgericht 28

1. Macht des parteienstaatlichen Verfassungsgerichts 28
 - a) Macht des letzten Wortes 28
 - b) Vorverständnis, Dogmatik und Interpretation 29
 - c) Souveränitätswidriger Vorrang des Unionsrechts 31
2. Verfassungsändernde Verfassungsjudikatur 33
 - a) Materialisierung der formalen Menschenwürde 33
 - b) Herrschaft statt Freiheit 34
 - aa) Freiheit, nicht Willkür 34
 - bb) Praktische Vernunft 34
3. Abwägungsprinzip 37
 - a) Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts 37
 - b) Werteordnung statt Verfassungsordnung 39
4. Verhältnismäßigkeitsprinzip 41

| | | |
|-----|---|-----------|
| a) | Lagegemäße praktische Vernunft | 41 |
| b) | Verhältnismäßigkeit versus Gesetzesbindung | 43 |
| 5. | Klimabeschluß vom 24. März 2021 | 48 |
| | III Schutz durch den Staat | 48 |
| 1. | Staatszweck Sicherheit | 48 |
| 2. | Verfassungssätze zur Schutzpflicht | 49 |
| 3. | Judikatur zur grundrechtlichen Schutzpflicht | 49 |
| 4. | Kritik der Schutzpflichtjudikatur | 51 |
| a) | Schutz der Menschenwürde | 51 |
| b) | Grundrechte als Abwehrrechte und Schutzrechte | 51 |
| aa) | Rechtsverletzungen des Staates und von Dritten | 51 |
| bb) | Objektive und subjektive Dimension der Grundrechte | 52 |
| cc) | Grundrechtlicher Wesensgehaltsschutz | 53 |
| dd) | Zitiergebot | 54 |
| c) | Sicherheit durch Gesetzlichkeit | 55 |
| aa) | Gesetzgebungsbefugnis des Staates | 55 |
| bb) | Wesentlichkeitsprinzip | 55 |
| d) | Verhältnismäßigkeit statt Grundrechtsschutz | 56 |
| e) | Politische Führung des Bundesverfassungsgerichts | 57 |
| | IV Notstandsordnung | 58 |
| 1. | Deutsches Reich von 1919 bis 1933 | 58 |
| 2. | Verfassungsregelungen des inneren Notstandes | 60 |
| 3. | Ungeschriebene Notstandsverfassung | 64 |
| 4. | Verhältnismäßigkeit im Ausnahmezustand | 66 |
| 5. | Grundrechte im inneren Notstand | 67 |
| a) | „Der Zweck heiligt die Mittel“ | 67 |
| b) | Rechtsgesetze und Maßnahmegesetze | 67 |
| c) | Grundrechte im Ausnahmezustand | 69 |
| d) | Scheinlegitimation notständiger Legislativakte | 70 |
| e) | Sachgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit im Notstand | 71 |
| 6. | Maßnahmegesetze und selbstvollziehende Gesetze | 71 |
| a) | Begriff des Maßnahmegesetzes | 71 |
| b) | Maßnahmen in Wirtschaftskrisen | 74 |
| c) | Notstandsgesetze/Diktaturgesetze | 75 |
| d) | Selbstvollziehende Gesetze | 81 |
| aa) | Gewaltenteilung | 81 |
| bb) | Verfassungsbeschwerden | 82 |
| cc) | Vorrang der Gesetze | 83 |
| dd) | „Lex und ius“ | 83 |
| ee) | Gewaltenteilung – Grenzen | 84 |
| | Teil B | |
| | I Corona-Lage in Deutschland | 86 |
| | II Judikatur | 90 |

1. Bundesverfassungsgericht .90
 - a) Presseerklärung zu Entscheidungen zu Corona-Schutzmaßnahmen 90
 - b) Beschluß vom 19. November 2021 zur Bundesnotbremse 92
 - aa) Leitsätze 92
 - bb) Pressemitteilung vom 30. November 2021 93
 - c) Beschluß vom 10. Februar 2022 zur Impfpflicht 99
 - d) Beschluß vom 27. April 2022 zur Impfnachweispflicht
Pressemitteilung vom 19. Mai 2022 103
 - e) Beschluß vom 21. Juli 2022 zur Impfpflicht gegen Masern
Pressemitteilung vom 18. August 2022 108
2. Bundesverwaltungsgericht 114
 - a) Urteil vom 14. Juli 1959 zur Impfpflicht gegen Pocken 114
 - b) **Beschluß vom 7. Juli 2022 zur Impfpflicht von Soldaten
Pressemitteilung vom 7. Juli 2022 114**
3. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 116
 - a) Beschwerde gegen Test- und Nachweispflichten 117
 - b) Beschwerde gegen Impfpflicht, Eilverfahren 116
 - c) Impfpflicht für Kinder 116

Teil C

Das Recht der Corona-Schutzmaßnahmen 117

I Ermächtigungen 117

Gesetzestexte

1. Föderalistische Bedenken 119
 - a) Ermächtigungen der Landesregierungen durch den Bundesgesetzgeber 119
 - aa) Verpflichtung und Ermächtigungen der Länder zu Schutzmaßnahmen 119
 - bb) Feststellung der Corona-Epidemie durch die Landesparlamente 122
 - cc) Begrenzung der Schutzmaßnahmen der Länder durch den Bund 124
 - dd) Ermächtigung der Länder zu Erleichterungen und Ausnahmen 125
 - b) Ermächtigungen der Landesregierungen durch die Bundesregierung 125
 - aa) Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung 125
 - bb) Ermächtigung der Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen 127
 - cc) Fragwürdigkeiten der Ermächtigung der Landesregierungen 129
 - dd) Weiterübertragung der Ermächtigung 130
 - ee) Landesgesetz statt Rechtsverordnung des Landes 131
 - ff) Vorgaben der Bundesregierung für Rechtsverordnungen der Länder 132
 - ii) **Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen Berlins 132**
 - jj) Gesetzesvertretende oder gesetzverdrängende Rechtsverordnungen 133
2. Delegations- und gewaltenteilungsrechtliche Bedenken 133
 - a) Mangel an Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung 133
 - b) Gesetzgeberisches Wesentlichkeitsprinzip bei Grundrechtseingriffen 135
 - aa) Gesetzlichkeit der wesentlichen Regelungen 135
 - bb) Ermächtigungsgesetze Mißachtung des Wesentlichkeitsprinzips 136
 - c) Zweckverwirklichung zu Lasten des demokratischen Rechtsstaates 136

- aa) Flexible Anforderungen 136
- bb) Zweckvollzug entgegen fundamentalen Verfassungsprinzipien 139
- cc) Funktionswidrigkeit der Ermächtigung der Landesregierungen 140
- ff) Quintessenz 141
- 3. „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ in § 28 c IfSG 142
- 4. Unbestimmtheit des Begriffs „Immunsierung“ 144
 - a) Fingierte Immunsierung 144
 - b) Tatsächliche Immunsierung 145
 - aa) Gesetzlicher Tatbestand versus Wirklichkeit 145
 - bb) Medizinische Immunität 145
 - c) Fingierte Genesungsimmunität 147
 - d) Immunitätsfiktion nach negativem Test 147
 - e) Infektionsmöglichkeit trotz Impfung oder Genesung 148
 - f) Nichtigkeit des § 28 c IfSG 148
- 5. Unbestimmtheit des Begriffs „Erleichterungen“ 148
 - a) „Erleichterungen“ als Rechtsbegriff 148
 - b) Ermächtigungen der Regierungen des Bundes und der Länder 149
- 6. „Erleichterungen“ von Grundrechtseinschränkungen 150
- 7. Rechtsetzung der Länder durch den Bund 151
 - a) Eingriffe der Bundesregierung in Landesgesetze und -verordnungen 152
 - b) Mißachtung der föderalen Gewaltenteilung 153

II Voraussetzungen von Coronaschutzmaßnahmen 153

- 1. Epidemische Lage von nationaler Tragweite 154
- 2. WHO: „Gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“ 155
 - a) Gefahr für die „öffentliche Gesundheit“ 155
 - b) Bundesnotbremse-Beschluß 156
 - c) Befugnisse der Weltgesundheitsorganisation 157
- 3. Ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit/
schwerwiegende für die Allgemeinheit 159
 - a) Ausbreitung einer übertragbaren Krankheit 159
 - b) Kapazitäten der Krankenhäuser und Triage 161
 - c) Unbestimmter Begriff „ernsthafte Gefahr“ 163
 - d) Schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit 163
 - e) Gefahr für die Allgemeinheit 165
- 4. Relevanz der epidemischen Lage von nationaler Tragweite 166
- 5. Novelle des § 28 a IfSG 166
 - a) ‚Beendigung‘ der epidemischen Lage von nationaler Tragweite 166
 - b) § 28 a Abs. 7 IfSG 168

III Gefahr 172

- 1. Gefahrbegriffe 172
- 2. Gefahrenlage 174
 - a) Ermittlungsunsicherheit der Corona-Gefahren 174
 - b) Unsicherheit der Schutzwirkung der Impfungen 176

- c) Ernsthafte Gefahren als Voraussetzung der Schutzmaßnahmen 178
 - aa) Infektionsmöglichkeit keine Gefahr 178
 - bb) Schutzmaßnahmen ‚ernste‘ Gefahr für das Gemeinwesen 178
- d) Erkrankungen und Todesfälle durch das Coronavirus 179
- e) Örtliche Unterschiede der Corona-Inzidenzen 182
- 3. Gefahrvermutung, Gefahrverdacht, Anscheinsgefahr 184
 - a) Gefahrenvermutung 185
 - aa) Infektionsangst 185
 - bb) Polizeigefahr Begriff des Rechtsstaates 187
 - b) Gefahrverdacht 187
 - aa) Gefahrerforschung 187
 - bb) Positiver PCR-Test 190
 - cc) Gefahrermittlung 190
 - c) Anscheinsgefahr 191
- 4. Gefahrenvorsorge, Risikovorsorge 194
 - a) Gefahrenvorsorge 194
 - aa) Gefahrenvorsorge gegen abstrakte Polizeigefahren 194
 - bb) Gefahrenvorsorge gegen besondere abstrakte Polizeigefahren 196
 - cc) Befugnis zur Gefahrenvorsorge 198
 - b) Risikovorsorge 199
 - aa) Judikatur 199
 - bb) Risikovorsorge gegen Gefahren durch Großprojekte 201
 - cc) Infektionsmöglichkeit kein Risiko 202
 - dd) Infektionsmöglichkeit keine Schadenswahrscheinlichkeit 204
 - ee) Epidemien regelmäßig ohne Risikovorsorge 205
 - ff) Allgemeine Risikovorsorge grundrechts- und rechtsstaatswidrig 206
- 5. Konkrete und abstrakte Gefahr 206
 - a) Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Infektion 207
 - aa) „Infektionsgefahr“ weder konkrete noch abstrakte Polizeigefahr 208
 - bb) Abwehripflicht der Infektionsmöglichkeit rechtsstaatswidrig 208
 - cc) Handlungspflichten zur Abwehr von Polizeigefahren 209
 - b) Konkrete Gefahr der Infektion 210
 - c) Abstrakte Gefahr der Infektion 210
 - aa) Infektionsmöglichkeit keine abstrakte Gefahr 210
 - bb) Abstrakte Polizeigefahren nur bei bestimmten Sachverhalte 211
 - cc) Normverletzung Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung 212
- 6. Notständige Infektionsgefahr 212
 - a) Infektionsbegriff 213
 - b) Zweck des Infektionsschutzgesetzes 213
 - c) Epidemische Infektionen als Gefahrenkategorie 215
 - d) Notständiger epidemischer Gefahrbegriff des Bundesverfassungsgerichts 216
 - e) Epidemische Infektionsgefahr als Begriff des Ausnahmezustandes 218
 - aa) Rechtsgrundsatz des neminem laedere im Normalzustand 218

- bb) Polizeirechtliche Gefahrenbegriff Begriff des Normalzustandes 222
- cc) Epidemische Infektionsgefahr kein Begriff des Normalzustandes 220
- f) Naturkatastrophen 220
- g) Bundesseuchengesetz 221
- h) Sicherheit im Straßenverkehr 222
- 7. Erkennen der Infektionsgefahr 222
- a) Theorie der Wirklichkeit 222
- b) Theorien der Fachwelt, Verantwortung der Staatsorgane 224

IV Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen 227

- 1. Schutzpflicht des Staates 227
- 2. Allgemeine Schutzmaßnahmenpflicht 229
- 3. Störer und Nichtstörer 231
- a) Polizeigefahr durch Störer 231
- b) § 823 Abs. 1 BGB als Paradigma 233
- c) Gefahrbegriff ohne Störer 233
- 4) Nichtstörer 235
- a) Regelungen 235
- b) Polizeipflicht von Nichtstörern 237
- aa) Polizeilicher Notstand 238
- bb) Grundrechtsbeeinträchtigung im Normalzustand 237
- 5. Nichtstörer im Notstand 238
- aa) Notstandslage 239
- bb) Notstandspflichten 240
- cc) Grundrechtsbeeinträchtigung 241
- 6. Kosten 242
- 7. Pflichten 242

V Verfassungsrechtsschutz 245

- 1. Würde des Menschen 245
- 2. Grundrechtsschutz 247
- a) Betroffene Grundrechte 247
- b) Bundesverfassungsgericht 249
- 3. Verhältnismäßigkeit der Eingriffe 250
- a) Bundesverfassungsgericht 249
- b) Verhältnismäßigkeit 254
- aa) Legitimer Zweck 250
- aaa) Schutzpflicht 250
- bbb) Legitimität der Schutzmaßnahmen 250
- bb) Geeignetheit 252
- cc) Notwendigkeit und rechtes Maß 253
- aaa) Notwendigkeit 253
- bbb) Rechtes Maß 253
- 4. Wesensgehalt der Grundrechte 254
- a) Dogmatik des Wesensgehalts 254

b) Schutzmaßnahmen 254

VI Corona-Notstandsmaßnahmen ohne Notstandsverfassung 256

1. Notständige Ausnahmelage der Corona-Pandemie 256

a) Notabwehr Staatspflicht 256

b) Notlage Corona-Pandemie 258

aa) Außergewöhnliche Notsituation 258

bb) Corona-Pandemie keine Naturkatastrophe 260

2. Notstandsordnung in epidemischer Lage ohne Notstandsverfassung 261

a) Corona-Schutzmaßnahmen ohne Verfassungsgrundlage 261

b) Vom Verfassungsstaat in den Regierungsstaat 262

c) Notstandsregelungen der Länder 264

3. Einfachgesetzliche Corona-Schutzmaßnahme 264

a) Surrogative Notstandsorgane 265

aa) Ministerpräsidentenkonferenz 265

bb) Bundestag, Bundesrat, Bundes- und Landesregierungen 265

b) Zweck und Mittel des Infektionsschutzgesetzes 266

c) Notstandsgesetze - Diktaturgesetze 267

4. Grundrechte im inneren Notstand 268

a) Aussetzung der Grundrechte 268

b) Inadäquanz der normalen Grundrechtsverfassung 268

5. ‚Spruchweisheiten‘ 270

VII Grundrechtsstatus einzelner Schutzmaßnahmen 270

1. Abstandsgebot 271

2. Pflicht zum Mund-Nasenschutz 272

3. Nachweispflicht negativer Testung 274

4. Quarantänepflicht 277

5. Anwesenheitsdokumentation 280

6. Elektronische Warn-Apps 280

7. Private Zusammenkünfte 281

8. Kontaktbeschränkungen 280

9. Ausgangsbeschränkungen 289

10. Arbeitsstätten 291

11. Grundrechtliche Quintessenz 292

VIII Verpflichtung zur Schutzimpfung 293

1. Problematik einer allgemeinen Impfpflicht 293

2. Gesetzliche Impfpflichten 296

a) § 20 Abs. 6 und 7 IfSG- Bedrohte Teile der Bevölkerung 296

b) § 20 Abs. 8 und Abs. 9 IfSG- Masern 296

c) § 20 a IfSG- Einrichtungen oder Unternehmen 297

d) § 17a Soldatengesetz 298

3. Judikatur zur Impfpflicht 299

a) Überblick 299

b) Bundesverfassungsgericht Beschluß vom 10. Februar 2022 300

- c) Bundesverfassungsgericht Beschluß 27. April 2022 304
- d) Keine Judikate zur allgemeinen Corona-Impfpflicht 307
- e) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 307
- 4. Politische Stellungnahmen 308
 - a) Parlamentarische Versammlung des Europarates 308
 - b) Mitgliedstaaten der Europäischen Union 308
 - c) Bundesregierung 308
- 5. Infektiosität trotz Impfung 309
 - a) Zweifel an Immunisierung durch Impfung und Genesung 309
 - b) RKI zu Impfdurchbrüchen 311
 - c) Äußerungen von Immunologen und Pathologen 314
 - d) Bundesverfassungsgericht zu Impfdurchbrüchen 316
- 6. Grundrechtswidrigkeit einer Impfpflicht 317
 - a) Keine allgemeine Polizeigefahr 317
 - b) Sicherheitsverlust durch Impfpflicht 318
 - c) Impfpflicht in notständiger Infektionsgefahr 318
 - d) Menschenwürde im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz 319
 - e) Würde des Menschen versus Solidarität 320
 - f) Mehrheit vor Minderheit 323
 - g) Willkürverbot 324
 - h) Verhältnismäßigkeit der Impfpflicht 326
 - i) Neminem laedere 327
 - j) Impfpflichten von Soldaten 328
 - k) Quintessenz 329
- IX G 2 anstelle der G 3 Regelung 329**
 - 1. 2 G- Regel 329
 - a) 2 G-Regel statt 3 G-Regel 329
 - b) 2 G-Bedingung in Berlin 331
 - 2. Grundrechtsbindung der „Verantwortlichen“ 335
 - 3. Ungleichheit vor dem Gesetz durch 2 G-Bedingung 336
 - a) Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG 336
 - b) Gleichheitswidrige „Erleichterungen oder Ausnahmen“ 339
 - c) Unterschiedlose Schutzmaßnahmenverpflichtungen 341
 - d) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung 342
 - e) Kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht 345
 - f) Testpflicht bei konkreter oder abstrakter Gefahr 346
 - g) Verpflichtung zum Mund-Nasenschutz 346
 - h) Weitere Grundrechtsverletzungen der 2 G-Bedingung 346
 - i) Abnötigung der Impfung 347
 - 4. 2 G-Regelung im Einzelhandel 349
 - a) Oberverwaltungsgerichts Lüneburg 349
 - b) Verwaltungsgericht Berlin 350
 - c) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 350

- d) Andere Gerichte 351
- 5. Quintessenz der Kritik der 2 G-Regelung 351

Teil D

Rechtsschutz 353

I Abstrakte Normenkontrolle 353

- 1. Abstrakte Normenkontrolle des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg 353
- 2. Abstrakte Normenkontrolle des Verfassungsgerichtshofes Berlins 353
- 3. Abstrakte Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts 353

II Organklage 354

- 1. Organklage vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin 354
- 2. Organklage vor dem Bundesverfassungsgericht 355

III Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof Berlin 358

- 1. Vorschriften 358
- 2. Grundrechtsverletzung 358
- 3. Prozessuales Subsidiaritätsprinzip 361
- 4. Frist 362

IV Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht 362

V Klagen gegen den Vollzug der Schutzmaßnahmenverordnung 363

- 1. Staatliche Einzelmaßnahmen 363
- 2. Zugangsverweigerung 363

Zusammenfassung 364

Anhang

Vorschriften

- 1. Infektionsschutzgesetz 377
 - a) § 5 Abs. 1 IfSG 378
 - b) § 20 Absätze 6 und 7 IfSG 378
 - c) § 8 und 9 IfSG 378
 - d) § 20 a IfSG 380
 - e) § 22 a IfSG 382
 - f) § 28 IfSG 385
 - g) § 28 a IfSG neuer Fassung 385
 - h) 28 b Fassung 10. Dezember 2021 389
 - i) 28 b Fassung 28. Juni 2022 392
 - j) § 28 c IfSG 392
 - k) § 32 IfSG 392
 - l) Art. 1 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 18. Nov. 2021 392
 - 2. COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung 394
 - 3. Vierte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins 396
 - 4. SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 415
 - 5. Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 27. September 2022 420

Teil A Verfassungsrechtliche Grundlagen

Ohne einen Blick auf freiheits- und staatsrechtliche Grundlagen der Republik, die parteienstaatliche Verfassungswirklichkeit, die verfassungsändernde Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, den Verlust an Rechtsstaatlichkeit, die irrige Materialisierung des Schutzes der Menschenwürde, die weitgehende Auflösung des Grundrechtsschutzes in ein offenes Verhältnismäßigkeitsprinzip durch die Schutzpflichtdogmatik und die Behandlung des Ausnahmezustands als Normalzustand kann die Rechtslage der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht dargelegt und verstanden werden.

I Freiheit, Staat, Parteien

1. Würde und Freiheit

a) Würde des Menschen

Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, der Deutschland gemäß Art. 1 Abs. 2 GG verpflichtet ist, sagt das mit aller Klarheit:

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen“.

Die Würde des Menschen ist unantastbar (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG). Die „Würde des Menschen, die zu achten und zu schützen Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist“, ist ausweislich Art. 1 Abs. 3 GG („nachfolgenden Grundrechte“) kein Grundrecht (K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles), sondern das Fundamentalprinzip der Verfassung Deutschlands. Das Grundgesetz stellt klar, daß erst die dem Menschenwürdeprinzip „nachfolgenden Grundrechte die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden“. Die Würde des Menschen ist das Prinzip, das in keinem Fall in Deutschland angetastet werden darf, was auch immer in Deutschland oder durch Deutschland geschehe.

Würde des Menschen ist es, in Freiheit, vor allem politische Freiheit, zu leben (BVerfGE 5, 85 (204 f.); 45, 187 (227 f.); 65, 1 (41); P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, Bd. I 1987, § 20, Rn. 46 ff., 60 ff.; Werner Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland HVerfR, 1987, 2. Aufl. 1994, S. 472 ff., 477 ff.; dazu auch IV 2 v; V 2 a, b; VII 6 d und e; passim). Die Würde des Menschen „als eines vernünftigen Wesens ist es, keinem Gesetz zu gehorchen, als dem, das er zugleich selbst gibt“ (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, 1968, S. 64 ff., 67). Menschenwürde ist es somit, unter dem eigenen Gesetz zu leben, das zugleich ein allgemeines Gesetz ist (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 64 ff., 67, 69; ders., Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968 S. 432 ff.; ders., Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, 1968, S. 204; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre, 1994, S. 4 ff., 290 ff., 303 ff., 325 ff., 410 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, 2007, S. 48 f., 318 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff.). Die Allgemeinheit

des Gesetzes ist auf das Volk begrenzt, von dem nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt ausgeht. Die Gesetze gelten für alle Bürger gleich und müssen deshalb allgemein sein. Das erfordert die Gesetzgeberschaft aller Bürger. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Demgemäß ist das demokratische Prinzip für die allgemeine und gleiche Freiheit fundamental.

b) Freiheit

„Äußere Freiheit ist die Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 345; dazu K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 67 ff.). Sie verwirklicht sich in der allgemeinen Gesetzlichkeit (K. A. Schachtschneider, *Res publica res Populi*, S. 274 ff., 303 ff., 536 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 318 ff., 437 ff., 383 ff., 527 ff.). Die innere Freiheit ist die Sittlichkeit der praktischen Vernunft, deren Gesetz das Sittengesetz ist. Das Sittengesetz ist das Ethos der Freiheit, das durch ein Handeln oder Unterlassen bestimmt ist, nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinem Gesetz zusammen bestehen kann (Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 337; K. A. Schachtschneider, *Res publica res Populi*, S. 259 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 49 ff., 83 ff., 256 ff.).

Das „Sittengesetz“ gehört ausweislich des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 GG zum Begriff der Freiheit. Freiheit gibt es wegen der Gleichheit der Bürger nur durch Gesetzlichkeit (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Allgemeinheit der in Freiheit gleichen Bürger einer Republik ist das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG).

Sittlichkeit ist das Ethos der Republik. Ihre Triebkraft ist die Moral, deren Leitsatz ist: „Handle pflichtmäßig aus Pflicht“ (Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 203). Die Moral der Freiheit ist formal, nicht materialer Moralismus (K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 70 ff., 83 ff., 266 ff.; ders., *Sittengesetz und gute Sitten*, Festschrift Werner Thieme, 1993, S. 195 ff.; ders., *Sittlichkeit und Moralität*, in: *Aufklärung und Kritik*, 2/2004, S. 7 ff. und 1/2005, S. 7 ff., auch Homepage, downloads; ders., *Die nationale Option*, 2017, S. 39 ff.; dazu auch zu VII 1; IX 2 d).

Ohne das Ethos der Sittlichkeit ist politische Freiheit aller Bürger nicht denkbar. Meist wird dem Sittengesetz die praktische Bedeutung abgesprochen (Michael Sachs, *Kommentierung des Art. 2 GG*, in: ders., *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Rnrrn. 94 ff., 99 f. zu Art. 2 GG) und damit das ethische Fundamentalprinzip, der kategorischen Imperativ Kants, aus der Verfassung Deutschlands eliminiert. Grund ist der Mangel an historischer und vor allem philosophischer Bildung, die man den Vätern des Grundgesetzes nicht vorwerfen kann, zumal nicht Carlo Schmid, der das Sittengesetz in die Freiheitsdefinition anstelle der guten Sitten durchgesetzt hat (*Erinnerungen*, 1979, S. 372; dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 253 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 256 ff., mit Hinweisen auf die h. M. in Fn. 1284; ders., *Das Sittengesetz und die guten Sitten*, S. 195 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 55; insb. Franz Wieacker, *Rechtsprechung und Sittengesetz*, *JZ* 1961, 377 ff., 340; Werner Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, S. 64 f.; ders., *Prinzipien freiheitlicher Demokratie*, S. 427 ff.; Peter Häberle, *Ethik „im“ Verfassungsrecht*, *Rechtstheorie* 21 (1990), S. 269 ff., 276 ff.).

Freiheit ist nicht das Recht zur Willkür, sondern das Leben unter dem allgemeinen Gesetz. Verfassungsgemäße Gesetze schränken die Freiheit nicht ein, sondern verwirklichen sie (K. A.

Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 253 ff., 441 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 343 ff., 420 ff.). Zum Definiens der Freiheit gehört es, nicht gegen die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz zu verstoßen. Die Rechte anderer ergeben sich aus den Gesetzen, seien diese geschrieben oder ungeschrieben. Die verfassungsmäßige Ordnung ist die Gesetzesordnung.

Gesetze, die Grenzen der grundrechtsgeschützten Rechte materialisieren, sind keine „Eingriffe“ in die Grundrechte, wie meist gesagt wird (M. Sachs, in: ders., *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Rnrn. 79 ff. zu Art. 2). Die Grenzen der Freiheit stehen in Art. 2 Abs. 1 GG, nämlich die „Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz“. Die auch durch ihre Grenzen definierte Freiheit ist für alle Grundrechte maßgeblich. Außerdem können die Grundrechte je nach ihrem dem Wortlaut eingeschränkt werden. Grenzen sind auch Schranken. Schranken sind auch Grenzen. Die Aussagen der Rechtstexte durch diese Worten können durch aus unklar sein und sind es vielfach (zur schwierigen „Gemengelage von Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff“ Herbert Bethge, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57, 1998, S. 27 ff., 29 ff.). So verstehen das Bundesverfassungsgericht und die herrschende Meinung entgegen dem Wortlaut von einer Schrankentrias des allgemeinen Freiheitsrechts in Art. 2 Abs. 1 GG (M. Sachs, in: ders., *Grundgesetz.*, Rnrn. 89 ff. zu Art. 2). Es sind aber Grenzen des Freiheitsbegriffs. Jeder Rechtsbegriff hat notwendig Grenzen. Sonst ist er gänzlich unbestimmt, also kein Begriff. Zu den begrifflichen Grenzen der Freiheit gehört, was Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Wort „soweit“ eingeleiteten Nebensatz sagt. Weiter geht das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit nicht. Dieser Nebensatz formuliert keine Schranken. Außerdem kann Freiheit nichts anderes sein als das, was das Grundgesetz formuliert. Wenn es eine Freiheit ohne diese Grenzen gäbe, könnte es nur die Freiheit eines Robinson sein, bevor Freitag sich zu im gesellte. Wenn es nicht ein Miteinander von Menschen gäbe wäre ein Rechtsbegriff der Freiheit sinnlos. Im Gemeinwesen vieler Menschen kann es keine Freiheit, die für alle gleich ist, geben, die nicht wie in Art. 2 Abs. 1 GG formuliert ist. Dieser Freiheitslogik folgt schon Art. 4 der *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui“

Kant hat die Freiheit nicht anders begriffen. *Metaphysik der Sitten*, S. 345:

"Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht"

Nichts anderes besagt Art. 29 Abs. 1 und 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948:

„Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.

Jeder ist bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen“.

Wäre Freiheit nicht auf das gemeinschaftliche Leben mit gleichberechtigten Menschen hin begrenzt, wäre sie das Recht zur Willkür oder zur Herrschaft - abwegige Vorstellungen.

Die durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wie auch durch Art. 8 Abs. 1 S. 2 VvB und andere Landesverfassungen geschützte „Freiheit der Person“, die Bewegungsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht im Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 zum Hauptgegenstand seiner Überlegungen zur Ausgangssperre gemacht hat (Rnrn. 238 ff.; siehe A II 1 b), benutzt eigens das Wort und damit den Begriff der Freiheit, der die genannten Grenzen in sich trägt.

Das allgemeine Gesetz des Volkes verwirklicht dessen praktische Vernunft, das Sittengesetz, nicht etwa, weil es der obrigkeitliche Staat allen Menschen unter seiner Hoheitsgewalt vorgeschrieben hat (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 115 ff.), sondern weil es die Freiheit aller Bürger, verbunden mit deren Gleichheit und Brüderlichkeit, verwirklicht. Der Wille gibt die Gesetze. Der Wille ist autonom, selbstgesetzgebend. Der Wille ist die praktische Vernunft. Er hat für den (jeweiligen) Staat Objektivität. Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968, S. 332 f.:

„Der Wille, der auf nichts anderes, als bloß auf das Gesetz geht, kann weder frei noch unfrei genannt werden, weil er nicht auf Handlungen, sondern unmittelbar auf die Gesetzgebung für die Maximen der Handlungen (also die praktische Vernunft selbst) geht, daher auch schlechterdings notwendig und selbst keiner Nötigung fähig ist. Nur die Willkür also kann frei genannt werden.“

Die Willkür ist nur frei, Moralität, wenn sie sich dem Sittengesetz unterwirft (Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968 S. 317 f., 332 f.). Frei ist, wer das allgemeine Gesetz erkennt und diesem folgt, der *volonté générale* (dazu schon zu I 6). Die Maxime des Handelns muß der Allgemeinwille sein, das ein allgemeines Gesetz verwirklichen vermöchte. Das verlangt Moral. Das Gebot der Moralität ist: „Handle pflichtmäßig, aus Pflicht.“ (Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Bd. 6, 1968, *passim*, insb. S. 59 ff., 63 ff., 71, 74 ff., 81 ff.; ders., *Metaphysik der Sitten*, S. 317 f., 332 f., 520 ff.; zum Ganzen W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984, S. 42 ff., 75; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 253 ff., 325 ff., 427 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 274 ff. *passim*; auch ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 28 ff.). Es gibt keine Freiheit gegen das Gesetz, jedenfalls nicht nach dem Grundgesetz. Darum ist nach Art. 2 Abs. 1 GG die Grenze der freien Entfaltung der Persönlichkeit das Sittengesetz. Carlo Schmitt, dem die kantianische Formulierung des grundgesetzlichen Freiheitsprinzips zu danken ist, kannte die Transzendentalphilosophie Immanuel Kants, des preußischen Philosophen. Er hat den Verfassungskonvent in Herrenchiemsee überzeugt (C. Schmid, *Erinnerungen*, 1979, S. 372; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 24 f., 273). Die Kommentatoren des Grundgesetzes haben das nicht aufgegriffen, auch nicht das Bundesverfassungsgericht. Wenn der Begriff des „Sittengesetzes“ in Art. 2 Abs. 1 GG nicht entgegen Wortlaut und Entstehungsgeschichte zu dem der guten Sitten nivelliert worden wäre (so M. Sachs, *Kommentierung des Art. 2 GG, Grundgesetz*, Rnrn 94 ff. zu Art. 2; dazu K. A. Schachtschneider, *Das Sittengesetz und die guten Sitten*, in: B. Becker/ H. P. Bull/O. Seewald (Hrsg.); *Festschrift für Werner Thieme* (70.), 1993, S. 195 ff.), wäre der für die Freiheitsverfassung Deutschlands weichenstellende Begriff nicht aus der Dogmatik des deutschen Staatsrechts eliminiert worden. Das Gesetz muß um der Freiheit willen rechtmäßig sein, allgemein, d. h. wahrheitlich und

richtig (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 253 ff., 325 ff., 427 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 274 ff. passim; auch ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 28 ff.). dazu zu), folglich demokratisch und rechtsstaatlich, aber auch sozial (Art. 20 Abs. 1 GG). Praktische Vernunft gebietet die allgemeine Abwehr der Infektionsgefahr; denn diese ist, um die Gesundheit und das Leben zu schützen, Gebot des Sittengesetzes, der Ethik als der Lehre von der Freiheit (Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 11).

Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, zu dem das Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit gehört, hat ausweislich Art. 2 Abs. 1 GG wie etwa auch Art. 7 VvB keine Schranken, sondern Grenzen, nämlich die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz (K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 343 ff.). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 6, 32 (36 f.); st. Rspr; BVerfGE 54, 145 (146); 80, 137 (152 f.); 95, 267 (303)) und die herrschende Lehre sprechen von Schranken (etwa M. Sachs, in: K. Stern, *Staatsrecht III*, 2, S. 82 ff., 225 ff.: weitere Hinweise in *Freiheit in der Republik*, S. 342 ff., etwa Fußnoten 1730, 1788, 1789) und versperren sich damit den Weg zu einer dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wie auch den sonstigen Grundrechten, die die Freiheit und das Eigentum schützen, allgemein gemäßen Dogmatik. Grund ist die Dogmatik der Herrschaftlichkeit des Staates, die in einen Gegensatz zur Freiheitlichkeit der Bürger gestellt wird (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 54 ff., 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 115 ff., 256 ff., 274 ff., 343 ff., 405 ff., 343 ff.). Der Dualismus von Staat und Gesellschaft des Konstitutionalismus läßt dogmatisch nichts anderes zu als die Lehre, daß der Staat mittels seiner Gesetze die Freiheit der Bürger einschränkt. Die nach wie vor dualistische Praxis und Lehre berücksichtigen in ihrer staatsrechtlichen Dogmatik nicht, daß die deutsche Verfassungsordnung 1918 revolutioniert wurde. Seither geben die Bürger die Gesetze sich selbst, nicht mehr ein Fürst, sei er auch konstitutionalistisch an die Zustimmung der Bürgerschaft gebunden, die freilich nicht dem Fürsten politisch gleichberechtigt war (dazu M. Riedel, *Bürger, Staatsbürger, Bürgertum*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Kosselek (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, 1972/1979, S. 672 ff., 722 ff.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 214; ders., *Souveränität*, S. 64 ff.).

Die Grenzen, die Art. 2 Abs. 1 GG dem Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit zieht, gehören essentiell zur Freiheit in einem Staat. Eine andere als die wesentlich durch ihre Grenzen definierte Freiheit gibt es unter Menschen nicht und kann es nicht geben, wenn die Freiheit zur unantastbaren Würde des Menschen gehört, wie sich schwerlich bestreiten läßt; denn die Würde des Menschen ist es, unter dem eigenen Gesetz zu leben (dazu zu III 4 und ö.; K. A. Schachtschneider, *Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes*, Homepage, Aktuelles). Die Grenzen müssen im Rechtsstaat durch Gesetze gezogen werden und in einer Republik, zu der unabdingbar das demokratische Prinzip gehört (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 14 ff., 92 ff., 685 ff., 772 ff., 1086 ff.), müssen die Gesetze in ihrer Wahrheitlichkeit und Richtigkeit gemäß dem demokratischen Prinzip der Republik von den Bürgern und deren Vertretern in den Parlamenten erkannt und beschlossen werden. In welche Nöte die Verfassung der freiheitlichen und demgemäß demokratischen Republik führt, wird in den gegenwärtigen Staatskrisen wieder einmal erkennbar. Aber anders ist es nicht möglich, die Persönlichkeit in einem Staat in gleicher Freiheit zu entfalten (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 410 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 405 ff.).

Freiheit verlangt größtmögliche Selbstbestimmtheit der Entfaltung der eigenen Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG). Was für das Gemeinwohl nicht nötig ist, darf der Staat nicht durchsetzen, auch nicht mittels der Gesetze; denn das wäre nicht der Wille des Volkes, den alle Bürger teilen sollen und können. Darum verletzen Gesetze, die für die Verwirklichung des Gemeinwohls nicht erforderlich sind, die Freiheit. Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des Rechtsstaates (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff.; **B IV 2 e**) müssen die Maßnahmen des Staates für die Erreichung eines gemeinwohlgebotene Zwecks geeignet sein, das am wenigsten die Bürger einschränkende Mittel wählen, also notwendig sein, und sie dürfen nicht das rechte Maß verfehlen (Übermaßverbot). Dieses Prinzip bestimmt unverzichtbar das Sicherheitsrecht, zu dem das Infektionsschutzrecht gehört, obwohl es nicht eigens in den Vorschriften steht, die die Corona-Schutzmaßnahmen regeln.

Verantwortlichkeit der Menschen für andere Menschen und für das Gemeinwesen ist ein kategorischer Imperativ. Sie gehört zur Sittlichkeit, dem Ethos der Freiheit. Mit der Freiheit sind die Gleichheit und die Brüderlichkeit untrennbar verbunden. (Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte). Die Brüderlichkeit ist das Sozialprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG (dazu K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip. Zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974; ders., Freiheit in der Republik, S. 636 ff.). Durch Gesetze begründete Verantwortlichkeit von Menschen ohne jede Veranlassung durch ihr Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen, verletzt im Normalzustand ihre Freiheit. Die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens kann sich aus Gesetzen ergeben, die in besonderen Lagen besondere Verantwortlichkeiten begründen, etwa auch die für den gefahrlosen Zustand eines Eigentums. „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ (Art. 14 Abs. 2 GG).

Ohne Gesetze gibt es keine Freiheit. Freiheit ohne Herrschaft ist nur unter Gesetzen möglich, die den allgemeinen Willen des Volkes verbindlich machen. Der kategorische Imperativ verhilft den Bürgern zu einer sittlichen Rechtserkenntnis. Seine deontische Formel lautet: „Handle so, daß die Maxime deines Handelns jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeine Gesetzgebung gelten könne“ (Kant, Kritik der praktischen Vernunft, S. 142, 144 u. ö.; ders., Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 51, 69 ff., drei Formeln; Metaphysik der Sitten, S. 331, 526 u. ö.). Ohne dieses Ethos des kategorischen Imperatives, des Sittengesetzes, kann eine Republik nicht gelebt werden und findet die politische Willensbildung nicht zum demokratischen Prinzip, das um der allgemeinen und gleichen Freiheit willen essentiell für die Republik ist (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, durchgehend). Auch die Rechtsstaatlichkeit ist von der Sittlichkeit der Bürger abhängig; denn das Recht materialisiert in vielen Rechtssätzen das Sittengesetz. Fast alle Staaten, die vorgeben demokratisch zu sein, auch Deutschland, haben wesentliche demokratische Institutionen, insbesondere das allgemeine, freie und gleiche Wahlrecht, genügen aber sonstigen Anforderungen des demokratischen Prinzips nur unzureichend. Deutschland, das sich seiner demokratischen ‚Werte‘ rühmt, behindert ebenfalls in zunehmenden Maß die politische Freiheit, vor allem die freien Meinungsäußerungen, nicht nur durch Propaganda, sondern sogar durch Strafvorschriften.

Die Gesetze verwirklichen die Freiheit aller Menschen, die in einem Gemeinwesen, dem Staat, zusammenleben. Sie schränken die Freiheit nicht ein, wenn sie rechtmäßig sind (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 14 ff., 153 ff., 253 ff., 290 ff., 325 ff., 441 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff; ders.,

Freiheit in der Republik, S. 289 ff., 293, 370, 382 ff., 532, u. ö.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff., 62 ff., 402; a. A. die Praxis und herrschende Meinung (für alle M. Sachs, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Rn. 89 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 343 ff.). Das folgt schon daraus, daß die Menschenwürde als die Freiheit das Leben unter dem eigenen Gesetz ist (dazu zu III 4 und zu V 2). Ein Gesetz ist aber begrifflich allgemein; denn es ist das Gesetz aller Bürger und berechtigt und verpflichtet alle (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 71 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 115 ff.; ders., Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles; dazu nähere Hinweise zu III 4). Auch für die anderen Menschen im Lande gilt nach Art. 3 Abs. 1 GG das Gesetz.

Es kann in einer durch das demokratische Prinzip ausgezeichneten Republik nur die Freiheit geben, wie sie Art. 2 Abs. 1 GG definiert. Die Logik der allgemeinen Freiheit ist die gleiche Freiheit aller Bürger eines Staates (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 410 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 405 ff.). Sonst wäre die allgemeine und gleiche Gesetzlichkeit in einem Staat nicht möglich. Die Würde des Menschen würde, wenn die Freiheit nicht die praktische Vernunft als die Verwirklichung der *volonté générale*, des Allgemeinwillens, wäre, dem Krieg aller gegen alle eine Rechtsgrundlage verschaffen. Richtig hat Thomas Hobbes gegen den *bellum omnium contra omnes* den Leviathan postuliert (Leviathan, 1651, ed. Mayer/Diesselhorst 1970/80, II, 17, S. 118 ff., 129 ff., 151 ff., 295; K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 55 f., 146, 347). Alle Grundrechte schützen die Freiheit in den jeweiligen Zusammenhängen, Glauben, Gewissen, Meinungsäußerung, Versammlung, Vereinigung, Freizügigkeit, Beruf, Wohnen, auch Eigentum, in den Grenzen der Freiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG benennt (dazu zu a, bb und V 1; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 274 f., 343 ff., 376 f.).

Die von der Gleichheit aller in der Freiheit gebotenen Grenzen zu ziehen gehört zum Zweck des Staates. Art. 2 Abs. 1 GG stellt das bereits durch den Wortlaut des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit klar, das nur in den Grenzen der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes geschützt wird. Die aus dem Zweck, die Freiheit aller im Gemeinwesen des Staates miteinander lebenden Menschen in Gleichheit zu ermöglichen (dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 405 ff.), erwachsende Aufgabe ist wesentliche Pflicht des Staates

2. Freiheitlicher Staat

a) Begriff des Staates

Die Drei-Elemente-Lehre, die Georg Jellinek begründet hat, definiert den Staat als die Einheit von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt (Allgemeine Staatslehre, 1900, 3. Aufl. 1921, Siebenter Neudruck 1960, S. 174 ff., 394 ff.; PdR, S. 60). Diese Einheit definiert jedenfalls nach den Kriterien des Völkerrechts einen Staat (BVerfGE 123, 267 ff., Rn. 198; Volker Epping, Der Staat als die „Normalperson“ des Völkerrechts. Die Drei-Elemente-Lehre, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 55 ff.; Alfred Verdross, Völkerrecht, 5. Aufl., neubearbeitet und erweitert, 1964, S. 191 ff., 225, 265 ff., 270 ff.; berichtend A. Emmerich-Fritsche, Vom Völkerecht zum Weltrecht, 2007, S. 69 ff., 86, auch S. 86 ff.). Diese Staatsdefinition ist zudem von der Völkergemeinschaft als Staat anerkannt.

Deutschland ist auch staatsrechtlich ein Staat.

Die Bundesrepublik Deutschland ist ausweislich Art. 20 Abs. 1 GG ein Staat (BVerfGE 77, 137 ff., Rn.105 (Teso-Beschluß); 189, 155 ff., 122 (Maastricht-Urteil); KAS, Souveränität, S. 265 ff., 416 ff.; Christoph Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL, 48 (1990), S. 28 ff.; Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, HStR, Bd. I, Grundlagen von Staat und Verfassung, 1987, § 13, Rn. 121 ff.). Das Staatsvolk sind die freien, souveränen Bürger (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 66., 27, 35 ff.; Prinzipien des Rechtsstaates, 58 f.; Souveränität, S. 262 f.,355).

Der Staat übt als Organisation des Volkes für die Verwirklichung des Gemeinwohls die höchste Gewalt, die *suprema potestas* der Bürger, deren Souveränität, aus. Die Bürger sind frei, nur ihrem eigenen Gesetz unterworfen (Kant, Zum ewigen Frieden, S. 204, Anm.; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 64 ff., 67, 69; Metaphysik der Sitten, S. 432 ff.; KAS, Res publica res populi, S. 290 ff., 303 ff., 325 ff., 410 ff., 519 ff.; Freiheit in der Republik, S. 48 f., 318 ff.; Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles). Ein Gesetz ist allgemein. Es ist das Gesetz aller Bürger des Staates und für alle Bürger des Staates. Die Freiheit ist mit den Menschen geboren (Kant, MdS, S. 345; Art. 1 ARMR). Sie ist die Souveränität. Jeder Bürger ist frei und damit souverän (2. Teil 6. Kapitel). Das ist seine unantastbare Würde, nämlich die, unter dem eigenen Gesetz zu leben. Die Souveränität sieht Georg Jellinek wegen seiner Lehre von der Staatsgewalt als Herrschaftsgewalt als eine Eigenschaft der Staatsgewalt (Allgemeine Staatslehre, S. 429 ff., 440 ff., 475 ff.; KAS, Souveränität, 2015, S. 85 ff.). Es gibt keine Staatsgewalt ohne Souveränität, nicht als Herrschaft des Staates (KAS, Souveränität, S. 50 ff, insb. S. 64 ff., S. 123 ff. zu den Lehren); Rprp, S. 71 ff.; FridR, S. 115 ff.), sondern zur Verwirklichung der allgemeinen Freiheit. Es gibt keine Bürger ohne Freiheit. Freiheit und Herrschaft sind ein Widerspruch. Die Freiheit kann verletzt, aber nicht genommen werden. Die Bürger üben, organisiert als Staat, die Gewalt aus, um die Rechtlichkeit des gemeinsamen Lebens durchzusetzen, die Staatsgewalt. Die Gesetze verwirklichen die Freiheit. Sie materialisieren das Recht (FridR), S. 49 ff.: Souveränität, S. 265 ff.). Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden (Kant, MdS, S. 338 ff., 464; ders., Über den Gemeinspruch (ÜdG), S.144, 169; KAS, FridR, S. 45 ff., 100 ff., 110 ff.). Diese Zwangsbefugnis, die Staatsgewalt, hat der Staat der Bürger von den Bürgern. Wenn der Staat der Herrschaft eines anderen Staates unterworfen oder der Herrschaft von anderen Mächten, etwa der von Verbrechern, ausgeliefert ist, ist das Souveränitätsverletzung, nicht Fremdherrschaft (2. Teil 7. Kapitel 2 c).

Der freiheitliche Staat ist die Organisation des Volkes, der Bürgerschaft, zur Verwirklichung des gemeinen Wohls, des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit und der Richtigkeit, der praktischen Vernunft also (KAS, FridR, S. 183; ders, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006 (PdR), S. 50 ff.). Das bedarf der Gesetze des Volkes (Art. 20 Abs. 2 GG), der Bürgerschaft. Jedes Volk hat ein eigenständiges Gemeinwohl. Die politische Willensbildung ist die Erkenntnis des gemeinen Wohls und die für das ganze Volk verbindlichen Beschlüsse dieser Erkenntnisse.

Cicero, Marcus Tullius, De re publica, 54 – 51 ante Christum natum (Vom Gemeinwesen, ed. Büchner, Reclam, 1979, S. 144):

„Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?“

Was ist denn der Staat, wenn nicht die Rechtsgemeinschaft der Bürger?

Kant, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968, S. 345, 431:

„Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.“

Die Gesetze materialisieren das Recht, wenn sie freiheitlich gegeben werden, republikanisch, also demokratisch und rechtsstaatlich. Das Gemeinwohl ist die Wirklichkeit des Rechts. Der Staat ist die Organisation der Bürger für die Verwirklichung des Rechts. Freiheit bedarf der Sicherheit, vor allem die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit, des Eigentums und weiterer Rechte. Sicherheit ist Zweck, Aufgabe und Pflicht des Staates (Link, Heinz – Christoph: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48, 1990, S.7 ff.; Ress, Georg: Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48, 1990, S. 56 ff.; KAS, Res publica res populi, 545 ff.; Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20). Freiheitlichkeit und Sicherheit bestehen in der Wirklichkeit des Rechts (KAS, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 129).

Die Staatsgewalt übt der Staat in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in Vertretung des Volkes aus (Art. 20 Abs. 2 GG). Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages sind ausweislich Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG „Vertreter des ganzen Volkes“. Ein staatlicher Vertreter ist Staatsdiener. „Alle Staatsgewalt“ wird nicht nur „vom Volke ausgeübt“, sondern auch von den „besonderen Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ (Art. 20 Abs. 2 GG). Alle Amtswalter in den Staatsorganen vertreten das Volk.

Das Verhältnis der Völker wird im Völkerrecht und gemäß dem Völkerrecht in völkerrechtlichen Verträgen geregelt (KAS, Souveränität, S. 341 ff.)

b) Freiheitliche Republik

Die Republik ist der Staat von Bürgern. Bürger sind durch ihre politische Freiheit definiert (KAS, Res publica res populi, S. 207 ff.; ders., Freiheit in der Republik, 2007, S. 606 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, 2006, S. 28 ff.). Die Entscheidung des Grundgesetzes für die Republik richtet sich nicht nur gegen die Monarchie oder Autokratie, die Alleinherrschaft, sondern gegen Herrschaft überhaupt (KAS, Res publica res populi, S. 71 ff.; Freiheit in der Republik, S. 115 ff.). Ihre Grundlage ist die gleiche Freiheit aller Bürger. Die Gesamtheit der Bürger ist das Volk (Art. 20 Abs. 2 GG). Die politische Willensbildung des Volkes kann nur unmittelbar oder mittelbar demokratisch sein. Sie ist die Verwirklichung des Willens aller Bürger, des allgemeinen Willens, der *volonté générale*.

Die allgemeine Freiheit der Bürger setzt eine politische Willensbildung voraus, die der Wahrheitlichkeit und Richtigkeit verpflichtet ist. Ihr Ideal ist der Konsens, der nur durch allseitigen Diskurs erreicht werden kann. Ein solcher setzt die Säkularität voraus. Ideologien stehen seiner Realisierung entgegen. Die Bürgerschaft muß in einer freiheitlichen Republik hinreichend homogen sein (dazu Karl A. Schachtschneider, Nationalstaat und Souveränität, 2023, i. E., 1. Teil. 1. Kapitel 3, 4. Kapitel d). Ohne Homogenität der Bürgerschaft kann der Staat nur ein Herrschaftssystem sein. Das Deutsche ist die Homogenität Deutschlands.

Deutschland ist der Staat der Deutschen, des deutschen Volkes. Das Verfassungsprinzip des Deutschen steht in der Präambel des Grundgesetzes, in Art. 1 Abs. 2 GG, dem Bekenntnis des Deutschen Volkes zu den Menschenrechten und in Art. 146 GG, der die Geltung des Grundgesetzes „nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk“ regelt und dessen „Gültigkeit“ bis zu „dem Tage“ begrenzt, „an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. Es ergibt sich vor allem aus dem Namen Deutschland des Staates der Deutschen (Art. 20 Abs. 1 GG) und dem Widerstandsrecht der Deutschen (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 4 GG). Einige Grundrechte gelten nur für Deutsche, die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG, die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, die Freizügigkeit des Art. 11 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, das Auslieferungsverbot des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG. Verschiedene weitere Vorschriften handeln auch vom Deutschen. „Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.“ (Art. 116 Abs. 1 GG). Die Naturalisation ist Ausnahme. Sie darf wegen des Verfassungsprinzips des Deutschen nicht jedem Ausländer zugesprochen werden, der in Deutschland lebt. Die Voraussetzungen der Einbürgerung müssen derart gestaltet sein, daß sie die hinreichende Deutschheit des Antragstellers gewährleisten. Der doppelten Staatsangehörigkeit steht grundsätzlich das Völkerrecht entgegen (KAS, Nationalstaat und Souveränität, 1. Teil, 2. Kapitel, 3).

c) Rechtsstaat

aa) Demokratische Gesetzlichkeit

Die Bürgerschaft bedarf um des inneren Friedens willen der Verfassung und der Gesetze. Die Gesetzlichkeit ist die Sicherheit der Bürgerschaft. Der Staat ist die Organisation, mittels derer die Bürgerschaft die Gesetze gibt und die Gesetz verwirklicht. Die Republik wird durch rechtliche Gesetzlichkeit Wirklichkeit. Sie ist dadurch die Organisation der Freiheit der Bürger, Freistaat. Ein freiheitlicher Staat ist Rechtsstaat (zum Rechtsstaat KAS, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006)

Das Gesetzlichkeitsprinzip ist das Grundprinzip der Rechtsstaates (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff.). Demgemäß kann ein freiheitliches Gemeinwesen nur eine demokratische Republik sein (dazu KAS, Res publica res populi, S. 253 ff., 519 ff.). Die Gesetze müssen dem Recht genügen, der Verfassung des Staates und der ungeschriebenen Rechtsprinzipien.

Ein demokratischer Staat ist Rechtsstaat. Ein Rechtsstaat muß demokratisch sein, um freiheitlich zu sein (Jürgen Habermas, Volkssouveränität als Verfahren, in Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskursethik des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 1992, S. 616; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 136 ff., 150 ff.; Souveränität, S. 184, 238, 326 ff., 366, u. ö.). Dem demokratischen Prinzip nach bestimmt die Bürgerschaft den Willen ihres Staates. Der Staat benötigt Macht, um das Recht, notfalls mit Zwang, durchsetzen zu können. Er hat diese Macht. Die Erfahrung lehrt den Mißbrauch von Macht. Dem versucht die Bürgerschaft durch vielfältige rechtsstaatliche Einrichtungen, vornehmlich durch den Rechtsschutz von Gerichten entgegenzuwirken. Die in den Verfassungen geschützten Grundrechte schützen elementare Rechte der Bürger und Menschen im Staat.

Die Gesetzlichkeit allen Handelns des Staates gehört zu den wesentlichen Grundsätzen des demokratischen Prinzips, weil das Volk seinen, den allgemeinen, Willen in Gesetzen erklärt, freilich in der Regel durch seine Vertreter in den Gesetzgebungsorganen, nicht durch die Gerichte, auch nicht durch das Bundesverfassungsgericht. Das allgemeine Gesetz ist das Gesetz, das von allen Bürgern oder ihren Vertretern in den Parlamenten als der allgemeine Wille erkannt und beschlossen ist (zur Freiheitslehre K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, 2007, S. 34 ff., durchgehend). Die Rechtsprechung ist an Gesetz und Recht gebunden, wie auch die vollziehende Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Richter sind „dem Gesetz unterworfen“ formuliert Art. 97 Abs. 1 GG diese Bindung der Richter. Zu den Gesetzen gehören die Verfassung und damit auch das Recht, dem die Gesetze genügen müssen, weil sie sonst verfassungswidrig und nichtig sind. Ohne gesetzliche Grundlagen läßt sich keine Maßnahme des Staates rechtfertigen. Die Gesetzgeber sind an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Entgegen der Verfassung sind die Maßnahmen des Staates Unrecht. Auch das Bestimmtheitsprinzip für jede Art rechtsstaatlicher Praxis (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 271 ff.) ist auch im Notstand ohne Gesetzes- und auch ohne Verfassungstext nicht praktikierbar. Ohne Gesetz kann es keinen Richter geben. Wer ohne Gesetz zu entscheiden befugt ist, kann nicht gemäß Art. 97 Abs. 1 GG dem Gesetz unterworfen sein. Er kann auch nicht im Sinne des Art. 97 Abs. 1 GG „unabhängig“ sein. Die Gesetzlichkeit aller Staatlichkeit ist Essentiale der Republik als der Freiheit der Bürger. Auch der Gesetzgeber vollzieht gewissermaßen die Verfassung, in dem er diese achtet und Gesetze beschließt, die als Wille des ganzen Volkes, als allgemeiner Wille, erkannt sind. Im freiheitlichen republikanischen Staat ist jeder Bürger Subjekt der Gesetze, Gesetzgeber (KAS, Res publica res populi, S. 625 ff., 650 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 318 ff., 321 ff.).

Allgemeine Gesetze verwirklichen das allgemeine Wohl der Bürger. Sie sind die *volonté générale*. Darum sind sie allgemein, nicht weil die Gesetze nach einem Mehrheitsprinzip gegeben werden. Es gibt kein Mehrheitsprinzip, sondern aus der Notwendigkeit trotz unterschiedlicher Erkenntnis dessen, was für das gute Leben aller auf der Grundlage der Wahrheit richtig ist und somit dem Gemeinwohl entspricht, ein alle verpflichtendes Gesetz hervorzubringen, eine Mehrheitsregel (KAS, Freiheit in der Republik, S. 150 ff.).

Die Gesetze müssen der Verfassung genügen, in Deutschland dem Grundgesetz. Das Verfassungsgesetz hat einen höheren Rang als die einfachen Gesetze. Auch ungeschriebene Verfassungs- und Rechtsprinzipien gehören zur Rechtsordnung und sind Gesetze, deren Geltungsgrund die Erkenntnis des Rechts ist, nicht anders als die geschriebenen Gesetze, wenn letztere auch ein anderes Erkenntnisverfahren haben, nämlich die Verfassungsgebung durch das Volk und die Gesetzgebung durch die Gesetzgebungsorgane, insbesondere die Parlamente, als den Vertretungen des Volkes, und gemäß den gesetzlichen Ermächtigungen durch exekutive Rechtsverordnungen.

bb) Gewaltenteilung

Gegen die Gefahren durch die Gewaltmöglichkeiten des Staates hat der Rechtsstaat die Gewaltenteilung eingerichtet (John Locke, Über die Regierung. Two Treatises of Government, The Second, 1690, XII ff., ed P. C. Mayer-Tasch, 1974/1983, Reclam; Charles de Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, 1748, XI. Buch, 6.: Kapitel, ed. Weigand, Reclam, 1965; Kant, Metaphysik der Sitten, S. 434 ff.; ders.,

Zum ewigen Frieden, S. 206 f.). K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi* S. 168 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 172 ff., 191 ff.).

Die Gewaltenteilungen im Staat sind Essentiale für die Freiheitlichkeit. Ohne Gewaltenteilung ist ein Staat kein Rechtsstaat. Die Staatsgewalt des Volkes wird in der Republik, die demokratisch sein muß, außer vom Volk selbst durch voneinander unabhängige Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt, horizontale Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG; dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 167 ff.). Die horizontale Gewaltenteilung ist anerkannter Grundsatz abendländischer Rechtsstaatlichkeit (John Locke, *Über die Regierung*, *Two Treatises of Government*, *The Second*, 1690, ed P. C. Mayer-Tasch, 1974/1983, XII ff.; Charles de Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, 1748, XI. Buch, 6. Kapitel; Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797/8, ed. Weischedel, Bd. 7, §§ 45, 46, 49, S. 431 ff.; ders., *Zum ewigen Frieden*, 1795/7, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 206 f.; Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, 2. Aufl. 1966, S. 867 ff.; vgl. K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 168 ff.). Die Aufklärung definiert die Despotie als Mangel der Gewaltenteilung. Art. 16 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. August 1789 stellt fest:

„Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.“

Die die Staatsgewalt teilenden Verfassungsgesetze sind das Ergebnis geschichtlicher, stets gefährdeter Entwicklung. Wenn die staatlichen Aufgaben und Befugnisse (Funktionen) in einem Organ konzentriert sind, sind Freiheit und Recht nach aller Erfahrung in großer Gefahr. Staatspraxis in der Vergangenheit und der Gegenwart bestätigt, daß ein Organ sowohl Gesetzgeber als auch Vollzieher der Gesetze und sogar Richter sein kann. Der Herrscher im Absolutismus hat die drei Staatsfunktionen genauso in sich vereinigt (Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, 1980, S. 513 ff.; Hans Fenske, *Gewaltenteilung*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975/1979, S. 923 ff.) wie der Führer im Dritten Reich (Beschluß des Großdeutschen Reichstages vom 26.4.1942 (RGBl I, S. 247); H. Fenske, a. a. O., S. 956), nicht anders als die Volkskammer und damit deren Leitungsorgan, der Staatsrat, nach der sogenannten Verfassung der DDR, welche den „demokratischen Zentralismus“ zum tragenden Prinzip des Staatsaufbaus erklärt hatte (Art. 47 in Verbindung mit Art. 48, 49, 66 Abs. 1, 74 Abs. 1, 93 Abs. 3 dieser Regelung; dazu K. A. Schachtschneider (O. Gast), *Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht*, 1996, S. 44). Der Zentralismus hat schon oft in die Tyrannei geführt, immer begleitet von Korruption und Kriminalität. Gegenwärtig droht die Europäische Union diesen Weg zu gehen. Detlef Merten spricht von einem "latenten Gewaltmonismus", der "ein untrügliches Kennzeichen jedes Totalitarismus" sei (Montesquieus Gewaltenteilungslehre und deutsche Verfassungsstaatlichkeit, in: P.-L. Weinacht (Hrsg.), *Montesquieu – 250 Jahre „Geist der Gesetze“*, 1999, S. 31 ff., 45).

In der Bundesrepublik Deutschland als Bundestaat kommt die vertikale, die föderale Gewaltenteilung zwischen den Ländern und dem Bund (Art. 30 GG), aber auch unter den Ländern dazu. Die Länder sind Staaten (K. A. Schachtschneider, *Souveränität*, S. 402 ff.). „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt. Die Länder üben die Staatsgewalt in der Gesetzgebung in ihren Ländern aus (Art.

70 ff. GG), wenn nicht der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz hat (Art. 73 GG) und wirken im Bundesrat an der Gesetzgebung des Bundes mit (Art. 76 ff. GG). Die Länder unterliegen der Bundesaufsicht (Art. 84 GG), notfalls dem Bundeszwang (Art. 37 GG). Die Gerichtsbarkeit ist vor allem Landessache (Art. 92 GG). Die Gerichte des Bundes dienen der Vereinheitlichung der Rechtsprechung (Art. 95 GG). Die vollziehende Gewalt ist grundsätzlich Sache der Länder. (Art. 83 ff.). „Sie führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt“. Der Bund hat Befugnisse der vollziehende Gewalt grundsätzlich nur, wenn das im Grundgesetz vorgesehen ist (vor allem Art. 87 ff. GG).

Es kommen mannigfache weitere in der Sache unabhängige, wenn auch auf ihre Gesetzlichkeit und gegebenenfalls auch auf ihre Sachlichkeit hin (Art. 84 Abs. 5 und Art. 85 Abs. 3 und Abs. 4 GG) beaufichtigte Institutionen der Gewaltenteilung hinzu, etwa die Universitäten, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Berufskammern, jeweils aus besonderen Sachgründen. Insbesondere die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) ist ein wesentlicher Teil der staatlichen Gewaltenteilung. Die in Formen des Privatrechts geführten Unternehmen, die funktional staatliche Verwaltung ausüben, nehmen fragwürdig die Unternehmensfreiheit in Anspruch (dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986).

3. Parteienstaat

Der oligarchische Parteienstaat ist die Wirklichkeit Deutschlands, nicht die freiheitliche, rechtsstaatliche und demokratische Republik, die das Grundgesetz verfaßt hat.

a) Einfachgesetzliches Wahlsystem

Der Parteienstaat ist die Folge vor allem des von den Parteien dominierten personalisierten Verhältniswahlsystems (§ 1 BWahlG; kritisch K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1147 ff.), das nicht im Grundgesetz steht, sondern dem Gesetzgeber und damit der Parteienmehrheit überlassen ist. „Die Parteien wirken nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG bei der politischen Willensbildung des Volkes mit“. Die politische Willensbildung ist der Verfassungsorgane ist parteienstaatlich organisiert. Landeslisten für die Verhältniswahl mit den Zweitstimmen können nur Parteien aufstellen (§ 27 Abs. 1 S. 1 BWahlG). „Bei Verteilung der Sitze auf die Landeslisten werden nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 Prozent der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten oder in mindestens drei Wahlbezirken einen Sitz errungen haben (§ 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG). Wer nicht Parteibewerber ist (§ 21 Abs. 1 S. 1 BWahlG) hat so gut wie keine Chance, mittels der Erststimmen der Mehrheitswahl in einem Wahlkreis (§ 41 S. 1 BWahlG) ein Direktmandat für den Bundestag zu erzielen, falls er nicht von einer Partei unterstützt wird. Mittels ihrer oligarchischen Strukturen bestimmen die führenden Parteifunktionäre weitestgehend die Politik ihrer Partei (dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1060 ff. 1086 ff., 1113 ff.). Die Parteien bilden Fraktionen des Bundestages (§10 GOBTag), die, wie fast immer nötig, mit anderen Fraktionen koalieren, um die nach Möglichkeit absolute Mehrheit im Bundestag zu haben. Die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages wählt nach Art. 63 Abs. 2 GG den Bundeskanzler, der gemäß Art. 64 Abs. 1 GG die weiteren Mitglieder Bundesregierung, die Bundesminister, vorschlägt. Die Parteikoalitionen bestimmen auch die Sachentscheidungen, insbesondere die Bundesgesetze. An der Gesetzgebung hat auch der Bundesrat teil (Art. 76 ff. GG). Im Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit (Art. 50 GG). Die Länder sind auch Parteienstaaten, gegebenenfalls mit

anderen Parteienmehrheiten in den Landtagen und Landesregierungen. Der Bundesrat muß bestimmten Gesetzen zustimmen (Art. 77 f. GG). Sollte der Bundesrat den Gesetzesbeschlüssen des Bundestages nicht zustimmen, kann eine Vermittlungsausschuß eingeschaltet werden (Art. 77 Abs. 2 und 2 a GG). Wenn in den Ländern mehrheitlich dieselben Parteien regieren wie im Bund, vermag die Bundesregierung regelmäßig ihre Politik durchzusetzen. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden zur Hälfte vom Bundestag und zur anderen Hälfte von Bundesrat gewählt (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG), also auch von den Parteien in der jeweiligen Mehrheit. In der Praxis stimmen die maßgeblichen Parteifunktionäre die Wahlvorschläge ab. Das führt zu einer großen Parteienkoalition im Bundesverfassungsgericht. Die grundgesetzlichen Strukturen stehen somit im Allgemeinen der Parteienherrschaft nicht entgegen.

b) Gewaltenteilung in der Parteienoligarchie

Von der Gewaltenteilung läßt der oligarchische Parteienstaat nur einen schwachen Schatten (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1086 ff.). Die Regierung und der Gesetzgeber bilden wegen der parlamentarischen Mehrheitsregeln eine politische Einheit. Das wesentliche Organ, das die Rechtlichkeit als Wirklichkeit der allgemeinen Freiheit und der landesweiten Sicherheit gewährleisten soll, das Bundesverfassungsgericht, unterwirft sich im Parteienstaat mehr und mehr den verfassungstextlich schwer begründbaren Maximen der ‚demokratischen‘ Parteien. Das Bindeglied der wesentlich durch die Parteien bestimmten Organe, das der bürgerlichen Freiheit, nämlich der eigenen Verantwortung für Wahrheitlichkeit und Richtigkeit der Politik, für deren Rechtlichkeit also, wenig Substanz läßt, sind die Interessen der Parteimitglieder an Ämtern und der Parteien an der Macht mit allen ihren Vorteilen.

Zunehmend wird der ideologische Moralismus zu einem Machtfaktor, dessen sich die Parteien, die sich von grundgesetzgemäßer Liberalität nicht irritieren lassen, bedienen. „Unsere Werte“ bestimmen die neue Sittlichkeit, nicht der kategorische Imperativ des kantianischen Sittengesetzes. Moralismus ist ein treffliches Instrument der Herrschaft der Wenigen über die Vielen, wenn er in der medialen Öffentlichkeit konformistisch propagiert werden kann. Parteien, die sich dem Moralismus nicht fügen, werden ausgegrenzt, notfalls vom Verfassungsschutz ‚beobachtet‘ oder auch vom Bundesverfassungsgericht, in der Regel zu Recht, auf Grund des Art. 21 Abs. 2 GG verboten oder, mehr als fragwürdig, nur für verfassungswidrig erklärt, weil sie „nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden“ (SRP-Urteil, BVerfGE, KPD-Urteil, BVerfGE, NPD-Urteil, BVerfGE 144, 20 ff.). Ziel ist es, die Wahlen im gewünschten Sinne zu beeinflussen. Mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in das Bundesverfassungsgericht vor allem die Grundrechte materiell gewandelt hat (dazu zu B II 2, 3 und 4), kann die freiheitliche Verfassung des Grundgesetzes wahrlich zu einer Herrschaftsordnung genutzt werden und wird das auch. Die rechtlich beliebigen Zwecke, welchen das Bundesverfassungsgericht wegen des herrschenden Moralismus die Legitimität nicht abzusprechen wagt, können die Judikatur des Gerichts für jedwede Politik gefügig machen und machen das auch. Die Entscheidungen zu den Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 machen das besonders deutlich. Ohne tatbestandliche Begrifflichkeit der Rechtsvorschriften, die Erkenntnisse durch Subsumtion ermöglicht, ist ein Rechtsstaat nicht möglich. Moralismus ist mit Rechtlichkeit nicht zu vereinbaren. Davon müssen sich die Gerichte um ihrer Unabhängigkeit willen fernhalten, auch das Bundesverfassungsgericht. Geboten ist Moralität, der Selbstzwang zur

Sittlichkeit also, zur praktischen Vernunft und damit zur Rechtlichkeit. Das Gebot der Moralität ist: „Handle pflichtmäßig, aus Pflicht.“ (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Bd. 6, 1968, passim, insb. S. 59 ff., 63 ff., 71, 74 ff., 81 ff.; ders., Metaphysik der Sitten, S. 317 f., 332 f., 520 ff.; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff. passim; dazu zu c, III 6 g)

Von der Gewaltenteilung, die essentiell für eine Wirklichkeit der Freiheit und Sicherheit der Bürger ist, hat der Parteienstaat nur äußere Formen belassen. Die Unabhängigkeit jedenfalls des Bundesverfassungsgerichts, des wichtigsten Organs des Rechtsstaates, von den beiden anderen Gewalten, der der Legislative und der Exekutive, hat die plurale Parteienoligarchie (K. A. Schachtschneider *Res publica res populi*, S. 772 ff., 1045 ff.; ders., *Der republikwidrige Parteienstaat*, in: D. Murswiek/U. Starost/H. A. Wolff (Hrsg.), *Staat – Souveränität – Verfassung*, FS Helmut Quaritsch (70.), 2000 S. 141 ff.) unterlaufen. Die Bindung an das Recht ist für die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht zugleich die Unterwerfung unter die Gesetze, weil das Bundesverfassungsgericht für die Rechtlichkeit der Gesetzgebung verantwortlich ist. Das setzt eigenständige Erkenntnis des Verfassungsgerichts, was allgemein und in der jeweiligen Lage gemäß der Verfassung des Menschen als Menschen und dem Verfassungsgesetz, dem Grundgesetz, Recht ist, voraus. Das Verfassungsgericht muß sich von der Politik der Exekutive und der Legislative, soweit das die Verfassung und das Verfassungsgesetz gebietet, unabhängig machen können und unabhängig machen. Das verbietet die Einbindung in die Parteien. Der Parteienstaat, der auch das Bundesverfassungsgericht durch die Besetzung der Richterstühle aufgesogen hat, läßt das nicht zu. Noch kein Richter des Bundesverfassungsgerichts war in der Geschichte dieses Gericht nicht Mitglied einer Partei. Parteimitglieder können als Persönlichkeiten bei der Erkenntnis des Rechts nicht zugleich von ihren Parteien unabhängig sein. Jahrzehntlang erschien das Bundesverfassungsgerichts unabhängig und dem Recht verpflichtet. Das hat sich seit der erneuten Ideologisierung Deutschlands auffällig geändert. Nicht nur die ‚Europäisierung‘ gefährdet die Rechtlichkeit der verfassungsgerichtlichen Judikatur, wie die unionspolitischen Judikate zeigen, Das Bundesverfassungsgericht unterwirft sich entgegen der Souveränität Deutschlands statt dem Grundgesetz fast vollständig den Entscheidungen des nicht demokratisch legitimierten Europäischen Gerichtshofs (dazu K. A. Schachtschneider, *Souveränität*, S. 460 ff.). Es leistet auch Gefolgschaft zu ideologischen Bewegungen, etwa in der Bevölkerungs- und Energiepolitik (dazu K. A. Schachtschneider, *Verfassungsbeschwerde (2 BvR 242/16) gegen Zulassung der Masseneinwanderung durch die Bundeskanzlerin und die Bundesregierung vom 30. Januar 2016*, Homepage, *Verfassungsklagen und Downloads*; ders., *Das Unrecht der Massenzuwanderung*, Homepage, *Aktuelles*), in der Klimaschutzpolitik (Klimabeschluß vom 24. März 2021, BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30 ff., **dazu zu e**; K. A. Schachtschneider, *Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, Homepage, *Aktuelles*), eher unwillig in der kreditären Staatsfinanzierung im der Euro-Rettung willen (OMT-Verfahren, BVerfGE 142, 123 ff.; Kreditaufnahme der Kommission, PSPP, BVerfGE 146, 216 ff.; BVerfGE 154, 17 ff, weitere Verfahren sind noch nicht entschieden, insbesondere das PEEP-Verfahren, AkZ. 2 BvE 7/20). Hinzu kommen dogmatische Irrungen in verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen, insbesondere des Begriffs der Menschenwürde (dazu K. A. Schachtschneider, *Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes*, 2018, Homepage, *Aktuelles*).

c) Politische Dominanz der Bundesregierung

Der Gesetzgeber des Bundes ist dank der parteienstaatlichen Verfassungswirklichkeit fest in der Hand der Bundesregierung, die fast nur aus Politikern besteht, die auch in den Parteien bestimmenden

Einfluß haben. Die Parlamentsmehrheit, fast immer eine Parteienkoalition, stellt im Parteienstaat regelmäßig die Regierungsmehrheit. Sie bestimmt in der politischen Realität sowohl, wer der Regierung angehört als auch über die Gesetze so, wie die Regierung diese beschließt, sofern nicht der Bundesrat Änderungen derselben durchsetzt. Die wichtigste politische Orientierung für die Gesetzgebung finden Regierung und Parlament in den Koalitionsverträgen, die keinen grundgesetzlichen Status haben, aber an deren Einhaltung die Koalition und damit jeweilige Parlaments- und Regierungsmehrheit der ‚Regierungsparteien‘ im Parlament hängt (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1080 ff.). Johannes Agnoli, *Die Transformation der Demokratie* (in: M. Sachs, : ders./P. Brückner, *die Transformation der Demokratie*, 1968, S. 40):

„Volksparteien des modernen Verfassungsstaates sind die „plurale Fassung einer Einheitspartei – plural in der Methode des Herrschens, einheitlich als Träger des staatlichen Herrschaft gegenüber der Bevölkerung...“

Allenfalls andere parteiliche Mehrheiten im Bundesrat können die Regierungspolitik der Parteienmehrheit des Parlaments Steine in den Weg legen. Das Miteinander der „demokratischen Parteien“, wie derzeit die mal so und mal anders koalierenden Parteien sich selbst auszeichnen, wird meist im Vermittlungsausschuß von Bundestag und Bundesrat (Art. 77 Abs. 2 und Abs. 2 a GG) wiederhergestellt. Der Parteienstaat ist die ‚demokratische‘ Verfassungswirklichkeit. Diese kann wegen des allgemeinen und gleichen Wahlrechts in Normallagen nicht stärker an die republikanischen Prinzipien des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG herangeführt werden, wonach die „Vertreter des ganzen Volkes“, nicht die Repräsentanten der Parteien, „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind“.

Das Bundesverfassungsgericht bringt das Verfassungsrecht gegenüber der Regierungspolitik nicht mehr hinreichend zur Geltung. Es hat mittels der weitgehenden Umwandlung der grundgesetzlichen Vorschriften in das Verhältnismäßigkeitsprinzip das Grundgesetz substantiell geändert. Damit steht eine Verfassungsordnung zur Verfügung, die hinreichend biegsam ist, Von erheblichem Einfluß ist, daß das Gericht die Maßnahmen der Europäischen Union kaum noch ins Unrecht zu setzen vermag, weil es zu seinem Kriterium die Willkürhaftigkeit der Judikate des Europäischen Gerichtshofes gemacht hat (OMT- Schlußurteil vom 21. Juni 2016, BVerfGE 142, 123 ff., Rnrn. 149, 161; PSPP-Vorlagebeschluß, BVerfGE 146, 216, Rnrn. 55, 57 f.; ebenso PSPP- Urteil vom 5. Mai 2020, BVerfGE 154, 17 ff., Rnrn. 112 f., 118). Es ist absurd, daß ein nationales Verfassungsgericht dem Gerichtshof des (vermeintlich) im funktionalen Sinne übergeordneten Gerichts des ‚Oberstaates‘, der Europäischen Union (K. A. Schachtschneider, *Souveränität*, S. 484 ff.) vorwirft, daß dessen Entscheidungen willkürlich seien. Deutschland hat sich demgemäß von dieser Judikatur distanziert. Die Entwicklung des „vereinten Europas“ (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) bis hin zu einem Staat ist vor allem um der wirtschaftlichen Homogenität willen so gut wie unaufhaltsam. Die Integrationsideologie ist zu machtvoll. Deutschland wirkt eifrig daran mit, ohne die an sich erforderliche Verfassungsänderung, der das Volk zustimmen müßte (BVerfGE 123, 267, Rnrn. 179, 228, 277, 296) ins Auge zu fassen.

d) Parteienstaat -Verfallserscheinung der Republik

Dem Grundgesetz entspricht die Verfassungswirklichkeit in Deutschland nicht. Der Parteienstaat weist allenfalls eine Teilung der Gewalt unter der Regierungsmehrheit und der Opposition im Parlament auf,

den neuen Dualismus der Mehrparteiendemokratie (Carlo Schmid, Die Opposition als Staatseinrichtung, 1955, in: G. Schumann (Hrsg.), Die Rolle der Opposition in der Bundesrepublik Deutschland, 1976, S. 59 ff.; Dolf Sternberger, Opposition des Parlaments und parlamentarische Opposition. Eine Studie zum Problem der Gewaltenteilung, 1956, daselbst, S. 66 ff., 76; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi S. 50 f., 716, 802 ff., 1129; ders., Prinzipien des Rechtsstaats, S. 178 ff.; auch schon ders., Das Hamburger Oppositionsprinzip. Der Widerspruch des neuen Dualismus zur republikanischen Repräsentation, Der Staat 28 (1989), insb. S. 188 ff.). Heinrich Triepel hat in der „extrakonstitutionellen“ Sphäre der politischen Parteien im Wechselspiel von Regierungsmehrheit und Opposition den Gleichgewichtsgedanken Montesquieus fortleben gesehen (Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1928, 2. Aufl. 1930, S. 29 f.; Ch.- Fr. Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, VVDStRL 15, 1957, S. 26). Das Bundesverfassungsgericht könnte der Gewaltenteilung und dem freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat nur mittels stringenter Dogmatik des Rechts, zumal des Grundgesetzes, gerecht werden. Diese Dogmatik läßt es aber weitestgehend vermissen und entfernt sich weiter und weiter vom Grundgesetz von 1949. Gerhard Leibholz (Das Wesen der Repräsentation, S. 98 ff., 114 ff., 224 ff., 249 ff.) identifiziert die Parteien mit dem Volk als „einer rationalisierte Erscheinungsform der plebiszitären Demokratie“, die „mit der Verfassungsnorm des Art. 38 GG schlechthin unvereinbar ist“ (zur Kritik des parteienstaatlichen Parlamentarismus Heinrich Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 2. Aufl., 1930; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 4. Aufl. 1965, S. 247 f., 318 f.; ders., Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923, 4. Aufl. 1969, S. 5 ff., 41 ff., 62 f.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 772 ff.). Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts gehörten und gehören, seit es das Bundesverfassungsgericht gibt, alle Parteien an, die im Bundestag, das die Hälfte der Richter wählt (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG), vertreten sind. Selbst im Bundesrat, der die andere Hälfte der Richter wählt, ist das nicht anders. Die jeweilige Parteimitgliedschaft der Richter hat in aller Regel bestimmenden Einfluß auf deren ‚Erkenntnisse‘ der Verfassungsrichter, denen Dogmatik des grundgesetzlichen Rechts nicht entgegensteht, wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip das Entscheidungskriterium der Gerichtsentscheidungen ist. Allenfalls selten hat die rechtswissenschaftliche Substanz dieser Richter einen Zuschnitt, der es ihnen verbietet, entgegen den Überzeugungen ihrer Partei zu judizieren. Das kommt manchmal in Minderheitenvoten zum Ausdruck. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein unverfängliches politisches Prinzip, das Anpassungen an die Meinungen der jeweils anderen Richter erleichtert.

Der Parteienstaat ist die Verfallserscheinung der Republik. Er ist nicht wirklich demokratisch (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 763 ff., 776 ff.; 1045 ff.; Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45 ff., 176 ff.). Die die Politik bestimmenden Staatsorgane, deren Ämter ausschließlich Mitglieder der herrschenden Parteien innehaben, setzen in Koalitionsverträgen die gemeinsam von ihren Parteien gewollten Politiken in die Gesetze um. Das ist die Wirklichkeit der ‚Demokratie‘ in Deutschland, einem von den Medien, vor allem von dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, gestützten Parteienstaat ohne wirkliche Gewaltenteilung (ganz so schon H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 26, 39, „Rücken an Rücken mit der Exekutivspitze operierender Gesetzgeber“).

Die zu 2 a skizzierte freiheitliche Republiklehre vermag das Bundesverfassungsgericht entgegen der grundgesetzlichen Verfassung nicht aufzugreifen, weil es den Staat als Herrschaftsordnung dogmatisiert (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 71 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 115

ff.). Der Staat ist in den Händen der Parteien, vom Bundesverfassungsgericht wegen Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG hingenommen (BVerfGE 1, 208 (223 ff.; 11, 266 (237); 20 56 (101, 113 f.); 85, 264 (284): st. Rspr.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*. S. 1054 ff.). Folglich sind die Bürger Untertanen der Parteienoligarchie als ihrer Obrigkeit. Das ist geradezu das Gegenteil von Freiheit. Allerdings haben die Bürger als Wähler die Möglichkeit, eine Parlamentsmehrheit durch eine andere zu ersetzen, wenn nach vier oder mehr Jahren eine Parlamentswahl durchgeführt wird. Die Wahlgrundsätze der Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Gleichheit und Geheimheit werden weitestgehend eingehalten, weil ihre Formalität deren Mißachtung kaum zuläßt. Berlin war allerdings jüngst zu einer verfassungsgemäßen Wahl nicht imstande. Die Wahl muß wiederholt werden (Verfassungsgerichtshof Berlin, VerfGH 154/21 - 16. November 2022). Das Bundesverfassungsgericht wie auch die Landesverfassungsgerichte lehnen den Grundrechtsschutz einer allgemeinen politische Freiheit der Bürger ab, der jedem Bürger das Recht gäbe, gemäß seiner Verantwortung für das Gemeinwohl Unrecht des Staates abzuwehren (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 54 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*. S. 343 ff.). Die Herrschaftlichkeit des Staates erlaubt gegen den Staat nur Abwehr- und Schutzrechte des Bürgers in eigener Sache. Das war im Konstitutionalismus richtig, setzte aber einen Herren voraus, den „konstitutionellen Monarchen als die Personifizierung des Staates“ (Georg Friedrich Wilhelm Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Bd. 2, Rechtsphilosophie, 1821, ed. K. Löwitz/M. Riedel, 1968. Rechtsphilosophie, § 279; zu Hegel K. A. Schachtschneider, *Souveränität. Grundlegung einer freiheitlichen Souveränitätslehre*, 2015, S. 70 ff.). Das führte logisch zur Trennung von Staat und Gesellschaft (dazu K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 207 ff.). Der Herr ist im Parteienstaat trotz des Grundgesetzes die plurale Parteienoligarchie (K. A. Schachtschneider. *S publica res populi*, S. 676 ff., 789 ff., 792 ff., 939 ff., 965 ff.), zwar gewählt, aber von Wählern, die nicht wissen (können), was sie tun, weil die öffentliche Propaganda ihnen die Wahrheit, soweit das geboten ist, vorenthält.

Das in der Republik unverzichtbare sittliche Gebot der praktischen Vernunft findet im demokratiewidrigen Parteienstaat keine Wirklichkeit. Karl Jaspers (*Wohin treibt die Bundesrepublik? Tatsachen, Gefahren, Chancen*, 1966, 10. Auf. 1988, S. 3):

„Parteienoligarchie heißt Verachtung des Volkes“

Insbesondere ist der für eine Demokratie unverzichtbare wahrheitliche und sachliche politische Diskurs (BVerfGE 157, 30 ff., Rn. 69, 240) zur Propaganda in den für die Meinungsbildung bedeutsamen Medien, vor allem dem öffentlichen-rechtlichen Rundfunk verkommen. Diese Verfallserscheinung der durch das demokratische Prinzip ausgezeichneten Republik (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1086 ff.), die einer strikt der Wahrheit und Sachlichkeit verpflichtete öffentliche Meinungsbildung bedarf, ist so gut wie unausweichlich. Man mag die demokratische wichtigste Institution der Republik wirklich freie, gleiche und allgemeine Wahlen, für eine ‚Demokratie‘ genügen lassen. Diese sicherzustellen ist schwer. Irrtum lassen sie zu, Propaganda nicht. Karl Raimund Popper, *Alles Leben ist Problemlösen. Über Erkenntnis, Geschichte und Politik*, 1996. *Zur Theorie der Demokratie*: S. 208:

„Es kommt nicht darauf an, wer regiert, solange man die Regierung ohne Blutvergießen loswerden kann.“

II Bundesverfassungsgericht

1. Macht des parteienstaatlichen Verfassungsgerichts

a) Macht des letzten Wortes

Die Macht der höchsten Richter ist eine unvermeidliche Verfassungsrealität. "Chief-Justice Charles Evans Hughes hat 1905 (oder 1907) gesagt:

"We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our property and our liberty and our property under the Constitution".

Den bekannten ersten Teil des Satzes zitiert Herbert Krüger (Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 708 f.). Nur Dogmatik de lege artis, soweit als es der Text des Grundgesetzes, eingebettet in die deutsche Sprache, die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und die deutsche Verfassungsgeschichte ergibt, aber auch an die Grundentscheidungen der Verfassung gebunden, gibt Schutz gegen die Macht des letzten Wortes und vermag die Macht der Verfassungsrichter zu zähmen. Der systembestimmende Irrtum des Bundesverfassungsgerichts seit dessen Anfang ist, wie schon zu I 1 b ausgeführt, daß das Grundgesetz eine Verfassung der Herrschaft sei. Die Staatsrechtslehre hat, außer dem Verfasser dieser Abhandlung, diesen Irrtum nicht kritisiert, weil auch diese überwiegend die politische Freiheit als das Fundamentalprinzip des Grundgesetzes ausweislich der Unantastbarkeit der Würde des Menschen nicht erkennt oder nicht wahrhaben will, obwohl sie stetig von ‚Demokratie‘ und Rechtsstaat redet, die die politische Freiheit voraussetzen. Das Grundgesetz ist eine Verfassung der Freiheit.

Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts, wie weitaus im geringeren Maße aller Gerichte, ist angesichts der offenen Begriffe des Grundgesetzes, zumal der objektiven Dimension der grundrechtlichen Leitentscheidungen (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 831 ff., 847 ff., 852 ff.) unausweichlich. Das Gericht darf sich auch nicht aus der Verantwortung für das Recht zurückziehen, wie es das vielfach tut, vor allem wenn es der Politik des Gesetzgebers zu folgen gewillt ist. Die „Unterwerfung unter das Gesetz“, die Art. 97 Abs. 1 GG den Richtern vorschreibt, ist nur im Maße der Materialität des Gesetzes, sprich; der Verfassungsbegriffe, möglich, die eine Bindung der Richter ermöglicht. Das Dilemma der Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Offenheit der Verfassungstexte. Diese verbietet es zunächst, daß das Bundesverfassungsgericht das geringe Maß an Bestimmtheit der Verfassungsbegriffe nicht noch weiter in die Unbestimmtheit treibt, indem es Abwägungszwänge schafft, die dem Grundgesetz nicht zu entnehmen sind. Ein Musterbeispiel ist die Ableitung von Schutzpflichten aus den grundrechtlichen Abwehrrechten (dazu zu IV). Das Gegeneinander dieser Pflichten läßt nichts anderes übrig als gänzlich offene Abwägung. Eine solche Dogmatik erweitert die textlose Judikatur in einem Maße, das mit der Gewaltenteilung unvereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht muß, wenn es den Gesetzgeber daraufhin überprüft, ob er gemäß Art. 20 Abs. 3 GG das Recht verwirklicht, das Recht materialisieren, um es als Maßstab der Rechtmäßigkeit nutzen zu können. Recht ist die praktische Vernunft als der allgemeine Wille des Volkes (dazu zu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 861 ff.; ders., Nationalstaat und Souveränität, 2024, noch Homepage, S. 117 ff.). Dessen Erkenntnis ist nur in Sittlichkeit möglich. Der Gerichtshof der Sittlichkeit ist das Gewissen, wie Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG für die Rechtserkenntnisse der Abgeordneten als der Gesetzgeber klarstellt. Sittlichkeit aber verlangt nach strikter Unabhängigkeit und strikter Unparteilich-

keit. Wer nicht unabhängig und unparteilich ist, kann nicht Richter sein, schon gar nicht als Vertreter des ganzen Volkes. Das Volk, die Bürgerschaft, ist souverän und nicht einer Partei verpflichtet. Wenn die Verfassungsrichter sich nicht von der Parteienoligarchie lösen, aus der sie meist kommen, sind sie der Rechtsprechung nicht fähig. So ist die Lage.

b) Vorverständnis, Dogmatik und Interpretation

Das Grundgesetz ist gegenüber dem Bundesverfassungsgericht kraftlos. Dessen Richter wenden die Texte des Grundgesetzes, zumal die Grundrechte, gemäß ihrem Verständnis des Rechts und der Rechte an. Gegen die Judikatur der Verfassungsrichter ist eine rechtsferne Politik der Gesetzgebungsorgane machtlos, wenn das Verfassungsgericht sich strikt an die Verfassung hält. Allerdings sieht sich die Politik aller Staatsorgane in der ‚Demokratie‘ jedenfalls gegenwärtig dem ideologisierten Zeitgeist verpflichtet. Das führt zu einer wenig gewaltenteiligen Konformität. Ohne Bestimmtheit der Rechtstexte ist auch Rechtsprechung wesentlich rechtlich ungebundene Politik. Den Verfassungstext zu verstehen und die Dogmatik der Verfassung zu entwickeln, ist Sache der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die exegetischen Möglichkeiten sind begrenzt. Darüber hinaus bestimmen die Verfassungsrichter, was die Verfassung gebietet. Sie sollten insoweit möglichste Zurückhaltung wahren. Sie rühmen sich dessen auch regelmäßig. Es gibt systembestimmende Entscheidungen des Grundgesetzes, die das Bundesverfassungsgericht nicht mißverstehen oder gar in ihr Gegenteil verwandeln darf. Systementscheidungen des Grundgesetzes sind ausweichlich der Unabänderlichkeitsvorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG, der sogenannten Ewigkeitsklausel, „die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“. Die Grundsätze sind die Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und gemäß Art. 1 Abs. 2 GG der Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG), die Bindung der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG), das demokratische und das soziale Prinzip der Bundesrepublik Deutschland, also deren Republikanität und Bundesstaatlichkeit und das Prinzip des Deutschen. Die Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 4 GG sind alle nach Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich, ebenso die Staatsgewalt des Volke, die vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 GG), die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Recht der Deutschen zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist (Art. 20 Abs. 4 GG). Diese Verfassungsfundamente dürfen auch nicht durch irrige Auslegungen ausgehebelt werden. Auslegung rechtlicher Vorschriften ist unvermeidbar, aber muß sich möglichst an den Text und die weiteren Auslegungsprinzipien halten. Vor allem die systematische Auslegung ist hilfreich, nützt aber nichts, wenn das Verfassungssystem im Grundsatz verkannt wird, wie vom Bundesverfassungsgericht.

Eine Systementscheidung ist die für die politische Freiheit als die Würde des Menschen und gegen Herrschaftlichkeit des Staates über die Gesellschaft (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 115 ff.). Allein schon die Umwandlung des Grundgesetzes in eine Herrschaftsordnung (dazu zu II 2 b) schließt es aus, die Entscheidung für die Republik erfassen. Republikanität ist nicht lediglich eine Entscheidung gegen eine Monarchie, sondern logisch eine Entscheidung für die politische Freiheit der Bürger. Was sollte sonst die Negation der Monarchie

bedeuten. Bereits die Französische Revolution, die die Monarchie in eine Republik verwandelt hat, macht das offenkundig. Die Herrschaftsdogmatik ist das Bundesverfassungsgericht nicht aufzugeben bereit (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 115 ff.). Grund dürfte das Mißverständnis des die republikanische Verfassung Deutschlands bestimmenden kantianischen Begriffs „Sittengesetz“ in dem Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG sein (dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 259 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 256 ff.). Herrschaft kann nur ein Herr als Obrigkeit über seine Untertanen ausüben. Die Bürger einer Republik sind aber keine Untertanen. Sie haben keinem Herrn zu gehorchen. Jeder Bürger ist ein Herr, jede Bürgerin eine Dame, eine herrschaftliche Frau im Sinne des mittelalterlichen Begriffes der Frouwe; wohlgemerkt im Sinne des Rechts, das die soziologischen Gegebenheiten ignoriert und wegen der Gleichheitsprinzipien zu ignorieren verpflichtet ist. In *politicis* ist die Gleichheit der ‚Bürger‘ formal. In ihrer Gesamtheit sind die Bürger/Bürgerinnen der Staat (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 519 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 127 ff., 133 mit Hinweisen; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 58 f.).

Wer die Elementaria des Grundgesetzes verkennt, vermag das Grundgesetz in seiner Gesamtheit nicht zu lesen. Ein Fehler zieht den anderen nach sich. Ohne die Philosophie, auf der das Verfassungsgesetz gründet, kann man schwerlich Verfassungsrecht betreiben. Ein textgebundenes Verständnis des Grundgesetzes hätte dem Bundesverfassungsgericht über seine verfassungsändernde Herrschaftsdogmatik hinweggeholfen. Der systembestimmende Begriff des deutschen Verfassungsgesetzes ist das Sittengesetz Kants (dazu zu I 1). Die Rechtsprechung hat unter Führung des Bundesverfassungsgerichts dieses freiheitliche Grundprinzip der Ethik zu der althergebrachten Verbindlichkeit der guten Sitten nivelliert, die sie allerdings, wohl um äußerlich nicht vom Text abzuweichen, weiter das „Sittengesetz“ genannt hat (BVerfGE 6, 389 (434 ff.), 49, 286 (299); BGHSt 5, 46 (52 ff.); BGHZ 5,76 (97)). Die Weichen hat das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 6, 389 ff., Rn. 167 mit dem Satz gestellt: „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz.“ In diesem Satz ist das „Sittengesetz“ materialisiert. Durch seine Materialisierung erfaßt es eine Vielfalt von gewohnheitsrechtlichen Rechtssätzen, die als gute Sitten verbindlich sind (dazu K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie*, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, S. 363 ff.). Das „Sittengesetz“ des Grundgesetzes ist formal. Es ist das ethische Prinzip der Freiheit, der kategorische Imperativ Kants (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 6, 1968, S. 51, 59 ff., 61, 67, 69 ff., 72; *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968, S. 317 ff., 331 f., 519; *Kritik der praktischen Vernunft*, ed. Weischedel, Bd. 6, 1968, S. 135 ff., 138 ff., 140 ff. 144 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 259 ff., 273 ff., 277 ff., 564 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 69 ff., 83 ff., 266 ff.; ders., *Sittengesetz und gute Sitten*, S. 195 ff.).

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben Verbindlichkeit für die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), in bestimmten Verfahren Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Das Bundesverfassungsgericht hat im Rechtsstaat, im Staat des Rechts, eine Macht, die Macht des letzten Wortes, was Recht ist. Eine solche Macht hat nicht einmal der verfassungsändernde Gesetzgeber. Die Macht der Legislativorgane besteht darin, daß sie die Verfassungsrichter auswählen. Der Parteienstaat wäre erträglicher, wenn nicht auch die Verfassungsrichter Parteimitglieder, schärfer: Parteifunktionäre, wären. Das würde das Vertrauen des Volkes

in den Staat des Grundgesetzes stärken. Das letzte Wort des Rechts gibt im Verfassungs- und Rechtsstaat große politische Macht.

c) Souveränitätswidriger Vorrang des Unionsrechts

Das Bundesverfassungsgericht überläßt das letzte Wort, was das Recht sei, mehr und mehr dem Europäischen Gerichtshof. Das ist eine Aufgabe von Souveränität des Deutschen Volkes und zugleich eine wesentliche Förderung einer Staatlichkeit der Europäischen Union. Der Europäische Gerichtshof hat das letzte Wort der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten, was in ihren Ländern das Recht sei, wenn deren staatliches und auch privates Handeln nicht mit den Vorschriften der Europäischen Union nach deren Auffassung übereinstimmt, in Frage gestellt (kritisch K. A. Schachtschneider, Nationalstaat und Souveränität, Beispiel Deutschland, 2023, S. 202 ff.). Er hat schon 1963 mit fragwürdigen Argumenten den Vorrang der Unionsvorschriften (EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff) selbst vor den Verfassungsgesetzen der Mitgliedstaaten konstatiert und danach stetig verteidigt (dazu K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 484 ff., 489 f.; ders., Nationalstaat und Souveränität, S. 202 ff.). Das ‚Europarecht‘ hat derzeit seine Grundlage im Vertrag über die Europäischen Union, dem meiner Meinung nach verfassungswidrigen, sogenannten Lissabon-Vertrag, der die früheren Verträge der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, zumal den Maastricht-Vertrag, fortsetzt. Die Geltung des Unionsrechts in Deutschland ist durch Deutschland legitimiert und durch die im Rahmen der gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG der Union zur Ausübung übertragenen Hoheitsrechte, vermeintlich der ‚Souveränität‘, legalisiert (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 28 ff., 46, 362 f., 380, 460 ff., 479 ff., 464; i. d. S. BVerfGE 89. 155 (188 f.); 123, 267, Rnrn. 233, 248; 142, 123 (218 f., Rn.84); 146 (285 f., Rn. 119); 154, 17 (110)). Um die Grenzen der Befugnisse der Union, die dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gehorchen müssen (BVerfGE 155 (181 ff., 191 ff.); 123, 267, Rnrn. 226, 265, 272, 275, 298 ff., 326; Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; Souveränität, S. 460 ff.), gab es und gibt es immer wieder Verfassungsgerichtsverfahren (vgl. K. A. Schachtschneider, Homepage, Verfassungsklagen, und weitere; BVerfGE 89. 155 ff.; 123, 267 ff.; und weitere). Das Bundesverfassungsgericht hatte ein Kooperationsverhältnis mit dem Europäischen Gerichtshof reklamiert (BVerfGE 155 (174 f.); 102, 147 (163); OMT-Schlußurteil BVerfGE 142, 123 ff., Rn. 121; in diesem Sinne auch EuGH, Slg. 183, 255, Rs. 230/81, Luxemburg/Parlament, Rn. 38, S. 287; K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 37, 190), eine amtswidrige Sicht der Unabhängigkeit und Gesetzesgebundenheit des Verfassungsgerichts (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG). Diese Kooperation gibt es nicht. Der Europäische Gerichtshof beansprucht das alleinige Recht des letzten Wortes im ‚Europarecht‘, eine mit dem Grundgesetz schlechterdings unvereinbare Anmaßung einer Souveränitätsbefugnis. Das Bundesverfassungsgericht hat sich der europäischen Integrationsideologie beugen lassen. Es hatte am 18. Juli 2017 gemäß Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV einen Vorlage-Beschluß an den Europäischen Gerichtshof gerichtet, über die Vertragsmäßigkeit der PSPP-Maßnahmen der Europäischen Zentralbank (quantitative easing) zu entscheiden (BVerfGE 146, 216 ff., Rn. 53). Die Rechtsaufsichtsklage hat die Kommission wegen des Schlußurteils des Bundesverfassungsgerichts in der PSPP-Sache vom 5. Mai 2020 (BVerfGE 154, 17 ff.) erhoben. Das Bundesverfassungsgericht hatte im OMT-Schlußurteil vom 21. Juni 2016 (BVerfGE 142, 123 ff.) „die Voraussetzungen für eine Ultra-vires-Kontrolle“ schon „näher konturiert“ und im PSPP-Vorlage-Beschluß vom 18. Juli 2017 (BVerfGE 146, 216 ff.) die äußersten Grenzen für Ultra-vires Judikate des Europäischen Gerichtshofs, die es im OMT-Schlußurteil formuliert hatte, zu Rn. 53 zitiert. Es hat sich

auf die deutliche Mahnung im OMT-Schlußurteil bezogen und seine Position im PSPP-Schlußurteil nach dem gegenläufigen Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 11. Dezember 2018 (Weiss u.a., C-493/17, EU:C:2018:1000)) in BVerfG 2 BvR 859/15, Urteil vom 5. Mai 2020 (BVerfGE 154, 17 ff., 152 Rn. 110, 112, 113, näher Rn. 116 ff., 229 ff.) in der Sache aufrecht erhalten. In BVerfGE 146, 216 ff., steht zu Rn. 53:

„(1) Die Annahme eines Ultra-vires-Akts setzt - ohne Rücksicht auf den betroffenen Sachbereich - voraus, dass eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union offensichtlich außerhalb der übertragenen Kompetenzen liegt (...).

Das (sc.: Mißachtung des Ultra-vires Verbots) ist der Fall, wenn sich die Kompetenz - bei Anwendung allgemeiner methodischer Standards (...) - unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründen lässt (...). Dieses Verständnis von Offensichtlichkeit folgt aus dem Gebot, die Ultra-vires-Kontrolle zurückhaltend auszuüben (...). Bezogen auf den Gerichtshof der Europäischen Union folgt es zudem aus der Unterschiedlichkeit der Aufgaben und Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht einerseits und der Gerichtshof der Europäischen Union andererseits zu erfüllen oder anzuwenden haben (...). Eine Grenze findet dieser mit der Aufgabenzuweisung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV notwendig verbundene Spielraum erst bei einer offensichtlich schlechterdings nicht mehr nachvollziehbaren und daher objektiv willkürlichen Auslegung der Verträge. Erst wenn der Gerichtshof diese Grenze überschreite, wäre auch sein Handeln nicht mehr durch Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV gedeckt, fehlte seiner Entscheidung für Deutschland das gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG erforderliche Mindestmaß an demokratischer Legitimation.“

Die Kommission der Europäischen Union hatte wegen des PSPP-Schlußurteils des Bundesverfassungsgerichts gegen Deutschland (dazu K. A. Schachtschneider, Staatsschulden, S. 12 f., 25 ff.) ein Vertragsverletzungsverfahren (Rechtsaufsichtsklage) vor dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 226 AEUV eingeleitet. Der Gerichtshof hatte sich schon unmittelbar nach dem PSPP-Schlußurteil außerhalb eines Rechtsverfahrens über die gewissermaßen ‚ehrenrührige‘ Begrenzung seiner Rechtsprechungsbefugnis entrüstet und den praktizierten Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht reklamiert. Dieser Vorrang ist souveränitätswidrig (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 460 ff., 484 ff.). Das ‚Rechtsaufsichtsverfahren‘ hat die Kommission eingestellt, nachdem Deutschland förmlich erklärt hatte, den ‚Vorrang‘ und die ‚Autonomie‘ des Unionsrechts anzuerkennen. Dies gelte insbesondere auch für den Bereich der Rechtsstaatlichkeit. Zudem hätte Deutschland zugesagt, die Autorität des Europäischen Gerichtshofs anzuerkennen, dessen Urteile endgültig und verbindlich seien, schrieb die Kommission. Auch habe sich die deutsche Regierung verpflichtet, alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel zu nutzen, um weitere "Ultra-vires"- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu vermeiden (offizielle Website der Europäischen Union: News der EU-Kommission, Vertretung in Deutschlands, vom 2. Dezember 2021).

Der Verzicht Deutschlands auf das letzte Wort des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Europäischen Gerichtshof mißachtet Art. 23 Abs. 1 GG, den sogenannten Europaartikel, verletzt das demokratische Prinzip und das Rechtsstaatsprinzip, geht über die Souveränität Deutschlands hinweg, anerkennt den Vorrang des Europarechts bis hin zu deren Richtlinien und Verordnungen untersten Ranges vor dem Verfassungsrecht Deutschlands und macht damit einen weiteren verhängnisvollen Schritt zum Staat ‚Europa‘. Die Europäische Union ist ‚kein Staat‘ und auch ‚kein Bundesstaat‘ (BVerfGE 89,

155 (182, 186, 188 ff.); 123, 267 ff., Rnrn. 229, 233, 294; 142, 123 ff., 140). Sie kann das nur auf Grund einer neuen Verfassung Deutschlands werden, die jedenfalls die Deutschen unmittelbar beschließen, nicht durch verfassungsänderndes Gesetz der Legislative. Auch die anderen Mitgliedstaaten der Union müssen die Staatsgründung der Europäischen Union ihren Verfassungen gemäß beschließen. Zudem muß das Unionsvolk sich insgesamt eine Staatsverfassung geben.

2. Verfassungsändernde Verfassungsjudikatur

a) Materialisierung der formalen Menschenwürde

Das Bundesverfassungsgericht verkennt den Begriff der Menschenwürde und verschafft sich damit die Möglichkeit, beliebigen Interessen den größtmöglichen Schutz zu zusprechen, den der unantastbaren Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.

Auch den Schutz des Rechts an der eigenen Persönlichkeit in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG begrenzt das Bundesverfassungsgericht auf deren unbedingt schutzbedürftigen und darum unantastbaren Kern der Menschenwürde (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)). Das Gericht hat Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, ebenso wie das Bundesverfassungsgericht dieses Recht in seinem, begrifflich nicht erfaßbaren, Kern materialisiert und bislang praktiziert hat (BVerfGE 109, 279, Ls. 2, Rn. 104; BVerfG Beschluß vom 19. November 2021, Ls. 2, Rnrn. 105, 110, 112, 166, 188, 219, 251, 295), den Schutz des Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Leitsatz 2 und zu Rn. 104 in BVerfGE 109, 279 ff. so zugemessen:

„Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung“.

Was heißt wohl „absolut geschützten Kernbereich“, was wohl „absolut“, was wohl „Kernbereich privater Lebensgestaltung“, was überhaupt „private Lebensgestaltung“? Diese Ansammlung offener Begriffe ergibt keinen auch nur annähernd dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzip genügenden Tatbestand. Materiale Begriffe können relativiert werden und werden es, zumal vom Bundesverfassungsgericht mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist demgemäß ungewiß und birgt Überraschungen. All die einschlägigen Entscheidungen können hier nicht aufgeführt werden (dazu K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles). Das Bundesverfassungsgericht liefert die Schutzpflicht des Satzes 2 Art. 1 Abs. 1 GG seiner Politik aus, also mangels subsumtionsfähigen Tatbestandes seiner ‚Willkür‘. Das gehört zur Veränderung des Grundgesetzes, sogar des unabänderlichen Art. 1 Abs. 1 S. 1, der Unantastbarkeit der Würde des Menschen, der Begriffe, in eine Verfassung politischer Beliebigkeit mittels Interpretation oder eben der Durchsetzung eines herrschaftlichen Staates anstelle der Republik der Freiheit.

Der Irrtum ist die Materialisierung des Menschenwürdeprinzips, das dem Grundgesetz nach das Recht ist, unter dem eigenen Gesetz zu leben, das als Gesetz in der freiheitlichen Republik allgemein sein muß (K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles; dazu V 2 u. ö.). Die ‚Erfindung‘ von Grundrechten schafft eine textferne neue Verfassung, materieller, funktioneller und vor allem rechtsstaatlicher Art (Gewaltenteilung). Die Verfassungsrichter erheben sich zum Verfassungsgeber.

Kant, Zum ewigen Frieden, S. 204, Anm.:

„Rechtliche (mithin äußere) Freiheit kann nicht, wie man wohl zu tun pflegt, durch die Befugnis definiert werden ‚alles zu tun, was man will, wenn man nur keinem Unrecht tut‘. Rechtliche Freiheit ist die ‚Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können‘.

Das ist die Würde des Menschen, nämlich die „unter dem eigenen Gesetz zu leben“. Die Würde des Menschen ist dessen Freiheit (dazu zu III 6 g und zu V 1 und 2). Nach wie vor wird die Freiheit nicht im Sinne der Aufklärung verstanden, sondern wie im Herrschaftssystem des monarchischen Konstitutionalismus, auch vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 3, 225 (247); 83, 37 (52); 83, 60 (72); 95, 1, 15; st. Rspr.); dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 54 ff., 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*. S. 34 ff., 115 ff., 117 mit Fn. 483f., 256 ff., 274 ff., 343 ff., 405 ff., 343 ff.). Die Bürgerlichkeit des Bürgers wird nicht nur nicht verstanden, sondern auch nicht praktiziert (K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 606 ff., ders., *Die Bürgerlichkeit des Bürgers. Der Kampf um den Freiheitsbegriff*, 2011, in: H. Seubert/J. Bauch (Hrsg.), *Deutschland und Europa in einer veränderten Welt*, Weikersheimer Dokumentation Bd. I (XXXV), 2013, S. 23 ff.; ders., *Bürgerlichkeit und ihre Gefährdungen*, in: R. Breuninger, *Der erschöpfte Bürger. Ambivalenzen der Demokratie*, *Bausteine der Philosophie* 33, 2014, S. 25 ff.). Das Sittengesetz“, das Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich als Definiens des Rechts auf die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ nennt, wird ignoriert, als hätte es weder die Aufklärung, noch Rousseau, noch die Französische Revolution von 1789, noch Kant, noch Schiller, noch die deutsche Revolution von 1918 gegeben (dazu K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. ; ders., *Souveränität*, S. 57 ff., 239 ff., 257 ff., 289 ff., 312 ff., 321 ff.).

b) Herrschaft statt Freiheit

aa) Freiheit, nicht Willkür

Wie schon zu I 1 erörtert ist, verkennt das Bundesverfassungsgericht den systembestimmenden Begriff des Grundgesetzes, den der Freiheit, Das verändert die Verfassung Deutschlands tiefgreifend.

Das Gericht verwechselt Freiheit mit Willkür. Freiheit ist, wie gesagt, das Recht, unter dem eigenen Gesetz zu leben, das auch das Gesetz der anderen Bürger im eigenen Land ist, nämlich das allgemeine Gesetz (Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 64 ff., 67, 69; ders., *Metaphysik der Sitten*, S. 432 ff.; ders., *Zum ewigen Frieden*, S. 204; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 290 ff., 303 ff., 325 ff., 410 ff., 519 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 48 f., 318 ff.). Die Freiheit bedingt wegen des Prinzips der Gesetzlichkeit das demokratische Prinzip und den Rechtsstaat. Die Freiheit als politische Freiheit lehnt das Bundesverfassungsgericht stetig ab, ich denke wegen seines Begriffs des Staates als Herrschaftsgebilde (dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 54 ff., 71 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*. S. 34 ff., 115 ff., 256 ff., 274 ff., 343 ff., 405 ff., 343 ff.; ders., *Verfassungsbeschwerde gegen die Asyl- und Flüchtlingsmaßnahmen der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland vom 30. Januar 2016*, S. 13 ff., Homepage).

Die Grenzen der Freiheit sind, darauf sei hingewiesen, zu I 1 b erörtert.

b) Praktische Vernunft

Ein Prinzip sachlicher Richtigkeit, praktischer Vernunft also, ist verfassungsgebunden (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 152 ff., 262 ff., 329 ff.). Sachlichkeit setzt Wahrheitlichkeit und Richtigkeit voraus. Sie verbietet Willkür. Das Willkürverbot ist Grundprinzip des bürgerlichen Gemeinwesens, der Republik (BVerfGE 3, 58 (135 f.); 4, 144 (155); st. Rspr.; BVerfGE 97, 298 (315); 102, 254 (30f.); K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 217, 233, 336 (Hinweise), 341, 411 ff., 430 ff., 434, 436 ff., 455 ff.). Sachlichkeit muß sich in die institutionellen und formalen Verfassungsprinzipien fügen. Sie verlangt nach Erkenntnissen. Diese verwirklichen auch die praktische Vernunft vor allem um der allgemeinen und gleichen Freiheit willen die Gesetzlichkeit des gewaltenteilenden und demokratischen Rechtsstaates, nicht allein situationsgebunden, sondern grundsätzlich. Hinreichend bestimmte Gesetze sind die Voraussetzung unabhängiger Rechtsprechung (Art. 97 Abs. 1 GG). Aber das Bundesverfassungsgericht hat sich dogmatisch von den Prinzipien des Rechtsstaates und damit von dem demokratischen Prinzip entfernt und in dem Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) über die Verfassungsbeschwerden gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht, die grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nachzuweisen, u. a. zu folgenden Sätzen zu Rn. 125 bis 127 verirrt:

„125

aa) Demokratie- (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gebieten, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen selbst regelt. „Wesentlich“ bedeutet zum einen „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Eine Pflicht des Gesetzgebers, die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst zu bestimmen, kann etwa dann bestehen, wenn miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinandertreffen, deren Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Der Gesetzgeber ist zum anderen zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind (vgl. BVerfGE 139, 19 <45 f. Rn. 52>; 150, 1 <97 Rn. 194>).

126

Die Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes werden durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG näher konkretisiert (vgl. BVerfGE 150, 1 <99 Rn. 199>), der die mit einer Delegation auf den Ordnungsgeber verbundenen Bestimmtheitsanforderungen ausdrücklich normiert. Danach kann die Bundesregierung durch Gesetz nur dann ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes bestimmen. Der Grad der dabei jeweils zu fordernden Bestimmtheit einer Regelung hängt auch davon ab, in welchem Umfang der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist und wie intensiv die Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen sind. Insoweit berührt sich das Bestimmtheitsgebot mit dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der fordert, dass der Gesetzgeber die entscheidenden Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs, die den Freiheits- und Gleichheitsbereich wesentlich betreffen, selbst festlegt und dies nicht dem Handeln der Verwaltung überlässt (vgl. BVerfGE 56, 1 <13>; 141, 143 <170 Rn. 59>; 147, 253 <309 f. Rn. 116>; 150, 1 <99 ff. Rn. 199 ff.>). Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts. Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen (BVerfGE 150, 1 <99 Rn. 197>; 157, 30 <172 f. Rn. 260>).

Sollen Regelungen ergehen, die Freiheits- und Gleichheitsrechte der Betroffenen wesentlich betreffen, ist daher die Einbindung des Ordnungsgebers in die Regelungsaufgabe nicht schlechthin ausgeschlossen (vgl. BVerfGE 147, 310 <311 f. Rn. 120>). Insbesondere in Rechtsbereichen, die ständig neuen Entwicklungen und Erkenntnissen unterworfen sind und in denen es darum geht, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit diesen Entwicklungen und Erkenntnissen Schritt zu halten, kann die gesetzliche Fixierung starrer Regelungen dem Grundrechtsschutz auch abträglich und damit kontraproduktiv sein; insoweit kann im Sinne eines „dynamischen Grundrechtsschutzes“ das Gesetzeserfordernis zurücktreten (vgl. BVerfGE 49, 89 <137>; 157, 30 <174 Rn. 262>“).

Praktische Vernunft fordert Sachlichkeit und damit auch Verhältnismäßigkeit (dazu auch zu cc; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff.), also auch Zweckmäßigkeitserwägungen. Diese öffnen den Entscheidern, der Exekutive wie vor allem der Judikative, zumal dem Bundesverfassungsgericht, einen Spielraum, das rechtsstaatliche und das mit diesem untrennbare verbundene demokratische Prinzip, so zu praktizieren, daß deren einheitliches Postulat der Gesetzlichkeit den „dynamischen Grundrechtsschutz“ nach Möglichkeit nicht behindert. Das „Gesetzeserfordernis könne“, sprich müsse, „im Sinne eines ‚dynamischen Grundrechtsschutzes‘ zurücktreten“, wie zitiert.

„Insbesondere in Rechtsbereichen, die ständig neuen Entwicklungen und Erkenntnissen unterworfen sind und in denen es darum geht, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit diesen Entwicklungen und Erkenntnissen Schritt zu halten, kann die gesetzliche Fixierung starrer Regelungen dem Grundrechtsschutz auch abträglich und damit kontraproduktiv sein“ (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 127).

Damit kann und wird Grundrechten die „ Bindungskraft für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“ abgesprochen, entgegen der Unabänderlichkeit des Art. 1 Abs. 3 GG. Grundrechtsschutz ist um der demokratischen Legitimität willen wesentlich formaler Schutz (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 328 ff.). Die Gesetze verwirklichen die Freiheit. Diese Formalität ist Schutz des Rechtsstaates, des demokratischen Prinzips, der Gleichheit und der Freiheit. Notwendiger ‚Dynamik‘ der Ordnung dienen die Instrumente der Exekutive, Verordnungen und Verwaltungsakte. Diese bedürfen der sachgerechten gesetzlichen Ermächtigungen.

Dynamischer Grundrechtsschutz verführt zu Relativierung desselben, die schließlich in dem gänzlich unbestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu zu cc) und der subsumtionsfernen Rechtserkenntnismethoden der Abwägung zwischen und des Ausgleichs von gegenläufigen Rechten und Pflichten führen (dazu zu bb), wie auch in dem Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d). Das Bundesverfassungsgerichts hat das politisch so gut wie nicht korrigierbare letzte Wort zum Recht in streitigen, meist hochpolitischen Rechtlagen, weder der Gesetzgeber und nicht einmal das Verfassungsgesetz. Das ist nicht der Rechtsstaat, der die Freiheit der Bürger schützt.

4. Abwägungsprinzip

a) Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts

Die den Grundrechten abgewonnene Schutzpflichtdogmatik und Schutzpflichtpraxis (dazu zu III) des Bundesverfassungsgerichts setzt den Grundrechtsschutz einem Abwägungsprinzip aus, das diesem

wegen der ohnehin wenig bestimmten Tatbestandsmerkmale noch über deren Offenheit für richterliche Gestaltung des Rechts hinaus der Politik des Bundesverfassungsgerichts überantwortet. Rn. 299 des Bundesnotbremse-Beschlusses vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) macht das deutlich:

„In der erforderlichen Abwägung aller hier zu berücksichtigender Belange hat der Gesetzgeber für den zu beurteilenden Zeitraum einen verfassungsgemäßen Ausgleich zwischen den mit den Ausgangsbeschränkungen verfolgten besonders bedeutsamen Gemeinwohlbelangen und den durch die Beschränkungen bewirkten erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Im Rahmen seines Schutzkonzepts räumte er nicht einseitig dem Lebens- und Gesundheitsschutz sowie der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems Vorrang ein. Wie die Kontaktbeschränkungen sah die Ausgestaltung der Ausgangsbeschränkungen Sicherungen zur Begrenzung der Eingriffsintensität vor, die einen angemessenen Interessenausgleich bewirkten. Seine Einschätzung, dass die mit ihnen einhergehende erhebliche Belastung durch ihren Beitrag zur Zweckförderung aufgewogen werde, hält sich im Rahmen des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums. Dieser war aufgrund der Unsicherheiten im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes über die Wirksamkeit nächtlicher Ausgangsbeschränkungen und angesichts der Gefahren der Pandemie weit (vgl. oben Rn. 216 f.). Er erstreckte sich auf die Einschätzung der pandemischen Gefahren, die von einzelnen Arten und Orten von Zusammenkünften ausgeht.“

Das Abwägungsprinzip des Bundesverfassungsgerichts ist eine Selbstermächtigung zur Rechtsetzung mit Verfassungsrang. Diese Abwägungspraxis kann zu einem Staat führen, dessen Gewalt nicht in dem Maße geteilt und gehemmt ist (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 108, 172 ff.), wie sie das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 und 3 verfaßt hat (dazu BVerfGE 95, 11 (15)). Die Erklärung, die Gewaltenteilung sei ein System von ‚checks and balances‘, von ‚Gewaltentrennung und Gewaltenhemmung‘ (vgl. BVerfGE 2, 1 (13); 3, 225 (247); 5, 85 (140); 7, 183 (188); 9, 268 (279); 18, 52 (59); 22, 106 (111); 95, 1 (15), u.ö.; Prinzipien des Rechtsstaates, S. 172 ff., 175 ff.), ist keine Rechtfertigung der Umwandlung der Verfassung in bloße Organzuständigkeiten, denen die Abwägung über eine sachgerechte Politik überlassen wird. Die Sachgerechtigkeit wird im Parteienstaat allzu leicht zu einem System einer sich gegenseitig rechtfertigenden politischen ‚Elite‘. In einem solchen System sind die Freiheit der Bürger und deren Grundrechte unzureichend geschützt, wie es Zweck der für ein freiheitliches Gemeinwesen essentiellen Gewaltenteilung des Staates ist (dazu b, bb). Der oligarchische Parteienstaat ist dadurch gekennzeichnet, daß die Führungsämter des Staates von Mitgliedern der Parteien besetzt werden, die in den Legislativorganen allein oder mittels Koalitionen für längere Zeit die Mehrheit haben. Das Bundesverfassungsgericht kann sich gegen die Gewalteneinheit nur mittels strikter Dogmatik hinreichend bestimmter Prinzipien und Begriffe schützen. Die bietet das Grundgesetz, soweit das eine Verfassung vermag, die einen Staat langfristig ordnen soll. Das Abwägungsprinzip verhindert eine solche Dogmatik nicht (zur Abwägungsdogmatik BVerfGE 28, 243 ff., Rn. 71; 39, 1 (47); 49, 24 (55 f.); 69, 1 ff., 109, 128 ff.; 77, 170 (214 f.); 88, 203 (254); 89, 241 (232); 96, 56 (64); vgl. auch zur ‚Einheit der grundgesetzlichen Wertordnung‘ BVerfGE 28, 243 (261); 30, 1 (19); 30, 173 (193); 34, 269 (287); 35, 202 (225); zur Abwägung im Rechtswesen allgemein Robert Alexy, Theorie des Grundrechte, 1975, S. 71 ff., 145 ff.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, unter Mitwirkung von Michael Sachs, 1994, § 84 IV, S. 814 ff.; kritisch Ernst Wolfgang Böckenförde/ Ernst Gottfried Mahrenholz, Sondervotum, in: BVerfGE 69, 1 (63 ff.); Walter Leisner, Der Abwägungsstaat, Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit? 1997, S. 152 ff.; zum schutzpflichtrechtlichen Abwägungsgebot J.

Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 173 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 419, 880 ff., 895 ff., 900 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 176 ff.).

Ernst-Wolfgang Böckenförde hat in einem Minderheitsvotum im Urteil zur Kriegsdienstverweigerung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. April 1985 (BVerfGE 69, 1 ff.) die Abwägungsdogmatik als Auflösung der Verfassung kritisiert, Rn. 128 ff., 141 bis 143:

„d) Ebenso weittragend ist die auflösende Konsequenz für das Gefüge der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung. Es gehört zu deren Grundidee, daß das politisch organisierte Volk als solches befugt ist, zur Wahrnehmung der anfallenden öffentlichen Aufgaben zu handeln. Die Verfassung bestimmt hierzu die Organe und regelt deren Konstituierung, teilt ihnen Aufgaben und Funktionen zu, schreibt das Verfahren vor und legt insbesondere Richtpunkte und Grenzen für das staatliche Handeln gegenüber dem Einzelnen fest, letzteres vor allem in den Grundrechten als Freiheitsrechten. Soweit die Verfassung solche Grenzen zieht, sind diese für das staatliche Handeln verbindlich und werden nicht durch die staatlichen Aufgaben als "Verfassungswerte" wieder in eine Schwebelage gebracht. Der Verfassungsgesetzgeber selbst entscheidet durch seine normativen Festlegungen allfällige Interessenkonflikte und Spannungslagen; Art, Umfang und Intensität der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben haben sich danach zu richten

Dieses klare normative Gefüge der Verfassung wird durch den seit BVerfGE 28, 243 verfolgten Ansatz aufgelöst. Die vom Verfassungsgesetzgeber normierten Beschränkungen und Grenzen staatlicher Tätigkeit, wie sie gerade in den Grundrechten als Freiheitsrechten zum Ausdruck kommen, begrenzen nicht mehr als solche, nach Maßgabe ihres Schutzbereichs und Gewährleistungsinhalts, die Tätigkeit der hoheitlich handelnden Staatsgewalt; sie relativieren sich vielmehr zu Positionen und Gesichtspunkten eines Prozesses der Abwägung, dessen Kriterien nicht mehr in der Verfassung selbst enthalten sind. Werden als Gegenposition der Abwägung dabei Kompetenzbestimmungen oder Organisationsregelungen herangezogen, die materiell überhöht werden, kann nahezu jede Grundrechtsbeschränkung im Wege der Verfassungsinterpretation legitimiert werden.

e) Diese Relativierung der Grundrechtsgeltung spitzt sich besonders zu, wenn als das Grundrecht beschränkender Verfassungswert gerade diejenige staatliche Aufgabe oder Funktion herangezogen wird, gegen die sich das Grundrecht in seiner staatliches Handeln begrenzenden Freiheitsverbürgung richtet. So ist es hier. Art. 4 Abs. 3 GG entfaltet seine normative Begrenzungswirkung gerade gegenüber der staatlichen Aufgabe der Herstellung einer funktionsfähigen Landesverteidigung. Wird nun dieses "Gegeninteresse" seinerseits als gleichrangige Gegenposition oder Begrenzung des Grundrechts eingeführt, verliert das Grundrecht entgegen seinem normativen Gehalt den Charakter einer verfassungsrechtlich eindeutigen Entscheidung; es wird zum bloßen Abwägungsgesichtspunkt. Es kommt hinzu, daß beide Positionen, die des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung und die der funktionsfähigen militärischen Landesverteidigung, Positionen eines Grenz- und Ernstfalles sind. Erfolgt hier die Abwägung des Spannungsverhältnisses nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, liegt es nahe, daß die Verteidigungsfähigkeit der Bundesrepublik das sich behauptende, die Kriegsdienstverweigerung das zurückweichende Element wird. Der Senat selbst lehnt eine solche Konsequenz ab und hält richtigerweise an der Uneinschränkbarkeit des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 3 GG auch im Fall der äußeren Existenzbedrohung des Staates fest. Aber der von ihm vertretene verfassungstheoretisch dogmatische Ansatz, der letztlich die Verfassungsbestimmungen zum Abwägungsmaterial richterlicher Entscheidungsfindung herabstufte, treibt, logisch fortentwickelt, zu dieser Konsequenz hin. Es gibt dann keinen verfassungsrechtlichen Halt gegen einen alle Grundrechte den Erfordernissen der Landesverteidigung unterwerfenden Schrankenvorbehalt.“

Die Abwägungs- und Ausgleichsdogmatik vermag zu Entscheidungen zu führen, nicht aber zur Rechtsklärung. Diese Dogmatik verwandelt die Rechtsätze zu einem Prinzip nicht normgeleiteter Machtausübung, das in einem demokratischen Rechtsstaat nicht tragfähig ist. Das Grundgesetz hat dem Bundesverfassungsgericht nicht die Politik überantwortet, sondern den Schutz der Verfassung, zumal der Grundrechte. Widersprüchliche Rechtsätze können nicht ein und derselben Vorschrift abgewonnen werden. Mit der Schutzpflichtdogmatik löst sich das Bundesverfassungsgericht von den Rechtsätzen des Grundgesetzes. Das Gericht hat die Aufgabe, die Sicherheitsmaßnahmen des Staates an den Grundrechten zu messen. Die fraglose Problematik des Widerstreits von Sicherheit und Freiheit ist vom Grundgesetz dahin gelöst, daß es keine grundrechtsgeschützte Freiheit gibt, die es erlaubt, die Rechte anderer zu verletzen, wie der Text des Art. 2 Abs. 1 GG erweist. Diese Rechtsätze zu geben, ist Sache des Gesetzgebers. Die Pflicht des Staates, die Sicherheit im Lande zu schützen, ergibt sich aus dem Staatsprinzip, das allem voran gebietet das Recht zu verwirklichen. Wenn die Gesetze dem nicht genügen, steht die abstrakte Normenkontrolle des Art. 100 GG bereit.

b) Werteordnung statt Verfassungsordnung

Zudem mißt das Bundesverfassungsgericht gewissen „Verfassungsgütern“, insbesondere dem Leben und der Gesundheit, einen „gewichtigen Verfassungsrang“ zu (etwa Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 232, zum einrichtungs-/unternehmensbezogene Impfnachweispflicht, auch Pressemitteilung vom 18. Mai 2022, II 2; siehe zu A II 1 d). Als „vitale Basis der Menschenwürde“ ist das Leben „Höchstwert“ „innerhalb der Werteordnung des Grundgesetzes“ (BVerfGE 39, 1 f., Rdn. 122 ff.). Dem wird niemand zu widersprechen wagen, wenn auch das Grundgesetz viele weitere Höchstwerte schützen dürfte, wie allein schon Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 GG und Art. 20 GG erweist. In diesen Vorschriften wird das Leben übrigens nicht erwähnt und Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG stellt das Recht auf Leben gar unter Gesetzesvorbehalt.

Der „Verfassungsrang“ von Leben und Gesundheit scheint doch ein nicht recht belegbarer Topos des Gerichts zu sein. Es ist ohnehin fragwürdig ist, das Verfassungsgesetz als eine „Wertordnung“ zu begreifen. Werte, Moralen, sind pluralistisch, volatil, subjektiv, vage, verschieden in Völkern und Gesellschaften. Sie sind im Rechtsstaat nicht geeignet, Rechtserkenntnissen eine Grundlage oder auch nur Rechtfertigung zugeben. Carl Schmitt hat vor der „Tyrannei der Werte“ gewarnt (Die Tyrannei der Werte, in: ders. / Eberhard Jüngel / Sepp Schelz, Die Tyrannei der Werte, 1979, S. 11 ff.). Der moralistische Druck hat in Deutschland bedenklich zugenommen. Jedenfalls haben Werte keine textliche Grundlage im Grundgesetz. Eine solche hat erst Art. 3 EUV geschaffen, der zwar die „Wahrung der Menschenrechte“ als einen der Werte nennt, auf denen sich die Union gründet“, aber mit dem Begriff der „Werte“ den Menschenrechten keine Verbindlichkeit zu verschaffen vermag., wie die Präambel der Erklärung und insbesondere Art. 6 IPBPR deutlich machen. Keinesfalls schafft Art. 3 EUV einen rechtlich verbindlichen Tatbestand für die Rechtsprechung eines Staates. Art. 2 Abs. 2 lit c der EMRK relativiert des Recht auf Leben sogar, um „einen Aufruhr oder Aufstand niederzuschlagen“, ganz davon abgesehen, daß die Europäischen Menschenrechte und Grundfreiheiten in Deutschland nur verbindlich sind, soweit die Grundrechte das zulassen (BVerfG NJW 2004, 3407 (3409 f.), folglich nicht entgegen Art 2 Abs. 2 S. 3 GG. Einen größeren Schutz des Rechts auf Leben oder höheren Rang begründet auch

die Grundrechtscharta der Europäischen Union nicht, die das Recht auf Leben in Art. 2 Abs. 1 schützt (Art. 51 f. der Charta).

BVerfGE 39, 1 ff., Rn. 124:

„Die Schutzverpflichtung des Staates muß umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist. Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“

Das Grundgesetz ist eine Verfassungsordnung, keine Werteordnung. Der vermeintliche Rang von Verfassungsgütern, den das Bundesverfassungsgericht mittels unterschiedlicher Adjektive deutlich macht, bestimmt die Abwägung und damit das Ergebnis eines Erkenntnisses des Rechts. Dem Budgetrecht des Parlaments etwa gibt das Gericht im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen wegen dessen „überragender verfassungsrechtlicher Stellung“ den Vorrang (BVerfGE 45, 1 (32)). Der Deutsche Bundestag habe bei der Feststellung des Haushaltsplanes eine „herausgehobene verfassungsrechtliche Stellung“ (BVerfGE 130, 318 (342)). Was mag der Unterschied zwischen einer „überragenden“ und einer „herausgehobenen“ verfassungsrechtlichen Stellung sein, wenn es um dasselbe Staatsorgan in demselben Sachzusammenhang geht? Auch diese Dogmatik wirkt wie Verfassungsgebung, Selbstermächtigung zur Politik, zudem ohne jeden textlichen Ansatzpunkt. Wo steht etwas über den Rang der Verfassungsgüter? Es gibt auch andere ‚Werte‘, die den Rang als ‚Höchstwerte‘ in Anspruch nehmen können, etwa der Frieden unter den Völkern, die Freiheit des Menschen, die Souveränität des Staates, das Selbstbestimmungsrecht des Volkes. Die Zuordnung eines Verfassungsguts, wie das Leben (BVerfGE 39, 1 f., Rdn. 122 ff.), gibt diesem Verfassungsgut den Status, zumindest den der Nähe zur Unantastbarkeit. Die Nähe zu bestimmen, ist wiederum offen und läßt Spielraum für Einschränkungen des Rechts. Für alle diese ‚Höchstwerte‘ werden, wenn sie geschützt werden sollen, gegebenenfalls auch Menschen getötet.

Die ‚Dogmatik‘ des ‚Höchstwertes‘ ist Rhetorik, mit der ohne hinreichende Begrifflichkeit Entscheidungen Plausibilität verschafft werden soll, Was besagt eigentlich „ernster nehmen“ (BVerfGE 39, 1 ff., Rn. 124) als Methode der Rechtsfindung? Der rechtsstaatlichen Bestimmtheit entbehrt sowohl die Rangmetapher wie die Pflicht, etwas „ernst zu nehmen“. Das Bundesverfassungsgericht gewichtet die von den Grundrechten geschützten Rechtsgüter je nach Bedarf unterschiedlich und bestimmt damit seine Abwägungen. Für solche Gewichtungen gibt der Text des Grundgesetzes keinerlei Ansatzpunkte. Alle Grundrechte haben denselben Verfassungsrang. Als Menschenrechte materialisieren alle Grundrechte die Würde des Menschen, wie Art. 1 Abs. 2 GG erweist. Sie haben somit denselben Rang. In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG), wenn es auf Grund eines Gesetzesvorbehalts eingeschränkt wird.

Zur Klarstellung: Die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte erlauben es, das Recht, welches das jeweilige Grundrecht schützt, einzuschränken, nicht das Grundrecht selbst (dazu zu V 1 d; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 386 mit Hinweisen in Fn. 1807). Die Formulierung des Art. 19 Abs. 1 GG bestätigt das. Die Einschränkung eines durch ein Grundrecht geschützten Rechts nimmt

dem Grundrecht nicht Kraft, andere das Recht einschränkende Gesetze abzuwehren. Das zeigen Art. 5 Abs.1 und 2 GG, das Grundrecht, das das Recht, seine Meinung frei zu äußern, schützt. Absatz 2: „Diese Rechte finden ihre Schranken...“. Somit schränkt das „Recht der persönlichen Ehre“ das Recht, seine Meinung frei zu äußern, ein, nicht das Grundrecht, das dieses Recht schützt. Das Recht der persönlichen Ehre kann durch Gesetze näher materialisiert werden. Alle von den Grundrechten geschützten Rechte können zudem durch Gesetz eingeschränkt werden (M. Sachs, Kommentierung des Art. 19 GG, in: ders., Grundgesetz., Art. 19, Rnrn. 16 f.), die verfassungsmäßig sind, zumal das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht mißachten.

Der Wesensgehalt eines Grundrechts wird meist als dessen Menschenwürdegehalt verstanden (BVerfGE 109, 279 ff., Rnrn. 116 ff.; grundlegend Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 1962, 3. Aufl. 1983; dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., 827 ff., 978 ff.; vgl. K. Stern, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Staatsrecht III/2, S. 873 f.; streitig). Diese Interpretation läßt Art 19 Abs. 2 GG leerlaufen; denn die Menschenwürde, material wie diese das Bundesverfassungsgericht und dem folgend die herrschende Lehre verstehen (dazu zu c), darf auch nicht angetastet werden, wenn Grundrechte durch Gesetz eingeschränkt werden. Art. 19 Abs. 2 GG kann nur betonen wollen, was nach Art. 1 Abs. 1 S. GG ohnehin gilt. Das Bundesverfassungsgericht praktiziert zudem wie auch das Bundesverwaltungsgericht das Verhältnismäßigkeitsprinzip als den Wesensgehalt der Grundrechte (BVerwGE 84, 375 (381); BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373); G. Dürig, Der Grundsatz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 146 ff; grundlegend P. Häberle, die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962, 3. Aufl. 1983; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., 830 mit weiteren Hinweisen, S. 978 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 344). Die Grundrechte büßen damit an materieller Orientierungskraft ein. Die materialen Zwecke bestimmen die Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne von Grundrechtseingriffen des Staates, das rechte Maß also. Damit ist die Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte auch nichts anderes als die Ermächtigung des Bundesverfassungsgerichts zur Politik, freilich zu einer auch den Gesetzgeber bindenden Politik.

4. Verhältnismäßigkeitsprinzip

a) Lagegemäße praktische Vernunft

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist im Rechtsstaat Deutschlands um der Gerechtigkeit und der Freiheit willen als das aristotelische Prinzip des rechten Maßes (Nikomachische Ethik, übersetzt und herausgegeben von O. Gigon, 6. Aufl. 1986. 2. Buch, 1106, 24 ff., S. 89 ff.; grundlegend Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, 1961; dazu auch K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 436 ff.), verfassungsgeboden (BVerfGE 7, 377 (405 f.); 19, 342 (348 f.); 81, 310 (338); 154, 17 ff., Rnrn. 125 ff.; dazu auch BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, 215 ff., 289 ff.; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 202 ff.; st. Rspr.; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 436 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff.). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein Baustein des Rechtsstaates. Aber der Staat muß der Lage gerecht werden, um das Gemeinwohl zu schützen.

Als das Prinzip des rechten Maßes geeigneter und notwendiger Maßnahmen, um einen „legitimen“ („legitimen Gesetzeszweck“.. „Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Menschen, die von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützt werden, sowie die (dafür erforderliche) Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“, BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Bundesnotbremse, Rnrn. 167, 168 ff.; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 153 ff.) Zweck (für die Corona-Maßnahmen C V 3, VIII, 6 h, Impfpflicht) zu erreichen, ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip altehrwürdig, uralte Sittlichkeit der Menschen in Europa (zu diesem Prinzip im Recht der Europäischen Union Angelika Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, 2000). Praktische Vernunft ist die Sittlichkeit eines freiheitlichen Gemeinwesens (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 83 ff.). Praktische Vernunft verlangt von den Amtswaltern des Staates Erkenntnisakte, nämlich das Erkennen des allgemeinen Willens des Volkes in der jeweiligen Lage. Das ist ein Erkenntnisakt ohne Subsumtion (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 344 ff., 346 f.).

Die Wirksamkeit der Schutzmaßnahmen und deren Verhältnismäßigkeit sind als Sachgerechtigkeit unverzichtbare und verfassungsranigige Prinzipien im Rechtsstaat (BVerfGE 7, 377 (405 f.); 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); 154, 17 ff., Rn. 125 ff.; st. Rspr., zuletzt im Beschluß vom 19. November 2021 (siehe B II 1 b), Rnrn. 166 ff., 215 ff., 254 ff., 289 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff.). Es ist, wie schon gesagt, das aristotelische Prinzip des rechten Maßes, des Mittleren. Die Relevanz des Verhältnismäßigkeitsprinzips ergibt sich im Rechtsstaat nur, wenn Maßnahmen in Rede stehen, die als solche eine gesetzliche Rechtsgrundlage haben. Wenn es aber um die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsregelungen durch Maßnahmegesetze geht, deren Zwecke die Maßnahmen unangreifbar, die Notwendend, rechtfertigen, vermögen Grundrechte derartige Maßnahmen nicht ins Unrecht zu setzen; denn von den Maßnahmen hängen etwa Leben und Gesundheit, die Versorgung der Bevölkerung, die Existenz des Staates ab. Jede der notwendigen Maßnahmen hat Vorrang vor den Grundrechten, wenn sie den verhältnismäßig sind. Die Verhältnismäßigkeit aber ergibt sich aus dem Zweck. Der wird politisch gesetzt und ist kaum rechtlich überprüfbar.

Die Grundrechte sind nicht geeignet, Maßnahmen, die der Gesetzgeber für unausweichlich, notwendig im Sinne von die Notwendend, erachtet, Grenzen zu ziehen, es sei denn die Maßnahmen haben keinerlei sachliche Grundlage oder sind durch nichtgrundrechtliche Verfassungsvorschriften, wie etwa das Verbot von „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges“ aus Art. 26 Abs. 1 S. 1 GG, rechtswidrig. Um notwendige Zwecke verwirklichen zu können, haben Grundrechte Gesetzesvorbehalte. Folglich sind Grundrechte, welche Maßnahmen ausschließen, deren Wirksamkeit gegen die Not erhofft wird, in der unanwendbar. Aber Art. 19 Abs. 2 GG erklärt den der Grundrechte für unantastbar. Das Grundrecht ist, wie schon in der Klarstellung gesagt, das durch das Grundrecht geschützte Recht, nicht der dieses Recht durch ein Grundrecht schützende Verfassungstext. Ein Grundrecht darf wegen seiner Unantastbarkeit somit nicht außer Anwendung bleiben, obwohl das notwendig erscheint. Diese Lagen erfordern eine besondere Ermächtigung, die Notstandsverfassung. Die elementare Aufgabe und Pflicht des Staates, die Sicherheit des Gemeinwesens auch durch Notmaßnahmen zu gewährleisten, zieht dem Grundrechtsschutz geradezu unvermeidlich Grenzen. Dem Bundesverfas-

sungsgericht bleibt in der existentiellen Lage, dem Ausnahmezustand, nichts anderes übrig, als die Verhältnismäßigkeit der Notmaßnahmen des Gesetzgebers oder auch nur der Exekutive festzustellen, auch wenn die Verfassung keinen Notstandsvorbehalt vorsieht. Sonst könnte das Gemeinwesen in existentielle Gefahr geraten. Es wird, wenn die Verfassung keine Ermächtigung gibt, der Not zu wehren, zwangsläufig zum Verfassungsgeber in der Not. Seine ‚Verfassungsgebung‘ in der Not vermag kein Grundrecht verhindern. Der Notstandsvorbehalt ist gewissermaßen den Grundrechten immanent. Eine explizite Ermächtigung der Verfassung, die Geltung bestimmter Grundrechte im Fall der Not aussetzen zu können, wie sie Art. 48 Abs. 2 WRV gegeben hat, wird der Sache gerechter. Wenn das Verfassungsgesetz die notwendige Sonderermächtigung nicht bereitgestellt hat, meint das Bundesverfassungsgericht auch ohne Notstandsverfassung durch seine Grundrechtsdogmatik der Lage gerecht werden zu können, ohne das Problem der Ausnahmelage überhaupt anzusprechen (zu den Notstandsmaßnahmen ohne Notstandsverfassung IX 1).

b) Verhältnismäßigkeit versus Gesetzesbindung

Die Judikatur der Verhältnismäßigkeit der regelmäßig Grundrechte beeinträchtigenden Schutzmaßnahmen und des Ausgleichs und der Abwägung zwischen den gegenläufigen grundrechtlichen Abwehrrechten und den (vermeintlich) grundrechtsgebundenen Schutzpflichten, die das Bundesverfassungsgericht praktiziert, machen die Rechtmäßigkeit der staatlichen Maßnahmen von den Zwecken abhängig, die diese verfolgen. Von dem Zweck hängt die Eignung, die Notwendigkeit und das rechte Maß der Schutzmaßnahmen ab. Wenn als hohe oder höchste Zwecke des Gemeinwesens ausgezeichneten Gemeinwohlinteressen Grundrechte mittels Gesetzes einzuschränken erlauben, begründen die Grundrechte nur noch den ohnehin im Rechtsstaat gebotenen formellen Gesetzesvorbehalt und verlieren ihre Abwehrkraft durch den denselben Grundrechten abgewonnen Schutzzweck.

Der Zweck eines Gesetzes, das in das jeweils grundrechtsgeschützte Recht eingreift, muß gut begründbar und dadurch legitim sein (BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373); BVerwGE 84, 375 (381)). Die Legitimität kann sich daraus ergeben, daß ein Gesetz objektive Leitentscheidungen der Grundrechte (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.) verwirklichen soll, an denen die Gesetze, die das gemeinsame Leben ordnen, ausgerichtet sein müssen. Aber nicht jeder Zweck, den eine Politik zu verwirklichen trachtet, findet in Rechtsprinzipien eine Grundlage, die ihn „legitim“ macht. Legitimität ergibt sich nicht aus einer Einstellung, die dem Zeitgeist folgt, sondern bedarf einer normativen Rechtfertigung. Diese kann allgemein sein, wie insbesondere die Sicherheit des Gemeinwesens, aber nicht beliebig. So läßt es sich nicht jede Art staatlicher Hilfe für Fremde oder fremde Völker mit der Nächstenliebe oder sonstigen Werten rechtfertigen. Nächstenliebe ist persönliche Sittlichkeit, nicht aber Maxime staatlichen Handelns. Das ist allein das Recht. Richter sind nicht befugt, Zwecke zu bestimmen, die jedwede staatlichen Maßnahmen als verhältnismäßig und damit rechtmäßig erscheinen läßt. Zudem müssen die Gründe der Wirklichkeit entsprechen, wegen derer Handlungs- oder Unterlassungspflichten des Staates begründet werden. Das ist etwa für die menschengemachte ‚Klimakatastrophe‘, die die gegenwärtige weltweite Politik in Atem hält, keineswegs geklärt (einseitig BVerfGE 157, 30 ff., Klimabeschluß vom 24. März 2021, BvR 2656/18; dazu 5).

Den Begriffen Verhältnismäßigkeit, Ausgleich, Abwägung, aber auch Willkür, fehlt die Bestimmtheit, um sie *lege artis* zu judizieren. Sie ermächtigen das Verfassungsgericht zum letzten Wort in der Politik, nicht nur im Recht. Rechtsverwirklichung ist Politik. Kant: „Politik ist ausübende Rechtslehre“ (Zum ewigen

Frieden, S. 229). Aber Politik ist im Rechtsstaat an die Gesetze gebunden. Das verlangt hinreichende Bestimmtheit der Gesetze (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 850 ff., 866 ff., 882 ff., 887 ff., 1138; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 271 ff., 283 ff.). Mittels seines letzten Wortes macht das Bundesverfassungsgericht rechtsetzende Politik, aber im Gegensatz zum Gesetzgeber verfassungsrangig. Das steht keinem Gericht zu, ist aber weitgehend unausweichlich (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 882 ff.). Das Bundesverfassungsgericht kann und muß unbestimmte Gesetze für nichtig erklären (§ 78 S. 1 BVerfGG), mehr nicht. Auch mittels verfassungskonformer Interpretationen von Gesetzen darf sich das Verfassungsgericht nicht entgegen der Gewaltenteilung zum Gesetzgeber aufschwingen (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff., 898 ff., 904 ff.; kritisch auch Karl August Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, 1986; dazu zu A II). Der praktizierten Rechtsprechung ermangelt die im Rechtsstaat essentielle Bindung an Gesetze (Art. 97 Abs. 1 GG) trotz aller Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung mehr und mehr. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als das Sachlichkeitsprinzip ist für die sachgerechte Anwendung der Gesetze unverzichtbar, kann aber nicht zu einem alle Texte der Verfassung übergeordneten Rechtsprinzip gemacht werden. Das hebt die Verfassung und mit diesem auch das demokratische Prinzip und das Rechtsstaatsprinzip auf. Damit usurpiert das Bundesverfassungsgericht die verfassungsgebende Gewalt und entmachtet den Verfassungsgeber. Die Verfassungsgebung der Republik ist ausschließlich der Bürgerschaft in ihrer Gesamtheit vorbehalten. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.

Die Schutzwirkung der Grundrechte auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von staatlichen Maßnahmen zu verengen, hat wegen der auch für das Bundesverfassungsgericht fast durchgehend maßgeblichen politischen Zwecksetzungen des Gesetzgebers zur Folge, daß die Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe regelmäßig festgestellt wird. Die Ergebnisse der Prüfungen stehen, wenn die Eingriffsbefugnis nicht offensichtlich mißbraucht wird, schon deswegen fest, weil das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber und damit der Sache nach den Regierungen des Bundes und der Länder einen so gut wie unbegrenzten Beurteilungsspielraum vor allem der Zwecksetzung, aber auch der Eignung und Notwendigkeit der Maßnahmen zur Erreichung des Zwecks einräumt (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrm. 171 ff., 191, 228 f., 231 ff.; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrm. 165 ff., 188 ff., 217, 239 ff., 254 ff.). Das rechte Maß der Maßnahmen rechtfertigt sich mit dem Zweck so gut wie von selbst, wenn die Notwendigkeit der Zweckverwirklichung geradezu dramatisch herausgestellt wird, wie vom Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 b, Rnrm. 153 ff., 165 ff., 188, 191, 202 ff.

Die vier Kriterien, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat, nämlich legitime Zwecksetzung, Eignung des Mittels, den Zweck zu erreichen, dessen Notwendigkeit dafür und das rechte Maß, vom Bundesverfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genannt, haben keine rechtsstaatsgemäße Bestimmtheit (vgl. BVerfGE 154, 17 ff., Rnrm. 125 ff.; dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 273 ff.).

Der Zweck eines Gesetzes, das in das jeweils grundrechtsgeschützte Recht eingreift, muß gut begründbar und dadurch legitim sein. Die Legitimität kann sich daraus ergeben, daß die Grundrechte auch objektive Leitentscheidungen der Verfassung sind, an denen die Gesetze, die das gemeinsame Leben ordnen, ausgerichtet sein müssen. Daraus folgt zwar das Recht auf Recht nach Maßgabe der Menschenrechte, die in

den Grundrechten formuliert sind (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 76, 136, 150, 174 f., 260; i.d.S. BVerfGE 7, 198 (206 f.); st. Rspr., insb. BVerfGE 97, 298 (313); anders aber BVerfGE 97, 350 (370 ff.), Euro-Beschluß), aber nicht schon eine in den verschiedenen Grundrechten bestimmte Schutzpflicht. Dieses Recht auf Recht ist kein subjektives Grundrecht, jedenfalls als solches nicht praktiziert und nicht anerkannt. Aber die Sicherheit im Staat und des Staates ist der elementare Zweck des Staates und gehört damit zur Bürgerlichkeit des Bürgers. Seine Sicherheit kann der Bürger vor Gerichten geltend machen, zumal vor dem Bundesverfassungsgericht. Sie gehört zur Freiheit des Bürgers, die Art. 2 G, aber auch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG schützt. Das ist ein Menschenrecht (Art. 3 AEMR; Art. 9 Abs. 1 S. 1 IPBPR).

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat im Beschluß vom 8. Juni 2016.-1 BvR 3634/13- zu Rn. 16 ihre Kriterien rechtmäßiger Verhältnismäßigkeit formuliert:

„Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reicht er vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse (vgl. BVerfGE 132, 179 <188 Rn. 30>; 133, 377 <407 Rn. 73 f.>; stRspr). Die Anforderungen verschärfen sich desto mehr, je weniger die Merkmale für Einzelne verfügbar sind oder je mehr sie sich den in Art. 3 Abs. 3 GG benannten Merkmalen annähern (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 132, 179 <189 Rn. 31>; 133, 377 <408 Rn. 77>). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfGE 130, 240 <254>; stRspr)“.

Diese Kriterien ermöglichen jedwede Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Nach welchen Kriterien bestimmt sich der „jeweils betroffene Sach- und Regelungsbereich“, in dem „bloße Willkür“ verboten oder in dem „strenge Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse“ geboten ist? Welche „Merkmale“ sind für „Einzelne verfügbar“ oder „näher“ sich mehr oder weniger „den in Art. 3 Abs. 3 GG benannten Merkmalen an“? Warum sollen „betroffene Freiheitsrechte“ „eine strengere Bindung des Gesetzgebers ergeben? Diese vermeintlichen Maßstäbe sind gänzlich unbestimmt. Sie sind rechtlicher Subsumtion nicht fähig. sie ermächtigen die Verfassungsrichter zu Entscheidungen, die keine Erkenntnisse sind, sondern Bekenntnisse zu dieser oder jener Politik. Die Kammer hat ihr Dilemma, die gänzliche Unbestimmtheit der Begriffe der Verhältnismäßigkeit offenbart. Die Kriterien der Kammer sind politische Maximen der praktischen Vernunft.

Ohne verfassungstextliche Tatbestandsmerkmale kann die Rechtmäßigkeit staatlicher Maßnahmen nicht gerichtlich überprüft werden. Rechtliche und damit richterliche Erkenntnisse hängen von begrifflicher Dogmatik in der Logik von Sein und Sollen ab, insbesondere von der Möglichkeit der Subsumtionen begrifflich erfaßter Tatsachen unter die Begriffe des Gesetzes (zu dieser Methode der Rechtskenntnis Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*. Ein Lehrbuch, 1981, S. 32 ff., 36 ff., 205 f.; K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 331; ders., *Res publica res populi*, S. 863 ff., 870 ff., 887 ff.; zur werteorientierten Rechtsschöpfung der Verfassungsrichter, a. a. O., vgl. BVerfGE 34, 269 (287), zum verfassungsrichterlichen Richterrecht, S. 819 ff., insb. S. 863 ff.; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 273 ff., insb. S. 283 ff.)). Subsumtive Erkenntnisse sind die eigentliche Aufgabe von Richtern, auch von

Verfassungsrichtern, nicht die Bekundung des Einverständnisses mit der Politik der Regierung und damit der Gesetzgeber, die meist so ausfällt, wie es die Parteizugehörigkeit der Richter gebietet. Die Verfassungsrichter des Parteienstaates stützen die Politik ihrer Parteien, meist wegen der Koalitionen der Parteien, denen die Richter angehören, es sei denn, daß die Maßnahmen der Regierung und/oder des Gesetzgebers augenscheinliche Willkür sind. Das ermöglicht einstimmige Judikate. Die Verfassungsgerichte räumen den Staatsorganen weite Prognose-, Einschätzungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielräumen zu legiferieren und zu administrieren ein (BVerfGE 96, 56 (64); 121, 317 (356); 133, 59 (76, Rn. 45); 142, 313 (337 f., Rn. 69 f.); Beschluß vom 19. November 2021, Rn. 171 ff., 185 ff., 209; st. Rspr.; Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 204, 207), die sie von der Verantwortung für die Politik entlasten, durchaus verständlich, ja nicht einmal zu Unrecht, weil ohne Bestimmtheit der Rechtsätze rechtstaatliche Rechtsprechung nicht möglich ist. Das Grundgesetz bietet nun einmal nicht mehr an Bestimmtheit als sie der Text hergibt. Die Verfassungstexte eignen sich wenig für eine „Unterwerfung der Richter unter das Gesetz“ (Art. 97 Abs. 1 GG), so wie alle Verfassungen, die schließlich keine ‚Verwaltungsverordnungen‘ sind und sein sollten. Das zieht der Verfassungsrechtsprechung Grenzen. Dieses Dilemma gibt aber den Verfassungsgerichten nicht die Befugnis, die Verfassungsgebung an sich zu ziehen.

Die Entscheidungen der Amtswalter gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vermag man einzusehen, aber deren subsumible Begründungen sind ohne hinreichend bestimmte Begriffe ausgeschlossen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip eignet sich nicht, um die Staatsorgane rechtlich zu binden, wenn es auch bei jeder Maßnahme beachtet werden muß. Es ist ein Prinzip der praktischen Vernunft, das keine subsumtionsfähigen Rechtsbegriffe bereit hält. Es kommt alles darauf an, daß die Amtswalter das Vertrauen des Volkes haben. Das vermag ein Parteienstaat, der das demokratische Prinzip für sich reklamiert, nicht hinreichend zu leisten, zumal ein solcher der im Rechtsstaat unverzichtbaren Gewaltenteilung entgegensteht (Kant, Zum ewigen Frieden, S. 206 f.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 167 ff., 176 ff.). Es gibt allen sichtbaren Mißbrauch der Befugnis, praktische Vernunft namens des Volkes zu üben. Aber im Rahmen dessen, was tragfähig ist, gibt es keine ‚Logik‘ der Verhältnismäßigkeit. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt den Richter von der Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) frei (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 346 f.; ders., Res publica res populi, S. 870 ff., 901 ff.).

Darum räumt das Bundesverfassungsgericht fast in jeder Entscheidung dem Gesetzgeber und auch der Verwaltung einen „weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum“ ein, einen politische Spielraum also. Man kann das auch als Ermöglichung von Willkür kritisieren. Diesen Spielraum hat logisch auch das Gericht selbst. Es kann so oder anders entscheiden. Nur das Bestimmtheitsgebot genügt dem Rechtsstaat. Darum muß der Gesetzgeber wesentlich bemüht sein. Er darf die Politik nicht Verwaltung und Rechtsprechung überlassen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Folge der Abwägung zwischen grundrechtlich gegenläufigen Verfassungsprinzipien ist geradezu das Gegenteil von gesetzgeberischer Bestimmtheit. Mit der grundrechtsgestützten Schutzpflichtdogmatik hat das Bundesverfassungsgericht das Bestimmtheitsprinzip einer rechtsstaatlichen Grundrechtspraxis dementiert. Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Gesetzen ist keine Rechtsprechung, die von der Subsumibilität auch des Verfassungsgesetzes abhängt (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 107 ff., 344 ff.). Immerhin ist die Dogmatik der Wechselwirkung zwischen den Abwehrwirkungen eines Grundrechts und den Schranken des Grundrechts zu bedenken (BVerfGE 7, 198 (208 f.); 77, 240 (253); 67, 157 (172 f.), st.

Rspr.; vgl. H. Bethge, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57, 1998, S. 12). Die Schranken muß der Gesetzgeber materialisieren. Sie müssen verhältnismäßig sein. Das Grundrecht ist größtmöglich zu schonen. Die Wechselwirkungslehre vermag die Herleitung von Schutzpflichten aus grundrechtlichen Abwehrrechten nicht zu begründen. Die Schutzpflicht folgt, wie dargelegt, aus der Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten. Sicherheit ist die Wirklichkeit der Gesetze (K. A. Schachtschneider/ P. Wollenschläger, *Fallstudie Umweltschutz*, in: *Fallstudien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2003, S. 316 f., auch [Homepage](#), [downloads](#)). Die Schrankenschranke eines Eingriffs in ein Grundrecht (BVerfGE 80, 137 (153); 90, 145 (172) und ständig) ist dessen Verhältnismäßigkeit.

Im Laufe seiner jahrzehntelangen Judikatur hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtssätze des Grundgesetzes, wie schon mehrfach herausgestellt, weitestgehend in die Prinzipien des Ausgleichs, der Abwägung und vor allem der Verhältnismäßigkeit aufgelöst und in jüngerer Zeit ein Prinzip des dynamischer Grundrechtsschutzes eingeführt, dessentwegen sogar das Gesetzeserfordernis zurücktreten könne (BVerfG, *Beschluß vom 27. April 2022* (siehe A II 1 d), Rn. 127; vgl. auch BVerfGE 49, 89 (137); 157, 30 (174 Rn. 262)). Das sind alles Maximen, die das Miteinander der Menschen erträglich zu machen geeignet sind, aber als Verfassungsprinzipien sind sie, weil sie Ermächtigungen zu materieller Rechtsetzung sind, ohne demokratische und rechtsstaatliche Substanz, „Abwägungsmaterial richterlicher Entscheidungsfindung“, wie Ernst-Wolfgang Böckenförde im oben wiedergegebenen Minderheitenvotum treffend gesagt hat (BVerfGE 69, 1 ff., Rn. 143). Mittels dieser allseits maßgeblichen Prinzipien hat das Bundesverfassungsgericht sich von einem aufklärerischen Gericht zu einem Areopag athenischer Frühzeit gewandelt, der aristokratisch, aber nicht demokratisch war.

Die durchaus angebotene Bestimmtheit der Verfassung hat das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz weitgehend genommen. Es hat sich nicht zu einer grundgesetzgemäßen Dogmatik durchgerungen. Vor allem die geradezu prätorische Materialisierung des Menschenwürdeprinzips löst die einem Rechtsstaat gemäße Dogmatik weitgehend auf (K. A. Schachtschneider, *Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes*, [Homepage](#), [Aktuelles](#)). Wenn dem Zweck eines Gesetzes, falls der überhaupt erkennbar ist, ein besonderes Gewicht beigemessen wird, ergibt sich die Geeignetheit der Mittel, deren Notwendigkeit und das rechte Maß der Maßnahmen fast von selbst. Dem Rechtsstaat ist der Begriff des „Gewichts“ eines Zwecks und ähnlicher Begriffe fremd. Die Substanz des Verhältnismäßigkeitsprinzips wie auch des Abwägungsprinzips ist: Das Gericht akzeptiert das Gesetz oder den Verwaltungsakt oder akzeptiert sie nicht. Ein Gericht kann für seine Entscheidungen zur Verhältnismäßigkeit oder zur sachgerechten Abwägung plädieren und auch überzeugen, stringent begründen kann es sie nicht. Das Volk nimmt den Richterspruch an oder nimmt ihn nicht an. Substanz hat nur das Vertrauen in die Richter (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 952; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 345). Deren Stabilität ist immer gefährdet. Sie läßt zunehmend nach.

Die Dogmatik des Abwägung, des Ausgleichs und der Verhältnismäßigkeit des Bundesverfassungsgerichts läßt den Grundrechten des Grundgesetzes nicht einen Rest an Bestimmtheit, das einen Rechtsstaat auszeichnet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich in einen Widerspruch zum Verfassungsgesetz begeben. Aber das Grundgesetz sieht die Verfassungsgerichtsbarkeit auch für den Grundrechtsschutz vor, bemerkenswerter Weise erst 1969 auf Grund der Ergänzung des Art. 93 Abs. 1 GG durch die Einrichtung der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Grundrechte und der grundrechtsgleichen

Rechte durch die öffentliche Gewalt in Ziffer Nr. 4a. Vorher gab es freilich die Verfassungsbeschwerde schon aufgrund des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (§§ 90 ff. BVerfGG).

Das Bundesverfassungsgericht praktiziert auch ein kompetentielles zur Abwägung verpflichtendes Verhältnismäßigkeitsprinzip, etwa im Europarecht zur Unterscheidung von Währungs- und Wirtschaftspolitik nach Art. 127 Abs. 1 AEUV, von der die die wirtschaftliche Stabilität gefährdende Befugnis der Europäischen Zentralbank zur monetären Staatsfinanzierung der Mitgliedstaaten von politisch bestimmter Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und auch des Bundesverfassungsgerichts abhängt (BVerfGE 154, 17 ff., Rnrm. 116, 119, 123 ff., 138 ff., 165,176).

5. Klimabeschluß vom 24. März 2021

Ein Beispiel verfassungsändernder Politik des Bundesverfassungsgerichts ist der Klimabeschluß vom 24. März 2021, BvR 2656/18, in dem das Gericht erneut ein Grundrecht kreiert hat, das auf Art. 20 a GG gestützte Grundrecht auf wirksamen, langfristigen Schutz des Klimas, obwohl nicht geklärt ist, ob die CO₂-Emissionen, die von den Menschen verursacht werden, Einfluß auf die Erderwärmung haben (dazu die Kritik von F. Vahrenholt/ S. Lüning, Unanfechtbar. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz im Faktencheck, 2021). Änderungen der Erdrotationsachse beeinflussen nach den Erkenntnissen der Fachleute Warm- und Kalt- oder auch Eiszeiten und können der wahre Grund einer Klimaerwärmung sein, falls eine solche besteht. Das Gericht hat sich in diesem Beschluß nur auf eine Theorie des menschengemachten Klimawandels gestützt und abweichende Theorien nicht berücksichtigt. Das ist keine Rechtsprechung de lege artis (dazu näher zu III 7).

III Schutz durch den Staat

Der Staat hat die Sicherheit seiner Bürger und der anderen Menschen im Lande im Innern und nach außen durch Gesetze und deren Vollzug, bzw. völkerrechtlich, durch Gesetzlichkeit und Rechtlichkeit also, zu gewährleisten. Die Republik ist die Staatsform der allgemeinen Freiheit. Demgemäß muß der Staatszweck Sicherheit verwirklicht und dessen Recht gestaltet und dogmatisiert werden.

1. Staatszweck Sicherheit

Der vorrangige Zweck des Staates ist es, die Sicherheit der Menschen des Landes zu gewährleisten. Er muß die Sicherheit nach außen, Grenzen, Streitmacht, Bündnisse usw., und im Innern, Gesetze, Polizei, Versorgung, Gesundheit usw., mittels auf Dauer angelegten Vorkehrungen verwirklichen (dazu Heinz-Christoph Link und Georg Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48, 1989, S. 7 ff., 27 ff. bzw. S. 56 ff., 83 ff.).

Die Pflicht des Staates, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, also Polizeigefahren, abzuwehren, folgt aus dem elementaren Staatszweck Sicherheit. Der Begriff der Polizeigefahr erfaßt rechtsstaatlich den Tatbestand, der den Staat verpflichtet, wahrscheinlichen Schaden an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Diese Pflicht ist dem Staat immanent. Sie ist die Kehrseite des sogenannten Gewaltmonopols des Staates (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 118 ff.). Subjectio trahit protektionem (Hobbes, Leviathan, 1651, II, 21 (ed. Mayer/Dieselhorst, 1970/80, S. 197; K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 55 f.). Schutzpflicht des Staates und Gehorsam der Untertanen, jetzt der Bürger, sind „unauflöslich verschränkt“ (H.- Chr. Link, a. a. O., S. 27 ff.; auch G. Ress, a. a. O., S. 83 ff.), spätestens seit Thomas Hobbes Leviathan. Die

Schutzpflicht folgt nicht aus Grundrechten. Diese haben vielmehr den Zweck, den Sicherheitsmaßnahmen des Staates, also dem „Gehorsam“, im Interesse der Eigenständigkeit der Lebensgestaltung der Menschen Grenzen zu ziehen (H.- Chr. Link, a. a. O., S. 28; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 118 f.). Das je besondere Leben eines Menschen ist die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit in den Grenzen der Gesetze und des Sittengesetzes (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik. S. 455 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 128). Die Mittel, die Sicherheit zu erreichen, müssen geeignet und notwendig sein und dürfen das rechte Maß nicht verfehlen ((H.- Chr. Link, a. a. O., S. 28, Übermaßverbot; zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zu II 4 und zu C/D V 4 und zu B V 4/C IV oder III 4; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff.). Die Gesetze der Sicherheit müssen die Grundrechte beachten.

Die Ausnahmelage wird zu IV. Notstandsordnung, erörtert.

2. Verfassungssätze zur Schutzpflicht

Art. 1 Abs. 1 GG gibt das Paradigma einer grundgesetzlichen Schutzpflicht. „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 GG). Schutzpflichten begründen auch Art. 6 Abs. 1 GG für Ehe- und Familie. Sie „stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“. Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat „jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.“ Art. 6 Abs. 5 GG: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern“, Mit Art 20 a GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber eine Pflicht zum Umweltschutz hinzugefügt: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftige Generationen die natürlichen Lebengrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“. Die im Grundgesetz eigens genannten Schutzpflichten lassen sich als *leges speciales* nicht verallgemeinern. Das widerspräche der klassischen rechtstaatlichen Erkenntnismethode gesetzessystematischer Interpretation, die auch das Bundesverfassungsgericht zu praktizieren pflegt (BVerfGE 11, 126 (130 f.); 21, 209 (215); 35, 348 (350), st. Rspr.; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 886 f. 921 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 287 ff.).

3) Judikatur zur grundrechtlichen Schutzpflicht

Entgegen der klassischen Auslegungsweise praktiziert das Bundesverfassungsgericht eine weite grundrechtsgeleitete Schutzpflicht des Staates. Das Gericht leitet aus den Grundrechten die Pflicht des Staates her, dafür Sorge zu tragen, daß die Schutzgüter der Grundrechte durch Dritte nicht verletzt werden (B. Weber-Dürler, *Der Grundrechtseingriff*, VVDStRL 57, 1998, S. 57 ff., 80 f.). Staatliche Schutzpflichten sind ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 39, 1 (S. 42; Schwangerschaftsabbruch I); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 56, 54 (73); 88, 203 (S. 251 ff.; Schwangerschaftsabbruch II); 90, 145 (195); 115, 118 ff., Rn. 120; BVerfG Beschluß vom 19. November 2021, Bundesnotbremse, Rnrn. 168 ff. ins., S. 167 (Leben, körperlichen Unversehrtheit, Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens), siehe B II 1b; zuletzt BVerfG Beschluß vom 27. April 2022 (siehe B II 1 d), Rnrn. 155, 203 f., 217 ff., u. ö.; zur Grundrechtsdogmatik der Schutzpflicht J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche*

Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1980, § 111, Rdn. 80 ff, 93 (kritisch) ; Dietrich Murswiek/Stephan Rixen, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2, Rnrn. 188 ff.; Simone Kuhlmann, Das neue Infektionsschutzgesetz, Juris 2021, 288 ff., 288; zur allgemeinen Schutzpflichtlehre K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 83 ff., mit Hinweisen; ders./Peter Wolenschläger, Fallstudie Umweltschutz, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 304 ff., auch, Homepage, downloads). Vor allem die Pflicht, das Recht auf Leben und die körperliche Unversehrtheit zu schützen, die das Gericht auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stützt, ist für die Rechtfertigung der Schutzmaßnahmen, die der Staat der Bevölkerung auferlegt, bedeutsam.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedermann subjektive Verfassungsrechte gegen den Staat zugesprochen, seine von den Grundrechten geschützten Güter gegen Dritte zu schützen. Diesen Schutzrechten stehen die Grundrechte derer gegenüber, die sich in den von ihren Grundrechten geschützten Rechten durch den Staat oder in unmittelbarer oder mittelbarer Drittwirkung (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 860 ff. mit Fn. 223; kritisch Jürgen Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 10 ff., 63 ff., 88 ff., u. ö.) auch durch Private beeinträchtigt sehen (dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff.). Deren Grundrechtsschutz, vornehmlich der der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG, wird durch die Schutzmaßnahmen des Staates verkürzt. Den Abwehrrechten gegen Eingriffe des Staates in die Rechte, die die Grundrechte schützen, stehen Schutzpflichten aus den Grundrechten gegenüber, die der Staat durch seine Gesetze und seine Verwaltungsmaßnahmen zu verwirklichen hat.

Es gibt das Recht auf Recht nach Maßgabe der Menschenrechte, die in den Grundrechten formuliert sind (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 76, 136, 150, 174 f., 260; i.d.S. BVerfGE 7, 198 (206 f.); st. Rspr., insb. BVerfGE 97, 298 (313); anders aber BVerfGE 97, 350 (370 ff.), Euro-Beschluß), aber nicht schon eine in den verschiedenen Grundrechten bestimmte Schutzpflicht. Dieses Recht auf Recht wird nicht als subjektives Grundrecht, jedenfalls als solches nicht praktiziert und nicht anerkannt. Aber die Sicherheit im Staat und des Staates ist der elementare Zweck des Staates und gehört damit zur Bürgerlichkeit des Bürgers. „Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung“, die „verfassungsmäßige Ordnung“, die freiheitliche demokratische Grundordnung, also, zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist“ (Art. 20 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 3 GG) Als „andere Abhilfe“ ist das Bundesverfassungsgericht die Unternehmung, die verfassungsmäßige Ordnung Deutschlands zu beseitigen, zu unterbinden verpflichtet, so gut es geht. „Jeder“ im Sinne des Art. 20 Abs. 4 GG sind auch und vor allem der Staat und die Staatsdiener, etwa eine Bundeskanzlerin. Der Bürger macht, um „andere Abhilfe“ gegen den Schaden an seiner Verfassungsordnung zu bewirken, das Recht auf Recht, auf den Rechtsstaat nämlich, geltend. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch die Verfassungsbeschwerde vom 30. Januar 2016 gegen die ‚Massenzuwanderung‘ am 5. September 2015 und in der Folgezeit, die die Bundeskanzlerin und der Vizekanzler ermöglicht haben, gemäß des rechtsstaatlich mehr als bedenklichen §§ 93 b in Verb. mit 93 d Abs. 1 BVerfG ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen (Kritik des Annahmeprozesses zu 6 c, bb); Verfassungsbeschwerde bei K. A. Schachtschneider, Zuwanderung Homepage) - eine skandalöse Schutzweigerung (Werner Mäder, Grundrechte und Grundrecht, 2023, S. 55 ff., 74 ff., 95 ff., insb. S. 99 ff.). Die Regierung Merkel/Gabriel hat offensichtlich die verfassungsmäßige Ordnung verletzt. Die schweren Schäden für die Sicherheit der Menschen in Deutschland, zumal der Frauen, aber auch für die

Finanzen Deutschlands durch die außerordentlichen Kosten, welche die illegalen Zuwanderer, die nur selten Arbeitsstellen finden, wenn angesichts der hohen Sozialhilfen überhaupt suchen, werden nicht mehr in Frage gestellt. Seine Sicherheit kann der Bürger vor Gerichten geltend machen, zumal vor dem Bundesverfassungsgericht. Sie gehört zur Freiheit des Bürgers, die Art. 2 GG, aber auch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG schützen. Das Recht auf Sicherheit ist ein Menschenrecht (Art. 3 AEMR; Art. 9 Abs. 1 S. 1 IPBPR). Aber das Schutzrecht zu haben, heißt nicht, daß es auch von den Gerichten, zumal vom Bundesverfassungsgericht, zugesprochen wird (W. Mäder, a. a. O., S. 99 ff.).

4. Kritik der Schutzpflichtjudikatur

a) Schutz der Menschenwürde

Die unantastbare Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG), „zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatliche Gewalt“ (S. 2 des Art. 1 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht des Staates kann nicht deutlicher ausgesprochen werden. Das Bundesverfassungsgericht aktiviert den Menschenwürdesatz, um den Staat zu vielfältigen Handlungen oder Unterlassungen zu verpflichten. So sieht das Bundesverfassungsgericht gestützt auf „Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG“ „ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ für jeden, der den Fuß auf deutschen Boden stellt, legal oder illegal, vor allem also der Immigranten, gegen den Staat, auf Kosten der Allgemeinheit, garantiert (BVerfGE 132, 134 ff., Rnrn 62 ff., eng an BVerfGE 125, 175 ff., Rnrn. 132 ff. anknüpfend; jüngst zu § 2 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 AsylbLG bestätigt, Beschluß vom 19. Oktober 2022, Az. 1 BvL 3/21; vgl. schon BVerwGE 1, 159 (161 f., eine drei/zwei Entscheidung); weitere Judikate zum materiellen Würdeschutz K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage).

„Als Menschenrecht steht dieses Grundrecht (sc. auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums) deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu“

Dieser Entscheidung ist die massenhafte Zuwanderung in das Sozialsystem Deutschlands zu verdanken. Die herrschende Lehre folgt ohne Kritik der Materialisierung des Menschenwürdesatzes des Bundesverfassungsgerichts (exemplarisch W. Höfling, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1, Rnrn. 19 ff.). Das ist ein Mißverständnis der unantastbaren Menschenwürde. Menschenwürde ist das Recht, unter dem eigenen Gesetz zu leben, also die Freiheit (dazu zu V 1 d, 2 a und b). Die fragwürdige auf den Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG gestützte funktionale Verfassungsgebung des Bundesverfassungsgerichts kann sich dem Vorwurf der Verletzung der horizontalen Gewaltenteilung, aber auch der des demokratischen Prinzips schwerlich entziehen. Das Gericht setzt sich mangels seine ‚Erkenntnisse‘ stützender Texte des Grundgesetzes dem Vorwurf verfassungsgewebenden Selbstermächtigung aus.

b) Grundrechte als Abwehrrechte und Schutzrechte

aa) Rechtsverletzungen des Staates und von Dritten

Die einen Menschen im Lande können vom Staat beanspruchen, daß er Eingriffe in ihr Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit sowie in andere grundrechtsgeschützte Rechte unterläßt, die anderen Menschen, daß der Staat sie vor deren Verletzung durch andere schützt. Beide Rechte sollen nach der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts bestmöglich zur Wirkung kommen. Die

grundrechtsgeschützten Rechte sind vor staatlichen Regelungen, die sie beeinträchtigen, in jeweiligen Grenzen geschützt, sollen aber zugleich das Recht auf Schutz dieser Rechte durch den Staat geben. Diese Rechte sind logisch gegenläufig und müssen, wenn die Schutzpflichtdogmatik greift, gegeneinander abgewogen und ausgeglichen werden. Diese Dogmatik wird zu 2 kritisiert. Die Grundrechte schützen jeweils die gegenläufigen Rechte somit nicht in dem Umfang, den das jeweilige Grundrecht als solches hergibt. Der Schutzzumfang eines Grundrechts wird mittels des das geschützte Recht einschränkenden Gesetzes im Rahmen der Regelung dieses Gesetzes verringert, nicht etwa das Grundrecht selbst, das gegenüber anderen Gesetzen seine Schutzwirkung gemäß seiner grundgesetzlichen Materie behält (J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 73; Jörn Ipsen, Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, 473 ff.; B. Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 60, Fn. 8; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 386 mit Hinweisen in Fn. 1807) .

Gegen jeden Dritten folgt das Recht darauf, daß dieser die Gesetze einhält, die den Schutz anderer bezwecken, aus § 823 Abs. 2 BGB einer klassischen Schutzvorschrift. Das Infektionsschutzgesetz und die darauf gestützten Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen sind derartige Schutzgesetze. § 823 Abs. 2 BGB begründet bei Verschulden einen Schadenersatzanspruch, ohne Verschulden auch einen Unterlassungsanspruch (Hartwig Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, Einführung von § 823, Rn.27). Diese Ansprüche lassen sich auch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen, wenn jemand, der infiziert ist und das weiß oder fahrlässig nicht weiß, die Infektion weiterträgt, durch die ein anderer erkrankt oder stirbt.

bb) Objektive und subjektive Dimension der Grundrechte

Die allgemeinen Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen schränken jeweils unterschiedliche Grundrechte ein, vornehmlich die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person, die Bewegungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 und S. 2 GG (BVerfG Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnm 240 ff). Die Schutzverpflichtungen betreffen fast alle Menschen im Lande, die darum die durch die Grundrechte geschützten Rechte nicht so wahrnehmen können wie ohne die Schutzregelungen.

Praxis und Lehre begrenzen den Schutz der Grundrechte nicht auf "subjektive Abwehrrechte" des Einzelnen gegen Eingriffe des Staates in die grundrechtlich geschützten Rechte, auf die subjektive Dimension (BVerfGE 7, 198 (204); st. Rspr.; BVerfGE 13, 318 (325 f.); 50, 290 (337 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 96, 56 (64); 97, 350 (370 ff.); Klaus Stern/Michael Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. III/1, 1988, S. 558 ff.; vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, § 111, Rdn. 77 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 57 ff., 77 ff.). Sie handhaben die Grundrechte als eine objektive Wertordnung, als "objektiv-rechtliche Wertentscheidung der Verfassung", „an die Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung gebunden seien“, die objektive Dimension (BVerfGE 7, 198 (206 f.); 39, 1 (41); 49, 89 (141 f.); st. Rspr.; BVerfGE 97, 298 (313 ff.); 97, 350, (370 ff.); J. Isensee, a. a. O., Rdn. 80 ff. (kritisch); kritisch auch Herbert Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 15 ff.; vgl. B. Weber-Dürler, a. a. O., S. 57 ff., 60 ff., 77 ff. zum System der Grundrechtseingriffe, Teilhaberecht und Schutzpflichten („gegenüber Abwehrfunktion subsidiär“, „relativ – vage“); zu den Grundrechten als politischen Leitentscheidungen in objektiver Dimension und

dem richterlichen Schutz des Wesensgehalts K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff., 822 ff., auch S. 448 f.). Insbesondere aus der Leitentscheidung für das Leben und die körperliche Unversehrtheit als objektiver Dimension des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird jedem Menschen oder Bürger der Anspruch zugesprochen, daß die in den Grundrechten geschützten Rechte verwirklicht werden und der Staat vor der Verletzung der grundrechtlichen Rechte Schutz gibt, eine Schutzpflicht also. Das Bundesverfassungsgericht stützt die Schutzpflicht des Staates und ein subjektives Recht auf diesen Schutz unmittelbar auf die Grundrechte. Zu diesen Rechten gehört vor allem das Leben in Sicherheit (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff., 978 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 330 ff., 468 f., 515 ff.). Die anderen Grundrechte dienen ebenfalls als Rechtsgrundlage für Schutzpflichten des Staates. Die Leitentscheidungen begründen jedoch nicht die Schutzverpflichtungen des Staates (so aber BVerfGE 39, 1 (42); 88, 203 ff., Rnrn. 150, 153 f., 156), u.st.; richtig G. Ress, *Staatszwecke im Verfassungsstaat*, VVDStRL 48, 1989, S. 92), sondern sind Ausdruck derselben. Zweck des Staates ist die Sicherheit.

cc) Grundrechtlicher Wesensgehaltsschutz

Die Freiheiten, die durch die Grundrechte als Abwehrrechte gegen ein Übermaß an Staatlichkeit geschützt sind, dürfen nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG), auch nicht, wenn grundrechtsgeschützte Rechte gegen Dritte, die diese Rechte nicht respektieren, geschützt werden sollen und dafür das Abwehrrecht aus dem durch den Schutz eingeschränkten Grundrecht gemindert wird.

Es gibt keine eigenständige Dogmatik des Wesensgehalts der Grundrechte und kann keine geben. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Wesensgehalt des beeinträchtigten Grundrechts gewahrt, wenn der Eingriff in das Grundrecht verhältnismäßig ist (BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373); BVerwGE 84, 375 (381); K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 344; dazu auch Teil C V 4), wenn ein legitimer Zweck den Eingriff gebietet, notwendig macht und das rechte Maß einhält. Diese Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips sind, wie zu 4 dargelegt, Kriterien der Politik, die allenfalls im Falle der Willkür Verfassungswidrigkeit von Maßnahmen begründen. Die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Grundrechtseingriffe muß ohnehin gewahrt sein. Dafür bedarf es nicht der Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte. Die Umdeutung des Wesensgehaltsschutzes in die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs streicht Art. 19 Abs. 2 GG aus dem Grundgesetz.

Das Menschenwürdeprinzip ist für die Bestimmung des Wesensgehalts von Grundrechten entgegen der Praxis und herrschenden Lehre nicht maßstäblich (BVerfGE 109, 279 ff., Rnrn. 116 ff.; vgl. K. Stern/M. Sachs, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Staatsrecht III/2, S. 873 f.; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff., 827). Entweder hat Art. 19 Abs. 2 GG Eigenstand oder ist überflüssig, weil die Antastung der Menschenwürde ohnehin jeden Akt in Deutschland verfassungswidrig macht.

Der Wesensgehalt der Grundrechte ist nicht nur materiell offen und relativ. Er ist materiell unbestimmt. Er ist, wenn nach Art. 19 Abs. 2 GG materiell versteht, allenfalls eine Mahnung, die Grundrechte nicht auszuhöhlen. Es bleibt das Gebot praktischer Vernunft, das Willkürverbot (K. A. Schachtschneider,

Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff., 978 ff., 987 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S 329 ff.).

Der Wesensgehalt schützt jedoch prozedural die Grundrechte des Einzelnen in ihrer Subjektivität. Die Grundrechte sind nicht nur objektives Recht, sondern geben subjektive Rechte. Herbert Bethge: „Es gibt keine apersonalen Grundrechte“ (Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 16). Jeder Mensch als solcher hat die Rechte, die sein Grundrechte schützen, und die staatlichen Handlungen ihm gegenüber können sein Grundrecht antasten, ohne das andere Menschen dadurch betroffen sind. Wiltraut Rupp-von Brünneck: „Der Schutz der natürlichen Person ist die causa principalis des Grundrechtsschutzes“ (Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Horst Ehmke/Carlo Schmid/Hans Scharoun, Hrsg., Festschrift (65) für Adolf Arndt, 1969, S. 349 ff., 359: vgl. BVerfGE 21, 362 (369 f.): 59, 231 (255)). Der Verfassungsschutz der subjektiven Menschenrechte (Art. 1 Abs. 2 GG), also der subjektiven Grundrechte, ist der eigentliche Zweck des Grundrechtsschutzes. Demgemäß stellt das Bundesverfassungsgericht in jedem Verfassungsbeschwerdeverfahren fest, ob der Beschwerdeführer in seinem Grundrecht verletzt ist. Ein Beschwerdeführer hat nicht das Recht, ein Grundrecht als solches, als objektiven Rechtssatz des Verfassungsrechts zu verteidigen, sondern nur sein persönliches Grundrecht. Demgemäß ist im Verfassungsbeschwerdeverfahren Voraussetzung der Zulässigkeit der Beschwerde, daß der Beschwerdeführer „behauptet“, in der Praxis: substantiiert vorträgt, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte... verletzt zu sein (§ 90 Abs. 1 BVerfGG), nicht etwa, daß er vorträgt, daß das Grundrecht durch irgendein Handeln des Staates, wem gegenüber auch immer, mißachtet wurde. Der Beschwerdeführer hat das Recht, sein Grundrecht zu verteidigen, nicht die Verfassungsordnung als solche. Dafür kommt das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG in Betracht, das das Bundesverfassungsgericht freilich auch nicht gegen schweres Unrecht des Staates zur Geltung hat kommen lassen, auch nicht auf Grund meiner Verfassungsbeschwerde vom 30. Januar 2016 gegen die von der Bundeskanzlerin Merkel mit Zustimmung des Vizekanzlers Gabriel ermöglichte Massenzuwanderung am 5. September 2015, die Deutschland mit den folgenden Zuwanderungen, jetzt aus der Ukraine, in Not bringt (vgl. BVerfGE 89, 155 <180>; 123, 267 <333>; 132, 195 <236>, Rn. 97); BVerfG, Urteil vom 18. März 2014, Rn. 132). Folglich tastet der Eingriff in das Leben oder die körperliche Unversehrtheit durch die Impfpflicht, die die Gefahr des Todes oder der Schädigung der Gesundheit birgt, den Wesensgehalt des Grundrechts des Betroffenen an. Wenn er stirbt (oder auch schwer erkrankt), ist sein Grundrecht im Wesensgehalt verletzt. Das fünfte Gebot: „Du sollst nicht töten.“ Der Staat hat ihn getötet. Der Grundrechtsschutz des Rechts auf Leben oder die körperliche Unversehrtheit darf ihm nicht abgesprochen werden, weil andere Menschen des Schutzes ihrer Gesundheit und ihres Lebens bedürfen.

dd) Zitiergebot

Die grundrechtseinschränkenden Gesetze müssen die eingeschränkten Grundrechte nennen (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorschrift restriktiv ausgelegt, um ihre Praktikabilität zu ermöglichen (BVerfGE 28, 36 (46); kritisch M. Sachs, in: ders., Grundgesetz. Kommentar, Art. 19, Rn. 27 ff.). Wiederum ist das Gericht dem Text des Grundgesetzes nicht gefolgt. Das wäre unnötig gewesen, wenn der grundgesetzliche Freiheitsbegriff zugrunde gelegt worden wäre, weil die Gesetze die Freiheiten grundsätzlich nicht einschränken, sondern verwirklichen.

c) Sicherheit durch Gesetzlichkeit

aa) Gesetzgebungsbefugnis des Staates

Für seine Schutzpflichtdogmatik entnimmt das Bundesverfassungsgericht dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und auch den anderen Grundrechten, soweit möglich, die Verfassungsgrundlage, die den Staat verpflichten soll, eine Rechtsordnung zu schaffen, die es ermöglicht, nicht nur vom Staat, sondern auch von Dritten ungefährdet zu leben. Aber Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gibt dafür genausowenig wie die anderen Grundrechte einen textlichen Ansatzpunkt. Rechtsdogmatische Erkenntnisse, seien diese gesetzes- oder rechtssystematisch oder seien diese geschichtlich oder entstehungsgeschichtlich, stützen die grundrechtliche Schutzpflichtdogmatik nicht (i. d. S. J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, Allgemeine Grundrechtslehren, § 111, Rdn. 9 ff.; ablehnend auch H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 12, 16, 19, 50 f.). Der Staat hat die Aufgabe und den Zweck, Sicherheit für das gemeinsame Leben nach Innen und Außen zu geben (dazu zu 1 a; vgl. H. - Ch. Link und G. Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48, 1989, S. 7 ff., 27 ff. bzw. S. 56 ff., 83 ff.). Die Pflicht des Staates, das Leben, die körperliche Unversehrtheit wie auch das Eigentum und weitere Rechtsgüter zu sichern, bedarf keiner grundrechtlichen Schutzpflichtdogmatik. Der Staat muß Gesetze geben, soweit das seine Zwecke und Aufgaben verlangen. Die Polizeifunktion des Staates, seine Schutzpflicht gegenüber den Menschen, deren Sicherheit er verantwortet, verwirklicht der Gesetzesstaat. Die Gesetzlichkeit der Sicherheit ist zudem ein Gebot des Rechtsstaates (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 149 ff.). Die exekutive Polizei ist ohne gesetzliche Handlungsbefugnis nicht berechtigt, gegen Gefährdungen der Rechtsgüter einzuschreiten. Der Staat muß somit eine Gesetzesordnung bereithalten, welche die Menschen bestmöglich in dem Eigenen (Leben, Gesundheit, Eigentum usw.) schützt und fördert. Zu dieser gehört auch das Recht des Infektionsschutzes.

bb) Wesentlichkeitsprinzip

Das Bundesverfassungsgericht hat ein Wesentlichkeitsprinzip entwickelt, wonach der Gesetzgeber die wesentlichen Regelungen, die ein Grundrecht berühren, seien dies Begrenzungen oder Einschränkungen, selbst treffen muß und nicht an die Exekutive delegieren darf. Das Wesentlichkeitsprinzip praktiziert das Gericht auch unabhängig von einem Gesetzesvorbehalt (BVerfGE 84, 212 (228); 93, 352 (360); 110, 313 (376)), also bei Freiheitsbegrenzungen durch den Gesetzgeber. Das Gesetzlichkeitsprinzip gibt einen im Wesentlichen formalen Grundrechtsschutz. Grundrechte können entweder durch Gesetz oder auf Grund von Gesetzen oder auch durch Gesetz und auf Grund von Gesetzen eingeschränkt werden. Die diesbezüglichen Formulierungen in den Grundrechtstexten des Grundgesetzes sind nicht konsistent. Dazu ist schon zu Stellung genommen (zu B I 1 a, aa, bb). Zumindest schwerwiegende Grundrechtseingriffe müssen im Gesetz eine Rechtsgrundlage finden. Dafür genügen Rechtsverordnungen nicht, auch nicht, wenn im Gesetz die Grundrechte, die eingeschränkt werden, gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG aufgeführt sind. Das eben gebietet das Wesentlichkeitsprinzip

Weil die Rechtsgüter nicht nur durch den Staat selbst, sondern auch durch nichtstaatliche, private Mächte, durch einzelne Menschen und noch mehr durch Bündnisse von Menschen, welche ihre Vorteile auf Kosten anderer Menschen suchen, gefährdet sind, ist der Staat mit den Befugnissen und Möglichkeiten ausgestattet, sich gegenüber jeder Macht im Gemeinwesen durchzusetzen. Man spricht vom Gewaltmonopol des Staates (J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 142, 176; umfassend ders., Grundrechtsvoraussetzung und

Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, HStR, Bd. V, 1992, § 115, Rdn. 109 ff.; ders. Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, 1987, § 13, Rdn. 74 ff.; kritisch zum Begriff Gewaltmonopol K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 118 ff.).

Die Pflicht des Staates, die Sicherheit im Lande zu gewährleisten, damit alle Bürger ein gutes Leben in Sicherheit und Freiheit zu entfalten vermögen, begründet Notwendigkeit der Gesetze. Zugleich ist der Staat durch die Befugnis, die Gesetze zu geben und die Gesetzlichkeit zu erzwingen, aber auch durch die Möglichkeit, Zwecke entgegen Gesetz und Recht mit Gewalt durchzusetzen, die größte Gefahr für die allgemeine Freiheit, aber auch für die Sicherheit. Sicherheit ist die Wirklichkeit der rechtmäßigen Gesetzlichkeit.

Der Staat muß sich auch, wenn er die Sicherheit schafft, an die Grundrechte als Abwehrrechten halten. Das ist der Sinn und Zweck der Grundrechtsverfassung, wie es Art. 1 Abs. 3 GG explizit erklärt. Sicherheit kann auch ein autoritärer Staat geben, dem die Grundrechte und Menschenrechte fremd, jedenfalls nicht beachtenswert sind. Rechtssicherheit ist die Sicherheit des Rechts, das die Sicherheit schützt. Sie ist elementare Aufgabe des Staates (BVerfGE 2, 380 (403); 7, 89 (92); 25, 260 (290); 49, 304 (308); 82, 6 (12); auch BVerfG Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfpflicht, Rnrrn. 153, 217, 230 ff., 254 ff., 258 ff.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 21, 300, u. ö).

d) Verhältnismäßigkeit statt Grundrechtsschutz

Mittels der Schutzpflichtdogmatik erweitert das Bundesverfassungsgericht seine Befugnisse, aber auch die der Gesetzgebung und vollziehenden Gewalt. Das Grundgesetz begrenzt die staatlichen Befugnisse durch material bestimmbare und damit begrenzende Grundrechte, aber auch durch weitere keineswegs beliebige Politik erlaubende Prinzipien des Rechtsstaates (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006). Das Bundesverfassungsgericht hat das Verfassungsgesetz weitgehend in das Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgelöst (dazu zu II 2, 3 und 4) und damit die Befugnisse aller drei Staatsgewalten dahin ausgedehnt, daß diese jedwede Politik durchzusetzen vermögen, wenn diese das rechte Maß zur Verwirklichung der Zwecke, die die politischen Kräfte erreichen wollen, einhält. An dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kann jede Politik scheitern. Aber keine Politik muß an diesem Prinzip scheitern, wenn das Bundesverfassungsgericht sie nicht scheitern lassen will. Das ist, sehr kritisch formuliert, eine Frage der Parteiräson. Die verfassungsändernde Dogmatik wird im Folgenden aufgezeigt. Sie hat institutionelle Voraussetzungen, die im zu I 3 dargelegt sind. Die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips als bestimmendes Verfassungsprinzip nimmt dem Grundgesetz weitestgehend die Bestimmtheit, ohne die ein Rechtsstaat nicht möglich ist (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 73 ff.), die aber auch das demokratische Prinzip fordert. Sie ist eine Dogmatik des Machtstaates und öffnet das Gemeinwesen für jedwede Ideologie.

Ein Hindernis kann allenfalls die öffentliche Meinung sein, die aber recht stabil von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dominiert ist. Die mächtigen Rundfunkräte werden vornehmlich unmittelbar oder mittelbar von Vertretern der Parteien besetzt, die in den Parlamenten, mit wechselnden Koalitionen, die Mehrheit haben. Wer die irritierende Konformität der Sendungen vor allem im öffentlich-rechtlichen Rundfunk herbeiführt, ist undurchsichtig. Medien sind eine Großmacht der

Meinungsbildung der Wähler, die in Staaten mit ‚freien‘ Wahlen recht gut berechenbar bestimmen, welche Parteien und Kandidaten die Macht im Staate erringen. Wer die Medien im Griff hat, herrscht in ‚demokratischen‘ Staaten. Die parteipolitische Neutralität der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die “Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit“ (§ 26 Abs. 1 Medienstaatsvertrag in Kraft seit 1. Juli 2023) zu achten ist für die Demokratie essentiell (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1141 ff.). Wenn diese systematisch, ja geradezu systemisch, mißachtet wird, ist das demokratische Prinzip verletzt. Zu den Talkshows der meist gesehenen Sender etwa, die, durchaus bezweckt, maßgeblichen Einfluß auf die Wählerschaft haben, werden meist nur Repräsentanten der, wie sie sich selbst auszeichnen, ‚demokratischen Parteien‘ eingeladen, nicht die der einzig wirklich oppositionelle Partei. Freilich vermag dieses Unrecht die Opposition auch zu stärken, wenn es dem Vertrauen in die Sachlichkeit und Objektivität dieser Anstalten allzusehr schadet, wie in der ohnehin bedrückenden Gegenwart Deutschlands. Es gibt Gegenkräfte, vor allem in den sogenannten sozialen Medien, die aber zunehmend von den Staatsgewalten gegängelt werden. Oppositionsparteien, die die machthemmende Gewaltenteilung bewirken könnten, werden mittels der gesteuerten Medien geschwächt. Die Bürgerlichkeit der Bürger ist in der Realität politisch so gut wie bedeutungslos. Ohne gelebte Wahrheitlichkeit der Medien, ohne deren Sittlichkeit, gibt es keine demokratische Politik, seit es Wahlen gibt, das wesentliche Institut eines demokratischen Gemeinwesens (dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1141 ff.).

e) Politische Führung des Bundesverfassungsgerichts

Mittels der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit, der Abwägung, des Ausgleichs und auch einer Dynamik des Grundrechtsschutzes hat sich das Bundesverfassungsgericht zur politischen Führung Deutschlands ermächtigt, das die ihm ‚untergeordneten‘ Organe im Rahmen von Prognose-, Einschätzungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielräumen zu legiferieren, zu administrieren (Beschuß vom 19. November 2021 (siehe B II 1 b), Rnrn. 171 ff., 187 ff., 191, st. Rspr. Belege zu II 4 b) und auch zu judizieren erlaubt. Diese Gerichtspraxis hat sich entgegen Art. 97 Abs. 1 GG von der Unterwerfung unter das Gesetz, nämlich das Verfassungsgesetz, gelöst und damit auch die Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 2 GG entkräftet. Vor allem lassen diese Prinzipien, wie schon gesagt, das Bestimmtheitsprinzip nicht zu, ohne das ein Verfassungsgesetz mittels der Entscheidungsbefugnisse zwar Macht überträgt, aber deren Gebrauch nicht mäßigt. Folglich hängt das Recht von den Richtern mehr als unvermeidlich ab. Das Grundgesetz ist genau durchdacht, spricht eine klare Sprache und hat eine in sich schlüssige Systematik in der Tradition der freiheitlichen Verfassungen Deutschlands. Man muß das Grundgesetz nur verstehen können und verstehen wollen. Sonst gehört man nicht auf einen Richterstuhl des Verfassungsgerichts. In der Verfassungswirklichkeit gibt nicht das Volk sich die Gesetze, das noch Art. 20 Abs. 2 GG eigentlich seine Staatsgewalt unmittelbar oder mittelbar gemäß durch die voneinander unabhängigen Verfassungsorgane ausüben soll, sondern entgegen seiner richterlichen Aufgabe und Befugnis das Bundesverfassungsgericht. Die elementaren Prinzipien des Rechtsstaates leiden an der Konformität der oligarchischen Parteien, in die sich die Verfassungsrichter dank ihrer Parteizugehörigkeit einfügen. Die Konformität der oligarchischen Parteien, denen sich auch das Bundesverfassungsgericht unterworfen hat (dazu zu II 1) macht auch ihre Unabhängigkeit fragwürdig. Freilich ist ein Verfassungssystem, das allseits und dauerhaft zufriedenstellt, nicht zu finden. Es kommt auf die Menschen an, die für das Gemeinwesen Verantwortung tragen, auf deren Bildung und deren Unparteilichkeit, eine Frage des Charakters.

IV Notstandsordnung

Eine Notlage ist eine Ausnahmelage, die behoben werden muß. Das folgt aus dem Sicherheitszweck des Staates, **der zu III 1 erörtert** ist. Für die Abwehr der Not scheint jedes Mittel, das die Not nicht vergrößert, recht zu sein. Die Grundrechte vermögen Abwehr der Not nur schwer ins Unrecht zu setzen. Wenn der Not nicht gewehrt wird, verfehlt das den Zweck des Staates und verletzt die Pflicht des Staates, Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten. Der Staat hat die elementare Schutzpflicht für seine Bürger. „Not kennt kein Gebot“. „Der Zweck heiligt das Mittel“. Die alten Spruchweisheiten bestimmen menschliches Handeln und bestimmen nach wie vor die Politik (dazu auch zu 3). Das ist an sich richtig, aber nicht entgegen Recht und Verfassung.

Der allgemeine Sicherheitszweck des Staates genügt im Rechtsstaat nicht als Rechtsgrundlage für Notstandsmaßnahmen. Diese erfordern eine Notstandsverfassung.

1. Deutsches Reich von 1919 bis 1933

Die Weimarer Reichsverfassung von 11. August 1919 kannte in Art 48 Abs. 2 bis 5 eine ähnliche Notstandsverfassung wie das alte Rom. In der Römischen Republik wurde im Falle der äußeren oder inneren Gefahr für die res publica romana auf Ersuchen des Senats einer der Konsuln für ein halbes Jahr zum Diktator bestellt, um mit einem starken Imperium die Notlage zu beheben (Carl Schmitt, Die Diktatur, 2. Aufl. 1928, 3. Aufl. 1963 (Nachdruck), S. 1 ff.).

Hinweis: Ich benutze das Wort „Diktatur“ in Sinne der Verfassung der antiken Römischen Republik. Diese Diktatur war eine Institution der res publica für den Notstand. Der heutige Gebrauch des Wortes Diktatur meint regelmäßig auf Dauer angelegte Autokratien oder auch Herrschaftssysteme ohne hinreichende Rechtsstaatlichkeit, aber auch Regime wie die sozialistische/kommunistische „Diktatur des Proletariats“ (Marx/Engels und andere). Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der DDR vom 9. April 1968:

Artikel 1 „Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen.“

Das sind regelmäßig Tyrannen oder Despoten.

Die Befugnis, die Sicherheit und Ordnung wiederherzustellen, „wenn...die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird“, hatte der Reichspräsident. Er traf in der Zeit von 1928 bis 1933 im Notstands- oder Ausnahmezustand des Deutschen Reiches „die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen“. Die Verfassungsgrundlage in Art. 48 Abs. 2 WRV war typisch für Notstände:

„Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen.

Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstages außer Kraft zu setzen.

Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz“

Die Grundrechte, die der Reichspräsident gemäß Art. 48 Abs. 1 S. 2 WRV ganz oder zum Teil außer Kraft setzen durfte, waren, soweit hier relevant, die Freiheit der Person (Art. 114 WRV), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 115 WRV) und die Versammlungsfreiheit (Art. 123 WRV). Andere als die in Art. 48 Abs. 2 S. 2 WRV genannten Grundrechte dürften wegen der abschließenden Enumeration nach Ansicht von Gerhard Anschütz, dem einflußreichsten Kommentator der Weimarer Reichsverfassung, nicht außer Kraft gesetzt werden (Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1965, Art. 48 zu 15). Carl Schmitt und Erwin Jacobi haben das kritisiert, weil diese Beschränkung wirksame Maßnahmen zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Satzes 1 des Art. 48 Abs. 2 WRV, nämlich der Verfassung des Reiches im Unterschied zu anderen Verfassungsgesetzen, verhindern würde (Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL 1, 1924, S. 102 f. bzw. 135 f.). Als Maßnahme des Reichspräsidenten durfte sogar die bewaffnete Macht einschreiten. Das hat die Rücksichtnahme auf bestimmte Grundrechte praktisch ausgeschlossen.

Die Verfassung für den Ausnahmezustand (Carl Schmitt, Die Diktatur, 3. Aufl. 1963, S. 213 ff., Anhang der 2. Aufl. 1927/8, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung), wurde und wird ganz im Sinne des Diktaturbegriffs der Res publica romana Diktaturverfassung genannt. Gerhard Anschütz hat von der „Diktaturgewalt des Reichspräsidenten“ gesprochen (Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art 48 II, S. 275 ff.).

Art. 48 Abs. 2 WRV hat das Scheitern der Weimarer Republik nicht verhindern können. Viele Umstände waren mit friedlichen Maßnahmen nicht zu überwinden: die Millionen Toten und Verletzten durch den Ersten Weltkrieg, bittere Not, Hunger und Krankheiten, in den Nachkriegsjahren, der die wirtschaftliche Gesundung verhindernde Versailler Vertrag, Sabotage und Streiks, die weltweite Wirtschafts- und Finanzkrise, die unbezahlbaren Kriegsschulden, die Hyperinflation 1923, die zerrissene Nachkriegsgesellschaft mit den verfeindeten politischen Kräften, die Gefahr des Bolschewismus und der dadurch ermöglichte Aufstieg des Nationalsozialismus. Die „Diktatur des Reichspräsidenten“ hat schließlich 1933 die Machtergreifung des „Führers“ Adolf Hitler ermöglicht. Der Reichspräsident Paul von Hindenburg hat Hitler zum Reichskanzler ernannt. Hitler hat entgegen der Weimarer Reichsverfassung auch das Amt des Reichspräsidenten an sich gezogen. Bereits am 1. August 1934, einen Tag vor dem Tod des Reichspräsidenten Paul von Hindenburg am 2. August, erging das Gesetz über die Vereinigung der Ämter des Reichskanzlers und des Reichspräsidenten, das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs trat. Das Gesetz trat mit dem Tod Hindenburgs in Kraft. Das Volk hat in einer Volksabstimmung am 19. August 1934 mit großer Mehrheit, aber auch einer beachtlichen Zahl von Gegenstimmen folgendem Gesetz zugestimmt: „Das Amt des Reichspräsidenten wird mit dem des Reichskanzlers vereinigt. Infolgedessen gehen die bisherigen Befugnisse des Reichspräsidenten auf

den Führer und Reichskanzler Adolf Hitler über“. Die Ernennung durch den Reichspräsidenten, Beschlüsse des Reichstages und Wahlen und Abstimmungen des Deutschen Volkes haben die Machtergreifung Adolf Hitlers gestützt. Das hat zur Tyrannei des Nationalsozialismus geführt, dem größten Verhängnis für Deutschland und Europa seit dem Dreißigjährigen Krieg.

Die ‚Ordnung‘ des ‚Dritten Reiches‘, vor allem das ‚Ermächtigungsgesetz‘, das ‚Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich‘ vom 24. März 1933 (RGBl. I S. 141) beziehe ich in die Erörterungen nicht ein. Die ‚Verfassungswirklichkeit‘ war eine rechtlose Tyrannei.

2. Verfassungsregelungen des inneren Notstandes

Die Bundesrepublik Deutschland hat keine vollständige Notstandsverfassung, sondern einige unzusammenhängende Verfassungsbestimmungen für den inneren und äußeren Notstand. Hinzukommen Regelungen der Finanzverfassung und zur Bekämpfung von Seuchengefahren. Die Weimarer Republik hatte in Art. 48 Abs. 2 WRV den Reichspräsidenten ermächtigt, „die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendigen Maßnahmen“ zu treffen, wenn...“die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet“ wurde. Eine derartig allgemeine Verfassung für den inneren Notstand, die auch eine Pandemie als Notstand umfaßt, enthält das Grundgesetz nicht, insbesondere nicht für die Bewältigung einer Pandemie oder Epidemie.

Als die Verfassung mit dem Siebzehnten Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl. I S. 709), in Kraft seit dem 28. Juni 1968, die ‚Notstandsverfassung‘, geändert wurde, vor allem, um den Spannungsfall (Art. 80 a GG), den Bündnisfall (Art. 80 a Abs. 3 GG) und den Verteidigungsfall (Art. 115 a ff. GG) zu regeln, wurde keine allgemeine Verfassungsgrundlage für den inneren Notstand geschaffen (dazu Lea Schrenk, Deutschland und der Ausnahmezustand, in: Bundeszentrale für Politik und Zeitgeschichte, 12. April 2017). Eine politische Mehrheit für eine dahingehende Verfassungsänderung konnte nicht gefunden werden.

Das Grundgesetz trifft in verschiedenen Vorschriften Regelungen eines inneren Notstandes in Deutschland, die im Folgenden aufgeführt werden. Die Vorschriften für den äußeren Notstand, insbesondere die Verteidigungsverfassung, in Art. 80 a GG des Spannungsfalles und Art. 87 a Abs. 1 und Abs. 3 und Art. 115 a bis Art. 115 l GG werden nicht aufgeführt.

Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, der es unterbindet, daß „Maßnahmen nach den Artikeln 12 a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87 a Abs. 4 und Artikel 91 sich gegen Arbeitskämpfe zur Wahrung und Förderungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 (sc.: der Gewerkschaften) geführt werden“;

Nach Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG, kann das Gesetz bestimmen, daß Beschränkungen des in Art. 10 Abs. 1 GG für

„unverletzlich erklärte Briefgeheimnisses sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis“ zum „Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder Sicherung des Bundes oder eines Landes“ „dem Betroffenen nicht mitgeteilt werden und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt“;

Nach Art. 11 Abs. 1 GG „genießen alle Deutschen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet“, Nach Absatz 2 darf

„dieses Recht nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist“.

Art. 12 a GG hat in den Absätzen 3 bis 6 geregelt:

„(3) Wehrpflichtige, die nicht zu einem Dienst nach Absatz 1 oder 2 herangezogen sind, können im Verteidigungsfalle durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu zivilen Dienstleistungen für Zwecke der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung in Arbeitsverhältnisse verpflichtet werden; Verpflichtungen in öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse sind nur zur Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben oder solcher hoheitlichen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, die nur in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis erfüllt werden können, zulässig. Arbeitsverhältnisse nach Satz 1 können bei den Streitkräften, im Bereich ihrer Versorgung sowie bei der öffentlichen Verwaltung begründet werden; Verpflichtungen in Arbeitsverhältnisse im Bereiche der Versorgung der Zivilbevölkerung sind nur zulässig, um ihren lebensnotwendigen Bedarf zu decken oder ihren Schutz sicherzustellen.

(4) Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an zivilen Dienstleistungen im zivilen Sanitäts- und Heilwesen sowie in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation nicht auf freiwilliger Grundlage gedeckt werden, so können Frauen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden. Sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden.

(5) Für die Zeit vor dem Verteidigungsfalle können Verpflichtungen nach Absatz 3 nur nach Maßgabe des Artikels 80a Abs. 1 begründet werden. Zur Vorbereitung auf Dienstleistungen nach Absatz 3, für die besondere Kenntnisse oder Fertigkeiten erforderlich sind, kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes die Teilnahme an Ausbildungsveranstaltungen zur Pflicht gemacht werden. Satz 1 findet insoweit keine Anwendung.

(6) Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an Arbeitskräften für die in Absatz 3 Satz 2 genannten Bereiche auf freiwilliger Grundlage nicht gedeckt werden, so kann zur Sicherung dieses Bedarfs die Freiheit der Deutschen, die Ausübung eines Berufs oder den Arbeitsplatz aufzugeben, durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Vor Eintritt des Verteidigungsfalles gilt Absatz 5 Satz 1 entsprechend.“

Nach Art. 13 Abs. 1 GG ist die Wohnung unverletzlich. Das Grundrecht unterliegt verschiedenen Einschränkungen, so auch in den Absätzen 4 und 7:

„(4) Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch

durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.“

„(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.“

Art. 17 a GG regelt:

„(1) Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden.

(2) Gesetze, die der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung dienen, können bestimmen, daß die Grundrechte der Freizügigkeit (Artikel 11) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13) eingeschränkt werden.“

Art. 20 Abs. 4 GG regelt:

„Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.“

Das Widerstandsrecht bedarf als Naturrecht der Bürger keiner Textgrundlage, wenn der Staat die Verfassung in ihren systembestimmenden Grundlagen, der freiheitlichen demokratischen Ordnung, mißachtet.

Hinzu kommen die Regelungen des Art. 35 Abs. 2 GG für die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ eines Landes und des Art. 35 Abs. 3 GG für die Bewältigung einer „Naturkatastrophe oder eines Unglücksfalles“, des Art. 81 GG für den Gesetzgebungsnotstand und des Art. 91 GG für die „Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Bundes oder eines Landes“, die schon vor der Notstandsnovelle des Grundgesetzes bestanden. Später sind die Ausnahmebestimmung des Kreditaufnahmeverbotes des Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG hinzugekommen (dazu **IX 1 b**).

Für die „Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ eines Landes, kann das Land nach Art. 35 Abs. 2 S. 1 GG in Fällen von besonderer Bedeutung Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung seiner Polizei anfordern kann, wenn die Polizei ohne diese Unterstützung eine Aufgabe nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erfüllen könnte. Zur Hilfe bei einer Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall kann ein Land nach Satz 2 des Art. 35 Abs. 2 GG Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte anfordern:

„(2) Zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann ein Land in Fällen von besonderer Bedeutung Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung seiner Polizei anfordern, wenn die Polizei ohne diese Unterstützung eine Aufgabe nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten erfüllen könnte. Zur Hilfe bei einer Naturkatastrophe oder bei einem besonders schweren Unglücksfall kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte anfordern.“

Art. 35 Abs. 3 GG regelt die Gefahr durch eine „Naturkatastrophe oder einen Unglücksfall auf dem Gebiet mehr als eines Landes“,

„(3) Gefährdet die Naturkatastrophe oder der Unglücksfall das Gebiet mehr als eines Landes, so kann die Bundesregierung, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, den Landesregierungen die Weisung erteilen, Polizeikräfte anderen Ländern zur Verfügung zu stellen, sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einsetzen. Maßnahmen der Bundesregierung nach Satz 1 sind jederzeit auf Verlangen des Bundesrates, im übrigen unverzüglich nach Beseitigung der Gefahr aufzuheben“.

Art. 87 a Abs. 4 GG trifft Regelungen zur „Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“.

„4) Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann die Bundesregierung, wenn die Voraussetzungen des Artikels 91 Abs. 2 vorliegen und die Polizeikräfte sowie der Bundesgrenzschutz nicht ausreichen, Streitkräfte zur Unterstützung der Polizei und des Bundesgrenzschutzes beim Schutze von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer einsetzen. Der Einsatz von Streitkräften ist einzustellen, wenn der Bundestag oder der Bundesrat es verlangen.“

Art. 91 GG bestimmt:

„(1) Zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder sowie Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen und des Bundesgrenzschutzes anfordern.

(2) Ist das Land, in dem die Gefahr droht, nicht selbst zur Bekämpfung der Gefahr bereit oder in der Lage, so kann die Bundesregierung die Polizei in diesem Lande und die Polizeikräfte anderer Länder ihren Weisungen unterstellen sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes einsetzen. Die Anordnung ist nach Beseitigung der Gefahr, im übrigen jederzeit auf Verlangen des Bundesrates aufzuheben. Erstreckt sich die Gefahr auf das Gebiet mehr als eines Landes, so kann die Bundesregierung, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, den Landesregierungen Weisungen erteilen; Satz 1 und Satz 2 bleiben unberührt.“

Die Finanzverfassung kennt in Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG und in Landesverfassungen die „Naturkatastrophen“ und die „außergewöhnliche Notsituationen“, in denen, wenn „sie sich der Kontrolle des Staates entziehen“ und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen“, das (für den Bund begrenzte) Kreditaufnahmeverbot, die sogenannte Schuldenbremse, nicht greift. In diesen Fällen können nach Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG die Kreditobergrenzen auf Grund eines Beschlusses des Mehrheit der Mitglieder des Bundestages überschritten werden“. Art. 143 d Abs. 1 GG schränkt die Befugnisse aus den Artikeln 109 und 115 zeitlich ein. Die Absätze 2 bis 4 dieser Vorschriften enthalten Sonderregelungen für die

Länder. Art. 109 a Abs. 1 GG regelt zudem „Haushaltsnotlagen“. Berlin erlaubt in Art. 88 Abs. 1 VvB „Haushaltsüberschreitungen“ „im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses“.

Der Bund hat kurzer Hand das Kreditaufnahmeverbot des Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG auf der Grundlage des Art. 115 Abs. 2 S. 6 und 7 GG, § 6 Art. 115-Gesetz durch Beschluß des Bundestages vom 25. März 2020 ausgesetzt und diese ‚Ausnahmenregelung‘ durch Beschluß des Bundestages vom 3. Juni 2022 verlängert. Diese Ausnahme ist bereits erneuert worden und wird wohl noch oft wiederholt werden.

Zur Bewältigung der „Zeitenwende“ (Bundeskanzler Olaf Scholz im Bundestag am 24. Februar 2022), spricht, um die Einsatzfähigkeit der Bundeswehr wegen der Kriegsgefahren, die mit dem Krieg auf dem Boden der Ukraine untragbar geworden ist, finanzieren zu können, wenn, übrigens ohne jede Verpflichtung, die schweren Waffen („Geräte“) zur Unterstützung der ukrainischen Kampfverbände verwendet sein werden und ohne diese modernen Waffen auch die Sicherheit Deutschlands noch stärker gefährdet sein wird als ohnehin schon, ist Absatz 1 a in Art. 87 a GG eingefügt worden:

„(1a) Zur Stärkung der Bündnis- und Verteidigungsfähigkeit kann der Bund ein Sondervermögen mit eigener Kreditermächtigung in Höhe von einmalig bis zu 100 Milliarden Euro errichten. Auf die Kreditermächtigung sind Artikel 109 Absatz 3 und Artikel 115 Absatz 2 nicht anzuwenden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.“

Das Grundgesetz wird mehr und mehr zum Maßnahmegesetz. Die Mehrheiten im Bundestag und Bundesrat ermöglichen die Verfassungsänderungen gemäß Art 79 Abs. 1 und 2 GG. Gegen die politische Mehrheit in den Staatsorganen ist das Deutsche Volk nicht geschützt, solange in den gesetzgebenden Häusern keine hinreichend starke Opposition gegen die plurale Parteieneinheit besteht. Der Schutz des Grundgesetzes in seinen Grundlagen, den Art. 79 Abs. 3 GG zu geben versucht hat, ist am Bundesverfassungsgericht weitgehend gescheitert, wie zu II dargelegt ist. Änderungen des Grundgesetzes durch Maßnahmegesetze sind eine Verfassungsverletzung (a. A. BVerfGE 4, 7 (18 f.); 10, 89, Rn. 66 ; **dazu im Sinne des Textes zu**). Sie sind keine Rechtsgesetze, heben die materiale Bindung der Politik an das Grundgesetz auf, verletzen das demokratische Prinzip und das Rechtsstaatsprinzip. Zudem ist den fundamentalen Vorschriften des Grundgesetzes durch die ‚Interpretationen‘ des Bundesverfassungsgerichts der freiheitliche Substanz genommen, wie zu II erörtert.

All die aufgeführten Regelungen greifen in einer notständigen Pandemie oder Epidemie nicht. Es sind keine Vorschriften wie Art. 48 Abs. 2 WRV, der den Reichspräsidenten ermächtigt hat, „wenn...die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wurde, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendigen Maßnahmen“ zu treffen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat keine vollständige Notstandsverfassung, sondern für den inneren Notstand nur einige unzusammenhängende Verfassungsbestimmungen. Hinzukommen außer Regelungen für den Spannungs- und Verteidigungsfall Regelungen der Finanzverfassung und zur Bekämpfung von Seuchengefahren.

3. Ungeschriebene Notstandsverfassung

„Not kennt kein Gebot“. Diese Spruchweisheit beruht auf uralten Erfahrungen. Es ist zu bedenken, ob sie zum ungeschriebenen Verfassungsrecht gehört. Notlagen gibt es immer wieder. Der Not

abzuhelfen, ist Aufgabe und Pflicht des Staates. Der Zweck staatlicher Maßnahmen, der Not zu wehren, ist unangreifbar. Der Staat kann und darf in der Not nicht untätig bleiben.

Die alten Weisheiten menschlichen Handelns, auch die: „Der Zweck heiligt die Mittel“, bestimmen wie seit eh und je nicht nur die Politik, sondern auch das Recht, vor allem das Verfassungsrecht. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die fast nur noch in ausgleichender Abwägung entmaterialisierter Grundrechte und aus der Prüfung des so gut wie unbestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzips staatlicher Maßnahmen, seien dies Gesetze oder Verwaltungsmaßnahmen, besteht (dazu zu II 3 und 4) macht das allzu deutlich. Die Entscheidungen vor allem des Ersten Senats, bestehen vornehmlich darin, daß den Organen der ersten und der zweiten Gewalt weite Erkenntnis-, Einschätzungs- und Entscheidungsspielräume eingeräumt werden (Belege zu II 4 b) Die Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts geht erkennbar dahin, der ersten und zweiten Gewalt Rückendeckung zu geben.

Es ist mehr als unsicher, ob das Bundesverfassungsgericht eingreift, wenn die Politik der Regierung, der der Gesetzgeber nichts entgegenzusetzen pflegt (dazu zu 5 d), entgegen dem Amtseid, den der Bundeskanzler und die Bundesminister nach Art. 64 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 56 Abs. 1 GG leisten, Schaden für das Deutsche Volk verursacht.

Dennoch bleibt Not gebieterisch. In der Not muß der Staat handeln und handelt der Staat. Der Staat kann einer Pandemie nicht tatenlos zusehen, wenn er meint, Maßnahmen gegen diese treffen zu können und treffen zu sollen. Nur kann nicht der Exekutive die Entscheidung überlassen werden, welche Situation einen Notstand begründet, wenn die Verfassung den Notstand nicht in hinreichend bestimmten Tatbeständen regelt. Auch Notmaßnahmen des Staates müssen das Recht achten, freilich das Notstandsrecht.

Ein Rechtsstaat kann die beiden Sätze: ‚Not kennt kein Gebot‘ und: ‚Der Zweck heiligt die Mittel‘, als ungenannte Ermächtigung zu handeln, weil es erforderlich erscheint, der Not zu wehren, ohne hinreichende Notstandsverfassung schwerlich akzeptieren. Diese Sätze sind auch dem demokratischen Prinzip zuwider.

Der allgemeine Staatszweck Sicherheit ist notgedrungen offen, weil die Lagen, die Sicherheitsmaßnahmen des Staates gebieten, nicht alle vorhergesehen werden können. Im Rechtsstaat bedarf die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns hinreichend bestimmter Ermächtigungen in der Verfassung, nicht nur im Gesetz. Wenn die Not so groß ist, daß eine Notstandsverfassung unausweichlich geboten ist, ist es ein Leichtes für den Verfassungsgesetzgeber (Art. 79 Abs. 2 und 3 GG), das Grundgesetz um eine solche zu ergänzen.

Christian-Friedrich Menger hat besondere „Kompetenzen in Fortentwicklung des Art. 48 WRV“ vermißt, um „Sonder- und vor allem Notsituationen politischer, sozialer oder wirtschaftlicher Art mit gesetzvertretenden Vorordnung begegnen“, zu können (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 28). Er meinte gemäß der „alten Unterscheidung von lex und ius“ einen „dualistischen“ Ersatz für das Defizit der Teilung der Gewalten zu finden. Während die Legislative und die Exekutive durch die „demokratische Volkssouveränität“ legitimiert würden, würden die Rechtssprechungsorgane durch das „materiell-rechtsstaatliche Prinzip der Souveränität des Rechts“ legitimiert (a.

a. O., S. 26 ff.). Mit Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, wonach „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“, ist dieser Dualismus schwerlich vereinbar. Die Wahl der Verfassungsrichter des Bundes zur einen Hälfte durch den Deutschen Bundestag und zur anderen Hälfte durch den Bundesrat widerstreitet einer eigenständigen „Souveränität des Rechts“, die unvermeidlich zur ‚Souveränität der Richter‘ wird. Das Bundesverfassungsgericht hat sich demgemäß zum ‚Souverän‘ im Staate gemacht. Der Unterschied der lex vom ius steht in Art. 20 Abs. 3 GG. Aber alle Richter, auch die des Bundesverfassungsgerichts, sind nach Art. 97 Abs. 1 GG dem Gesetz unterworfen, also dem lex, das auch ius sein sollte. Das Bundesverfassungsgericht hat die Aufgabe, die Gesetze am Recht zu prüfen. Aber dieses Recht muß es dem Grundgesetz entnehmen, Diese Normenkontrollbefugnis ergibt sich schon daraus, daß die Gesetzgebung nach Art. 20 Abs. 3 GG (nur) an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist.

4. Verhältnismäßigkeit im Ausnahmezustand

Das Bundesverfassungsgericht begründet in breiten Ausführungen die Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen, die das Gemeinwohl zu verwirklichen bezwecken (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), 215 ff., 289 ff.; auch Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 149 ff., 153 ff., 165 ff., 202 ff.; dazu zu f). Der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für Leib und Leben (Rn. 231) ist der Urzweck des Staates. Er ist nichts anderes als das Gemeinwohl. Der Staat hat immer nur das Gemeinwohl zu verwirklichen. Das Gemeinwohl, mit dem das Bundesverfassungsgericht die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 rechtfertigt, ist kein spezifischer Zweck eines besonderen Gesetzes. Mit dem seinem Wesen nach, wie meist gesagt wird, unbestimmten, besser formalen Begriff des Gemeinwohls, der keinerlei Materialität hat, sondern in der jeweiligen Lage je nach der Verfassungsordnung durch Gesetze und im Rahmen der Verfassung, materialisiert werden muß, ist kein besonderer Zweck benannt, der gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu verwirklichen ist. Der Begriff Gemeinwohl gibt schlechterdings dem Bundesverfassungsgericht keinen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab der Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Maßnahmen. Gemeinwohl ist die allgemeine Maxime des Staates, aber kein Rechtsbegriff, der eine Subsumtion erlaubt. Die Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Schutzgesetze ist vielmehr (u. a.) an den Grundrechten zu messen. Deren Wesensgehalt darf nicht angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG). Der Wesensgehalt eines Grundrechts steht nicht zur Disposition des Gemeinwohls, hat aber keinen subsumtionsfähigen Begriff gefunden (dazu zu III 4 b, cc). Eine Dogmatik ohne materielle Tatbestandsmerkmale nimmt den Grundrechten, abgesehen vom Prinzip der Gesetzlichkeit grundrechtsbeschränkende Maßnahmen, die Wirkung. Wenn es das Gemeinwohl erfordert, nicht durch Grundrechte an den notwendigen, die Notwendigen, Maßnahmen gehindert zu werden, bedarf es einer Notstandsverfassung. Jede staatliche Maßnahme läßt sich rechtfertigen, wenn deren Notwendigkeit für das Gemeinwohl besonders herausgehoben wird. Der Notstand begründet die Notwendigkeit, aber Notstandsmaßnahmen setzen eine Notstandsverfassung voraus. Wenn die Grundrechte ohne jede materiale Grenze auf Grund ihres Gesetzesvorbehalts der Politik des Gesetzgebers ausgesetzt sind, sind sie allenfalls Mahnungen, nicht aber verbindliche Vorschriften. Mit seiner Gemeinwohldogmatik verabschiedet das Bundesverfassungsgericht ohne einen materialen Maßstab der Verfassung die Grundrechte aus dem Grundgesetz, die unter dem Gesetzesvorbehalt stehen, fast alle also (dazu II 4, 3, 4).

Die Gesetze verwirklichen die Freiheit, wie ich in Res publica res populi (S. 279 ff., 325 ff., 419 ff., 427 ff., 494 ff., 978 ff.) entwickelt und in Freiheit in der Republik (S. 44 ff., 49 ff., 67 ff., 288 ff., 318

ff., 418 ff., 440 ff.) weiter entfaltet habe (auch Prinzipien des Rechtsstaates, 53 ff., 337 ff.). Folglich sind die Gesetze keine Beschränkung der Freiheit. Alle Gesetze müssen dem Gemeinwohl genügen, aber die Gesetze materialisieren das Gemeinwohl. Das Gemeinwohl ist ein formaler Begriff ohne Materialität (K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 235 ff., 247 ff., 265 ff.; ders., Res publica res populi, S. 286 ff., 402 ff., 574 ff., 655 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 502, 632; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 257, 326, 374; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesen in Bayern, 2004, S. 49 ff., 217 ff., 306 ff.). Nur wenn der Verfassungsgeber dem Gesetzgeber subsumtionsfähige Grenzen oder Schranken gezogen hat, haben Grundrechte einen materialen Sinn. Eine solche Schranke ist das Gemeinwohl nicht. Das Gemeinwohl ist Staatsprinzip, das der Gesetzgeber zu materialisieren hat. Darüber hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu befinden. Es gesteht dem Gesetzgeber denn auch weite Einschätzungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume zu (**Belege zu II 4 b**). Das Gericht hätte auch von vornherein klarstellen können, daß die ‚Grundrechte‘ des Art. 2 Abs. 2 GG wegen des Eingriffsrechts des Gesetzgebers aus S. 3 keinen Schutz gegenüber dem Gesetzgeber geben. Art. 2 Abs. 1 GG schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit ohnehin nur im Rahmen der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes. Dieses ‚Grundrecht‘ manifestiert, wie seit dem Konstitutionalismus das Prinzip der Gesetzlichkeit aller staatlichen Maßnahmen, die Freiheit und Eigentum betrafen (Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 10 ff., 117 ff., 127 ff., 141 ff.; H. H. Rupp, Grundfrage der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 104 ff., 113 ff.; Freiheit in der Republik, S. 368) als Prinzip allen staatlichen Handelns auch des republikanischen Rechtsstaates (dazu im Sinne des Textes C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 126 ff., 130 ff., 178 ff., auch S. 126 ff.). Art. 2 Abs. 1 GG ist das Grundrecht auf allgemeine Gesetzlichkeit, das Recht auf Recht (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 288 ff.). Art. 2 Abs. 2 GG gehört zu den Grundrechten, deren Wesensgehalt das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt hat, freilich ohne Wirkung gegen die Auflösung in das Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu zu V 2 b und c, V, 4).

5. Grundrechte im inneren Notstand

a) „Der Zweck heiligt die Mittel“

Notstandsgesetze können ihrer Eigenart nach, für die Bewältigung einer Notlage die notwendigen Anordnungen treffen zu müssen, nicht an den Grundrechten gemessen werden, jedenfalls nicht an den Grundrechten, die sie geradezu unvermeidlich beeinträchtigen müssen. Notstandsgesetze sind Diktaturgesetze. Eine übliche Grundrechtsjurisdiktion wird weder der Lage noch gar den Grundrechten gerecht. Wenn die Verhältnismäßigkeit der Notstandsmaßnahmen nicht augenfällig mißachtet ist, wird der Zweck der Maßnahmegesetze die Geeignetheit, die Notwendigkeit und das rechte Maß der Zweckverwirklichung immer rechtfertigen, weil es in der Sache um die Bewältigung eines Notstands geht, der der Diktaturgesetze bedarf. Nur es fehlt die unverzichtbare Verfassungsgrundlage, die Notstandsverfassung. „Der Zweck heiligt die Mittel“. Die Zwecke, die die Politik verfolgt, sind ohnehin rechtlich so gut wie unangreifbar.

b) Rechtsgesetze und Maßnahmegesetze

Christian-Friedrich Menger (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 3 ff.) hat S. 29 zu Recht ausgeführt:

„Eingriffe in die grundrechtlich gesicherte Freiheitsphäre sind schon wegen Art. 1 und 2 Abs. 1 GG nur unter gerechter Abwägung der Interessen von Allgemeinheit und Betroffenen zulässig; Maßnahmegesetze in diesem Bereich sind verfassungswidrig, da für grundrechtseinschränkende Gesetze der Gerechtigkeitsmaßstab unverzichtbar ist, also eine bloß zweckmäßige Lösung nicht genügt. Das gilt nicht nur für die nach Art. 19 Abs. 1 GG verbotenen Individualgesetze einschließlich ihrer Tarnformen, sondern auch für legitimer Weise abstrakt und generell formulierte Zeitgesetze, wenn sie nicht, wie die Beispiele in Art. 13 Abs. 3 GG deutlich machen, der Erhaltung eines der Grundrechtsordnung entsprechendes Zusammenlebens der Bürger gegenüber einer vorübergehenden Bedrohung dienen.“

Das Bundesverfassungsgericht hat dagegegehalten, die Schutzmaßnahmenvorschriften gegen das Corona-Virus SARS-Covid-2 seien „abstrakt-generell“ (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 144). Diese ständig praktizierte Verengung des materiellen Regelungsgehalts des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG auf ein Instrument der Gleichheitlichkeit und Freiheitlichkeit der Gesetze verkennt den Gerechtigkeitszweck des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG. Die Instrumente der Gleichheit in der Freiheit dienen der praktischen Vernunft, der *volonté générale* als dem Willen des Volkes, aber zu dem Willen des Volkes gehört die Verwirklichung seiner Verfassung insgesamt. Wenn Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG eingehalten ist, ist der Rechtlichkeit der Gesetze nicht schon Genüge getan. So bleibt die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit und damit auch der Sachlichkeit der Gesetze den Richtern und insbesondere dem Bundesverfassungsgericht nicht erspart. Auf die (republikanische) Gesetzesanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329; ders., Freiheit in der Republik, S. 411 ff.) stützt das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebungsgleichheit (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 414 ff., ders., Freiheit in der Republik, S. 411 ff.). Art. 3 Abs. 1 GG gebietet die Gleichheit der Gesetzesanwendung, wie es der Wortlaut sagt (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff.). Ohne Gesetz gibt es keine Gleichheit vor dem Gesetz. Art. 3 Abs. 1 GG wehrt Bevorzugungen ab und schützt vor Benachteiligungen, die schon die allgemeine Freiheit, die Gleichheit in der Freiheit, mißachten (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 405 ff.). Dem dient wegen seiner Allgemeinheit das Gesetz.

Das Willkürverbot ist dem freiheitlichen Rechtsstaat eigen (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 415 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 411 ff.). Das Gebot der Allgemeinheit der Gesetze und das Verbot des Einzelfallgesetzes des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG sollen die republikanische Gerechtigkeit sichern, die Gleichheit in der Freiheit (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 414 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 418 ff.). Prinzipiell gebietet die Sittlichkeit freiheitlicher Gesetze, die der Würde des Menschen gerecht wird (dazu die kantianische und grundgesetzgemäße Grundlegung am Anfang der Schrift; A I 1 B/C III 6 g, IV 2 c; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, 182 ff., u. ö; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff., 344 ff.) die praktische Vernunft der Gesetze, die richtige und auf Dauer angelegte Erkenntnis des Rechts, der *volonté générale* (Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre. Die geschichtliche Legitimationsgrundlage des demokratischen Verfassungsstaates, 1975, 4. Aufl. 1990, S. 334; K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 414 f.). Gesetze müssen ohnehin generelle und abstrakte Regelungen sein, um der Wille des Volkes zu sein. Die Dauerhaftigkeit macht aus dem Zweckgesetz ein Rechtsgesetz (H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 298). Sonst sind die Gesetze funktional Verwaltungsakte, Maßnahmen der Legislative, die mit der rechtstaatlichen und auch der horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung nicht vereinbar sind. Maßnahmegesetze genügen sowohl als Einzelfallgesetze, als Einzelpersonengesetze und auch als Zeitgesetze nicht dem gerechtigkeitsorientierten

Allgemeinheitsprinzip (a. A. BVerfGE 15, 126, Rn. 79). Das Einzelfallgesetz kann das Gesetz sein, das nur für eine Person gilt. Es kann aber auch das Gesetz sein, das nur für eine konkrete Sachlage gilt wie die Gesetze gegen die Corona-Pandemie. Der Notstand fordert seine eigene Verfassung (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 102 f.). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts wollte augenscheinlich den Corona-Schutzmaßnahmen jeden Stein aus dem Weg räumen.

c) Grundrechte im Ausnahmezustand

In Notstandsverfassungen werden regelmäßig die Grundrechte oder ein Teil der Grundrechte „außer Kraft gesetzt“, so auch in Art. 48 Abs. 2 WRV. Notstandsverfassungen pflegen aus gutem Grund Grundrechte zu suspendieren, bis der Notstand überwunden ist. Bestimmte Grundrechte würden, wenn sie denn als Grundrechte beachtet würden und nicht in ein Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgelöst sind (dazu zu III 4 d), es unmöglich machen, die Zwecke der Maßnahme, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu erhalten, zu bewerkstelligen, vor allem die Grundrechte auf Freiheit und Leben und körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 1 und 2 GG, die Unternehmensfreiheit des Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG (K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 334 ff.; Wolfgang Freitag, Unternehmen in der Republik, S. 157 ff., 184 ff.) oder, so das Bundesverfassungsgericht, Art. 12 Abs. 1 S. 1 und 2 GG (BVerfGE 7, 377 (400 ff.); st. Rspr.; BVerfGE 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.); 82, 209 (228 f.), u. ö.), aber auch die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, die Freizügigkeit des Art. 11 Abs. 1 GG und die Unverletzlichkeit der Wohnung des Art. 13 Abs. 1 GG.

Auch die völkerrechtlichen Menschenrechtspakte lassen den Vertragsstaaten die im Notstand gebotenen Handlungsmöglichkeiten. Art. 4 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerlichen und politischen Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPBPR) lautet:

„(1) Im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht und der amtlich verkündet ist, können die Vertragsstaaten Massnahmen ergreifen, die ihre Verpflichtungen aus diesem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, ausser Kraft setzen, vorausgesetzt, dass diese Massnahmen ihren sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen und keine Diskriminierung allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten.“

Notstandsgesetze greifen nicht in die Grundrechte ein, jedenfalls nicht, soweit die Grundrechte im Notstand außer Kraft gesetzt sind. Die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte geben der jeweiligen Politik die erforderlichen Handlungsmöglichkeiten. Die Gerichte haben über die Verhältnismäßigkeit der die Grundrechte einschränkenden Gesetze zu entscheiden, wie zu A II, 3 und 4, C IV 1 und 2 zur Schutzpflichtdogmatik erörtert ist. Das Bundesverfassungsgericht räumt vor allem in notständigen Lagen dem Gesetzgeber und der Verwaltung so gut wie grenzenlose Prognose-, Einschätzungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume ein (Belege u. a. zu II 4 b). Der Sache nach können die Notstandsmaßnahmen nur von der Exekutive bestimmt werden. Notstand - „Die Stunde der Exekutive.“ (Martin Diebel: „Die Stunde der Exekutive. Das Bundesinnenministerium und die Notstandsgesetzgebung 1949-1968“, 2019; Barczak, Tristan, Die „Stunde der Exekutive“. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel, Recht und Politik (RuP), Band 56, Heft 4, 2020. S. 441 ff.). Der Gesetzgeber muß, um dem unvollständigen Grundgesetz Genüge zu tun, die ‚Legitimation‘ der Legislative beisteuern.

d) Scheinlegitimation notständiger Legislativakte

Die Gesetze, die den Notstandsmaßnahmen eine von den Grundrechten geforderte Rechtsgrundlage verschaffen sollen, sind meist nichts anderes als die Erklärung des Einverständnisses der Legislative mit den Notstandsmaßnahmen, die die Exekutive für richtig hält. Sie geben den Schein grundrechts-gemäßer Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimation. Das staatswidrige Defizit einer Notstandsverfassung kann weder der Einsatz der Gesetzgebung noch der der Verfassungsrechtsprechung beheben. Das Bundesverfassungsgericht nimmt jede Notstandsmaßnahme hin, weil der Zweck, der Not abzuhelpen, mit oder ohne Gesetz, jedem Grundrecht zwar nicht die Geltung, aber die Wirkkraft nimmt, erfahrungsgemäß selbst dem Wesensgehalt der Grundrechte. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen wird an Hand des Verhältnismäßigkeitsprinzips begründet, das ohnehin für alles staatliche Handeln gilt und, wie dargelegt, keine Schutzwirkung für die Bürger entfaltet, wenn den Zweck der Maßnahmen zu verwirklichen als unausweichlich geboten hingestellt wird. Darüber läßt das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber befinden, der nichts anderes zu beschließen pflegt, als die Regierung ihm vorgibt.

Der Notstand hat seine eigenen Gesetze, deren Rechtlichkeit schlecht an einer Verfassung des Normalzustandes gemessen werden kann (Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 1928/1964, S. 193; ders., *Legalität und Legitimität*, 1932/1968, S. 71 f.; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1965, Art. 48 zu 15.). Vielmehr muß der Ausnahmezustand seiner Eigenart gemäß in einer anderen Ordnung des Gemeinwesens bewältigt werden. Die Infektionsschutzmaßnahmen sind, denn auch, ihrem notständigen Regelungsgegenstand gemäß, zeitlich befristet und müssen das nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sein (BVerfG, *Bundesnotbremse*, Beschluß vom 19. November 2021, Rnrrn. 226, 233, 250, 297, 302). Der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit war Art. 48 Abs. 2 WRV wegen der Befugnisse des Reichspräsidenten, im Ausnahmezustand die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, sehr präsent (zum Ausnahme-/Diktaturzustand insbesondere Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 1928/1964, S. 193 f., 201 ff.; ders., *Legalität und Legitimität*, S. 40 ff., 71 ff.; ders., *Verfassungslehre*, 8. Aufl. 1993, S. 27. 110 ff.). Der gegenwärtigen Staatsrechtslehre muß die Relevanz des Ausnahmezustandes erst geläufig werden. Die große Krise, in die sich Deutschland mehr und mehr begibt, erleichtert die Erkenntnisse. Politisch bedeutsam und erwünscht ist wegen der legitimierenden Außenwirkung das Einverständnis des höchsten Gerichts, des ‚heimlichen Souveräns‘, mit den Notstandsmaßnahmen in einem Beschluß oder einem Urteil. Diese werden denn auch in einem theatralischen Ritual verkündet. Das ist gewissermaßen ein sakraler Akt wie der eines Areopags der Antike in mythischer Zeit, nicht die schlichte Verkündung eines Erkenntnisses eines rechtsstaatlichen ‚Gerichts‘ einer Republik, unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG).

Dieses ‚Gericht‘ gibt sich im Sinne Carl Schmitts souverän; „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“ (Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922, 2. Aufl. 1934 (8. Aufl. 2004, Neusatz), S. 13; vgl. K. A. Schachtschneider, *Souveränität*, S. 99 ff.). Diese Position ist der Ordnung verpflichtet, die nach Carl Schmidt nur in der normalen Lage eine Rechtsordnung sein kann (C. Schmitt, *Die Diktatur*, 2 Aufl. 1928, 3. Aufl. 1963/1964, S. 193; der Sache nach H. Wehrhahn, *Gesetz als Norm und Maßnahme*, VVDStRL 15, 1957, S. 37 f.). Es gibt an den Notstandsmaßnahmen wenig zu erkennen, aber großes Interesse, deren Notwendigkeit anzuerkennen. Unnötig lange Begründungen in den Notstandsentscheidungen täuschen dogmatische Erkenntnisse des

Bundesverfassungsgerichts vor, obwohl die Kriterien der Verhältnismäßigkeit mangels Bestimmtheit keine subsumtionsfähigen Tatbestandsmerkmale sind. Die Argumentation des Gerichts ist nicht rechtsdogmatisch, sondern politisch, nicht unvernünftig, aber auch nicht gesetzgebunden. Demgemäß läßt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt so gut wie grenzenlose Spielräume. Die praktische Vernunft kann nur durch formale Verfahren verwirklicht werden. Sie ist von der Sittlichkeit des Volkes und damit von dessen Vertretern in den Organen des Staates abhängig. Die Vertreter des Volkes müssen darum die Besten des Volkes sein (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 679 ff. u. ö). Zu der Wirklichkeit dieses republikanischen Verfassungsprinzips ‚schweigt des Sängers Höflichkeit‘.

e) Sachgerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit im Notstand

Die Wirksamkeit der staatlicher Maßnahmen und deren Verhältnismäßigkeit sind als Sachgerechtigkeit und rechtes Maß unverzichtbare und verfassungsrangige Prinzipien im Rechtsstaat (BVerfGE 7, 377 (405 f.); 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); st. Rspr., zuletzt im Beschluß vom 19. November 2021, Rnrm. 166 ff., 215 ff., 254 ff., 289 ff.; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 342 ff.). Das bleiben diese Prinzipien auch im Notstand. Das aristotelische Prinzip des rechten Maßes (dazu IX 3 a), des Mittleren, also uralte Sittlichkeit der Menschen in Europa, steht in keiner Lage zur Disposition des Staates. Dadurch würde die Willkür zum Rechtsprinzip. Aber die Relevanz des Verhältnismäßigkeitsprinzips ergibt sich nur, wenn Maßnahmen in Rede stehen, die als solche eine Verfassungsgrundlage haben, eben die Notstandsverfassung. Verhältnismäßige Notmaßnahmen als allgemeine Ermächtigung des Staates, die Sicherheit im Gemeinwesen auch auf Kosten der grundrechtlich geschützten Rechte zu gewährleisten, kommen, solange die einschlägigen Grundrechte nicht außer Kraft gesetzt sind, geradezu unvermeidlich mit dem Rechtsstaatsprinzip in Konflikt. Das Bundesverfassungsgericht löst den Konflikt mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips und macht sich damit zum Verfassungsgeber in der Not (dazu zu II 3 und 4, III 4 d, IV 4). Es gibt in der Not die Notstandsverfassung. Jedwede Lage kann als Notlage angesehen werden. Finanzierungsschwierigkeiten etwa erlauben es, nach Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG, wenn weitere Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, daß die Schuldenbremse u. a. wegen außergewöhnlicher Notsituationen ignoriert wird. In Deutschland sind vielerlei Notlagen zu erkennen, etwa die Kinderlosigkeit, der Fachkräftemangel, die Energieknappheit usw.

Die Grundrechte müssen beachtet werden, soweit sie nicht im inneren Notstand nach den Grundrechtstexten einschränkbar sind oder außer Kraft gesetzt werden konnten. Die Unantastbarkeit der Würde des Menschen, geschützt durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG wie auch durch Art. 6 VvB sowie den meisten anderen Landesverfassungen, und der Wesensgehalt der Grundrechte, geschützt durch Art. 19 Abs. 2 GG, darf eine Notstandsverfassung nicht außer Kraft setzen, was immer der Wesensgehalt sei. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts wird er wiederum mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips verwirklicht (BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373)).

6. Maßnahmegesetze und selbstvollziehende Gesetze

a) Begriff des Maßnahmegesetzes

Notstandsgesetze sind Maßnahmegesetze. Sie treffen Maßnahmen, die der Not wehren sollen. Maßnahmegesetze sind als solche keine Rechtsgesetze, die die Gerechtigkeit und Vernünftigkeit, das Recht also, zu verwirklichen suchen (Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 8. Aufl. (Neusatz) 1993, S. 138

ff.; zum kontroversen „Gerechtigkeitsbegriffs“ H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 41 mit Hinweis auf Kant und Theodor Litt, Ethik der Neuzeit, 1926, in Fn. 18): Kant, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968, S. 334: „Gesetz (ein moralisch-praktisches) ist ein Satz, der einen kategorischen Imperativ (Gebot) enthält“. Der kategorische Imperativ, das Sittengesetz, ist das Gerechtigkeitsprinzip und damit das Rechtsprinzip an und für sich. Das Sittengesetz ist Teil der Definition der Freiheit im Grundgesetz und damit Prinzip des freiheitlichen Gemeinwesens Deutschlands (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 325 ff., 332 ff., 344 ff.); ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff., 94 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 83 ff., 184, 318 ff., u. ö.; Heinrich Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, in: Festgabe für W. Kahl, 1923, Neudruck 1965, S. 93), der den Mißbrauch der Gesetzgebungsbefugnis des Reichstags kritisiert, hat das Verhältnis von Gesetz und Recht klargestellt:

„Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht; das Gesetz steht unter dem Recht.“
(vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519 ff.).

Es geht um Herrschaft des Rechts; denn das ist die allgemeine Freiheit, nicht um Herrschaft des Gesetzes. Das kann Tyrannei sein, etwa die „Diktatur des Proletariats“, lehrt Carl Schmitt. Verbindlich auch für den Gesetzgeber ist das Gesetz des rechtstaatlichen Gesetzesbegriffs; denn dieses Rechtsgesetz verwirklicht die Sittlichkeit der allgemeinen und gleichen Freiheit der Bürger (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 325 ff., 332 ff., 344 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20, 50 ff., 94 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 83 ff., 318 ff.). Es ist das gerechte Gesetz, weil es dem allgemeinen Willen, der *volonté générale*, genügt. Carl Schmitt hat den Unterschied des rechtstaatlichen Gesetzes von einer Maßnahme erfaßt. Verfassungslehre, 1928, 8. Auflage, 1993, S. 138 f.:

„Der bürgerliche Rechtsstaat beruht auf der „Herrschaft des Gesetzes“. Insofern ist er Gesetzesstaat. Aber das Gesetz muß einen Zusammenhang mit den Prinzipien des Rechtsstaates und der bürgerlichen Freiheit behalten, wenn der Rechtsstaat bestehenbleiben soll. Wenn unterschiedslos alles Gesetz ist, was irgendein Mensch oder eine Versammlung befiehlt, so ist jede absolute Monarchie ebenfalls ein Rechtsstaat; denn in ihr herrscht das „Gesetz“, nämlich der Wille des Königs. Auch die heutige Sowjetrepublik und die Diktatur des Proletariats wäre ein Rechtsstaat, denn auch dort gibt es einen Gesetzgeber und infolgedessen Gesetze. Soll die „Herrschaft der Gesetze“ ihren Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsstaates behalten, so ist es notwendig, in dem Begriff des Gesetzes gewisse *Qualitäten* hineinzunehmen, durch welche der Unterschied einer *Rechtsnorm* von einem bloß willensmäßigen *Befehl* oder einer *Maßnahme* möglich wird.“ „Die Bindung des Gesetzgebers selbst an das Gesetz ist aber nur solange möglich, als das Gesetz eine Norm mit gewissen Eigenschaften ist: Richtigkeit, Vernünftigkeit, Gerechtigkeit usw. Alle diese Eigenschaften setzen voraus, daß das Gesetz eine generelle Norm ist. Ein Gesetzgeber, dessen Einzelmaßnahmen, Spezialanweisungen, Dispense und Durchbrechungen ebenso als Gesetzes gelten wie seine generellen Normierungen, ist in keiner denkbaren Weise an sein Gesetz gebunden; die „Bindung an das Gesetz“ ist für diejenigen, die beliebig ‚Gesetze‘ machen können, eine bedeutungslose Redensart (so auch derselbe, Legalität und Legitimität, 1932, /1968, S. 7 ff., 20 ff.)

Art. 20 Abs. 3 GG bindet die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung unabänderlich (Art. 79 Abs. 3 GG) an „Gesetz und Recht“. Recht und Gesetz sind somit verschiedene Elemente des Rechtsstaates.

„Recht ist das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit“ (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 567 ff., 718, 978 ff., 980, 990 ff. u. ö., zum Rechtsbegriff Kants, S. 279 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 183; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 20, vgl. auch S. 50 ff.)

Maßnahmegesetze dienen der Verwirklichung bestimmter Zwecke, nicht aber dem Recht, das als verbindliche Erkenntnis des Rechts durch Allgemeinheit und Dauerhaftigkeit ausgezeichnet ist (H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, S. 296 ff., 298 ff.; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 102). Maßnahmegesetze sind Instrumente einer Zweckverfolgung, die Sonderfälle zu bewältigen suchen und regelmäßig nur für die Zeit verbindliche sind, die für die Erreichung des ihres Zwecks erforderlich ist. Maßnahmen, seien sie durch Gesetze, Verordnungen oder Verwaltungsakte angeordnet, dürfen das Recht nicht verletzen.

Christian-Friedrich Menger hat im Anschluß an Ernst Forsthoff (Über Maßnahmegesetze, in: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, S. 221 ff.; ders., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 1956, S. 9, 58 ff., 139, 286)) in seinem Bericht über „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“ vor den Deutschen Staatsrechtslehrern 1957 (VVDStRL 15, 1957, S. 3 ff.), als in der Bundesrepublik Deutschland nach Kräften an dem Aufbau eines vorbildlichen Rechtsstaates gearbeitet wurde, die Maßnahme (S. 7, auch S. 24 u. ö) und das Maßnahmegesetz (S. 8) wie folgt definiert:

„Maßnahme im Rechtsinne kann als rechtlich bestimmbarer, auf Erzielung gewollter Rechtswirkungen zweckter (Staats-) Akt bezeichnet werden, der auf eine konkret gegebene Sachlage zweckbestimmt reagiert.“

„Das Maßnahmegesetz ist also ein Rechtssatz, in welchem der Gesetzgeber einen zeitliche und/oder zahlenmäßig begrenzten Kreis von Lebenssachverhalten in einem Tatbestande mit der Absicht zusammenfaßt, ihn einer rein zweckmäßigen Rechtsfolge zu unterwerfen.“

Carl Schmitt hat als wesentliches Kennzeichen der Maßnahme gesehen, daß sie inhaltlich „durch eine konkret gegebene Sachlage beherrscht ist“ und ihre „Eigenart in ihrer Zweckabhängigkeit von der konkreten Sachlage“ besteht. „Für die in Form des Rechtssatzes getroffene Maßnahme folgt daraus, daß auch hier jene Zweckabhängigkeit das Entscheidende ist, und daß Rechtssätze, die „wesentlich ein Rechtsprinzip zum Ausdruck bringen, d. h. vor allem gerecht, von der Rechtsidee beherrscht“ sein wollen, niemals bloße Maßnahmen sind (Die Diktatur des Reichspräsidenten, VVDStRL 1, 1924, S. 97; Erwin Jacobi hat Schmitt zugestimmt (ebenda, S. 108 ff., 129); folgend Ch.- Fr. Menger, *Das Gesetz als Norm und Maßnahme*, VVDStRL 15, 1957, S. 6, 10; auch Herbert Wehrhahn, daselbst, S. 35 f.; in diesem Sinne auch Ernst Forsthoff, *Über Maßnahmegesetze*, S. 226; K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 102 f.). Herbert Krüger hat einen Verwaltungsrechtssatz wie folgt definiert (Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*. FS für Rudolf Smend, 70, 1952, S. 111 ff., 230):

„Eine Norm, die die Wohlfahrt fördern soll und nach dem Maßstab der Zweckmäßigkeit gestaltet wurde“

Als „Rechtsnorm“ hat Menger verstanden

„das aus einer festgefügteten, am Maßstab der Gerechtigkeit orientierten Ordnung fließende Verhaltensgebot.“ (a. a. O, S. 5, auch S. 10, 17 u.ö; so schon E. Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, S. 227).

Herbert Wehrhahn hat in seinem Mitbericht zu „Gesetz als Norm und Maßnahme“ (VVDStRL 15, S. 35 ff.), begrifflich Menger folgend, das Maßnahmegesetz nicht wesentlich anders verstanden als Christian-Friedrich Menger, nämlich S. 35 f.:

„1. hinsichtlich des Begriffs: Maßnahmegesetze lassen sich von sonstigen Gesetzes, wenn überhaupt, nur unter dem Zweckgesichtspunkt sondern, etwa als temporären und damit überschaubaren Zwecken derart dienende Gesetze, daß diese Zwecke die Priorität vor den darin normierten, als Verwirklichungsmittel gedachten Rechtsfolgen haben;

2. hinsichtlich der Ursachen: Maßnahmegesetze werden in ihrer bedrohlichen Häufung ermöglicht durch das Fehlen einer von der Legislative unabhängigen Exekutivspitze und durch Assimilierung der verschiedenen Willensbildungsorgane in Bund und Ländern im Zeichen der Parteiendemokratie und des Parteienbundesstaates;

3. hinsichtlich der punktuellen Folgen: Die Häufung von Maßnahmegesetzen führt zu Störungen im Ablauf der rechtsanwendenden Staatsfunktionen, und sie erweitert und verfestigt die Ausfallerscheinungen im rechtstaatlichen Kontroll- und Balancegefüge, auf denen sie beruht;

4. hinsichtlich der Kontroll- und Korrekturmöglichkeiten: Im Vordergrund steht die Frage nach solchen Möglichkeiten als der einzigen Gewalt, die an der Entstehung dieses Phänomens unbeteiligt ist.“

Herbert Wehrhahn hat damit bereits die notwendige Kritik des Maßnahmegesetzes skizziert.

b) Maßnahmen in Wirtschaftskrisen

Mannigfache Lagen können als Notlage angesehen werden. Die Bedenken gegen Maßnahmegesetze seien durch die Maßnahmen zur Wirtschaftsförderung exemplifiziert:

Die wirtschaftsfördernde Maßnahmegesetze, die keinesfalls Rechtsgesetze zur Verwirklichung der Gerechtigkeit oder Sittlichkeit sind, ermöglichen im Interesse von Arbeitsplätzen, Absatzmöglichkeiten, Wettbewerbsstärkung, Export- oder auch Importförderung, Bankenrettung, Kostenentlastung (Strom- und Gaspreisbremse) und weiteren Zwecken finanzielle Hilfestellung des Staates Die Finanzhilfen werden, oft, wenn nicht meist, mit Krediten finanziert. Die Kosten der Wirtschaftsförderung haben die Bürger zu tragen, sei es durch Steuern, sei es durch Verfall der Währung. Die Maßnahmegesetze ändern das Wirtschaftssystem mehr und mehr von der Unternehmens- zur Staatswirtschaft. Subjektive Rechte aus den Grundrechten, die ihnen Rechtsschutz gegen Eingriffe des Staats in den Wettbewerb durch wirtschaftslenkende Maßnahmen oder gar Systemänderungen geben, werden den Unternehmern nicht zuerkannt (vgl. BVerfGE 30, 292 (335 ff, Rnrn. 75, 80, 88, 93, 106); BVerfGE 105, 252 (268, Rnrn 38 ff., Wettbewerb kein Eingriff; dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie Produktwarnung der Bundesregierung-Glykol-Skandal, in, ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 83 ff., auch, Homepage); BVerfGE 115, 205 (229 f.); 148, 40 (50, Rnrn. 26 ff.)). Eine abstrakte Normenkontrolle steht den Bürgern genauswenig zur Verfügung wie eine Verfassungsbeschwerde. Die Aushöhlung der Verfassung des freiheitlichen Rechtsstaates, zu dem eine freiheitliche (liberale) Wirtschaftsordnung gehört, hat ihre für die Bürger unangreifbaren Instrumente, vor allem das Maßnahmegesetz. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts macht die Gefahr für die Verfassung

deutlich. Grundsatzfragen der Maßnamegesetze sind nicht in den Blick genommen. Lediglich der Teilaspekt des „selbstvollziehenden Gesetzes“ ist fragwürdig erörtert und zum Schaden des Rechtsstaates, nämlich der unantastbaren Gewaltenteilung, erledigt worden.

Die Wirtschaftsförderung kann aber keine Rechtfertigung eines Notstandes finden. Sie mißachtet vielmehr die Schuldenbremse des Art. 109 Abs. 3 GG, die schlicht durch verfassungsändernde Gesetze ausgesetzt wurde, ohne daß die Kriterien einer Ausnahme von den Kreditaufnahmeverboten vorgelegen hätten. Finanzierungsschwierigkeiten erlauben es, nach Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG, wenn weitere Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, daß die Schuldenbremse u. a. wegen einer Notsituationen ignoriert wird. Der (vermeintlichen) Finanznot in den letzten drei Jahren hat Deutschland dadurch ‚bewältigt‘, daß der Bundestag mit einem Beschluß der Mehrheit seiner Mitglieder auf der Grundlage des Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG die Kreditobergrenze gemäß der Sätze 2 bis 5 des Art. 115 Abs. 2 GG ausgesetzt hat. Die außergewöhnliche Notsituation, die sich der Kontrolle des Staates entzogen und die staatliche Finanzierung erheblich beeinträchtigt habe, habe in den Folgen der Corona-Pandemie und den mit dem ‚völkerrechtswidrigen russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine verbundenen humanitären, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen‘ gelegen (Deutscher Bundestag, 20. Wahlperiode, Drucksache 20/2036 vom 30. Mai 2022). Schon 2020 und 2021 mußte eine Neuverschuldung des Bundes mittels einer Ausnahmeregelung auf der Grundlage des Art. 115 Abs. 2 S. 6 GG ermöglicht werden, weil jeweils eine ‚außergewöhnliche Notsituation‘ wegen der Pandemie bestanden habe. Die Verfassungswidrigkeit dieser Maßnahmen ist angesichts der Begründung und der allseitigen Verschleuderung der Finanzmittel wegen verschiedener nicht gebotener Politiken augenfällig, soll aber hier nicht weiter erörtert werden. Mit den Krediten wurden Sozialleistungen finanziert, etwa wegen der Verteuerung der Energieversorgung durch selbstverschuldete Außenpolitik und finanzielle Leistungen an die Ukraine, die sich mit der Föderation russischer Staaten in einem Krieg befindet.

Es geht um den Finanzbedarf, den entweder Bürger in der Zukunft erbringen müssen, oder der, weil das so gut wie unmöglich sein wird, durch Entschuldung erledigt werden muß (zu den Staatsschulden K. A. Schachtschneider, Staatsschulden. Wider die Schuldenbremsen, 2021). Entschuldung ist kein wirkliches Problem, weil die ‚Forderungen‘ zum großen Teil das System der Europäischen Zentralbanken, zumal die Europäische Zentralbank haben. Ob die Versorgung mit Finanzmitteln überhaupt zu Schulden führt, sei dahingestellt (dagegen K. A. Schachtschneider, Staatsschulden, S. 154 ff.). Die Bürger müssen jedenfalls durch die Erweiterung der Geldmenge Inflationen ertragen, die ihre Kaufkraft senken oder ihr Vermögen kosten, wenn die übermäßige Geldmenge auf Angebotsdefizite trifft. Die finanziellen Wirtschaftsmaßnahmen beheben keine Nöte, sondern schaffen Nöte, meist durch ‚Sozialleistungen‘, um Wahlen zugunsten der Parteien zu begünstigen, die die Mehrheiten in den Legislativorganen haben. Das ermöglicht diesen Parteien, ‚Wahlgeschenke‘ zu Lasten der ‚Steuerzahler‘ zu machen. Eine freiheitliche, rechtsstaatliche Republik würde derartige Maßnahmengesetze unterbinden, so gut es geht.

c) Notstandsgesetze/Diktaturgesetze

Maßnahmen ist der typische Ausdruck für Regelungen, die eine Notlage zu bewältigen bezwecken (H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 39). Die Maßnahme ist das Instrument einer diktatorischen Verwaltung. Die Maßnahmen trifft der Bundesgesetzgeber, wenn auch der

Bundesregierung und den Landesregierungen durch die Verordnungsermächtigungen nähere Regelungen überlassen werden.

Notstandsgesetze oder Diktaturgesetze sind regelmäßig Maßnahmegesetz, wie auch die gesetzlichen Maßnahmen zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 (dazu zu). Nicht alle Maßnahmegesetze sind Diktaturgesetze. Sie sind in Deutschland im Bund von unmittelbar (Deutscher Bundestag) oder mittelbar (Bundesrat) gewählten Organen verabschiedet und ermächtigen demokratisch legitimierte Exekutivorgane, nicht einen Autokraten. Diktatur setzt wie gesagt, eine Diktaturverfassung voraus, die in Deutschland als Notstandsverfassung bezeichnet würde, wenn es sie denn gäbe. In Deutschland wird bekanntlich wegen des Hitlerismus eine Tyrannis entgegen deren Begriff Diktatur genannt. Die Diktatur des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 Abs. 2 WRV, der den Reichspräsidenten ermächtigte, zur „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen zu treffen“, war keine Tyrannis, genausowenig wie die Diktatur der res publica romana.

Das Bundesverfassungsgericht hat gerade in seinen frühen Entscheidungen in Gesetzen Maßnahmegesetze erkannt, ohne damit rechtsstaatliche Folgerungen zu verbinden.

In BVerfGE 3, 383, Rn. 59 ff. hat das Bundesverfassungsgericht ein Maßnahmegesetz noch als möglichen Verfassungsverstoß geprüft, aber dem Instrument keine Bedenken entgegengebracht. Im Urteil zum Investitionshilfegesetz BVerfGE 4, 7 ff. hat das Gericht nicht den Zweck der Maßnahme verfassungsrechtlich überprüft (Rn. 41 ff.; kritisch Ernst Forsthoff, Aussprache der Staatsrechtslehrer zu den Vorträgen von Ch.- Fr. Menger und H. Wehrhahn „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: VVDStRL 15, 1957, S. 85; grundlegende Kritik auch von Ulrich Scheuner, daselbst, S. 73 f.), sondern nur einen Gleichheitsverstoß. Dem ist das Gericht in der Entscheidung zum Großen Erftverband in BVerfGE 10, 89, Rn. 66 gefolgt und hat wiederum nur einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz geprüft:

"Maßnahmegesetze" sind als solche weder unzulässig noch unterliegen sie einer strengeren verfassungsrechtlichen Prüfung als andere Gesetze (BVerfGE 4, 7 [18 f.]“

Im Urteil zum Staatsbankrott des Deutschen Reiches hat das Gericht (BVerfGE 15, 126, Rn. 79) ausgesprochen:

„Unverkennbar trägt ein Regelungsgesetz gemäß Art. 134 GG den Charakter eines auf einen konkreten Sachverhalt abgestellten Gesetzes und insofern eines "Maßnahmegesetzes". Gesetze dieser Art sind aber durch das Grundgesetz nicht ausgeschlossen, als Übergangsregelungen geradezu unvermeidlich. Auch Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verlangt nur, daß ein Gesetz, das Einschränkungen von Grundrechten enthält, "allgemein und nicht nur für den Einzelfall" gilt. Ein Gesetz, das an einen konkreten Sachverhalt anknüpft, kann doch in anderer Hinsicht, nämlich im Hinblick auf die zahlreichen Gläubiger und die ganz verschiedenartigen Verbindlichkeiten des Reiches "allgemein und nicht für den Einzelfall" gelten.“

Im AKU-Beschluß, BVerfGE 24, 33, Rn. 60, auf eine Verfassungsbeschwerde hin, steht wie immer:

„Das Vertragsgesetz hat insofern den Charakter eines "Maßnahmegesetzes". Solche Gesetze sind aber nach dem Grundgesetz nicht unzulässig (vgl. BVerfGE 15, 126 [146 f.]“.

Schließlich hat das Gericht die Besonderheit der Maßnahmegesetze als „verfassungsrechtlich irrelevant“ bezeichnet (BVerfGE 25, 371 (369); 36, 383 (400); F. Ossenbühl, Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: H.- U. Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 6 III, Rn. 6. S. 120).

BVerfGE 25, 371, 369, Rn. 86:

„Maßnahmegesetze sind aber als solche weder unzulässig noch unterliegen sie einer strengeren verfassungsrechtlichen Prüfung als andere Gesetze (BVerfGE 4, 7 [18 f.]; 10, 89 [108]; 15, 126 [146 f.]; 24, 33 [52]). Der Begriff des Maßnahmegesetzes ist also verfassungsrechtlich irrelevant.“

In jüngeren Entscheidungen ist das Bundesverfassungsgericht auf die Problematik des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG zurückgekommen, so in BVerfGE 134, 33 ff, Rn. 127 ff.:

„Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet innerhalb seines hier eröffneten Anwendungsbereichs (vgl. zum Anwendungsbereich BVerfGE 24, 367 [396]; 83, 130 [154]; 95, 1 [17]) grundrechtseinschränkende Gesetze, die nicht allgemein sind, sondern nur für den Einzelfall gelten. Die Anforderung, dass das Gesetz allgemein zu sein hat, ist erfüllt, wenn sich wegen der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestandes nicht absehen lässt, auf wie viele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet (BVerfGE 121, 30 [49], m. w. N.).

Das schließt die Regelung eines Einzelfalls nicht aus, wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, dass es nur einen Fall dieser Art gibt und die Regelung dieses singulären Sachverhalts von sachlichen Gründen getragen wird (vgl. BVerfGE 25, 371 [399]; 85, 360 [374]). Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG enthält letztlich eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes (vgl. BVerfGE 25, 371 [399]; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. Aufl. 2012, Art. 19 Rn. 2; vgl. auch Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Band I, Art. 19 I Rn. 16 [„Verschärfung oder Konkretisierung“]; Hufeld, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Rn. 8 (156. Lfg. 2012) [„Verschärfung“]), der es dem Gesetzgeber verbietet, aus einer Reihe gleichgelagerter Sachverhalte einen Fall herauszugreifen und zum Gegenstand einer Sonderregel zu machen (vgl. BVerfGE 25, 371 [399]; 85, 360 [374]). Der gleichheitssichernden Funktion des Verbots des Einzelfallgesetzes entspricht es auch, wenn diesem Verbot die Funktion zugeschrieben wird, den Grundsatz der Gewaltenteilung zu gewährleisten, indem konkret-individuelle Regelungen im Regelfall der Exekutive und generell-abstrakte Regelungen der Legislative vorbehalten bleiben (vgl. Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 19 Rn. 20), denn der Gewaltenteilungsgrundsatz ist insoweit gerade in seiner gleichheitssichernden Funktion angesprochen“

Der „konkrete Sachverhalt“ ist ein Einzelfall. Sonst wäre der Sachverhalt nicht konkret. Das Maßnahmegesetz ist nicht dafür geschaffen, Maßnahmen für eine unbestimmte Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu schaffen. Das widerspräche schon dem Begriff der Maßnahme. Maßnahmegesetze regeln typisch Lagen für viele Personen, auf die der Tatbestand der Regelung zutrifft. Die Tatbestände der allgemeinen Gesetze greifen für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, aber selten für alle. Aber die allgemeinen Gesetze gelten für das ganze Land und insbesondere für unbestimmte Zeit. Der Begriff der Allgemeinheit eines Gesetzes hat verschiedene Bedeutungen, die formale und die materiale. Die formale Allgemeinheit ist die allgemeine Geltung durch die allgemeine unmittelbare oder mittelbare Gesetzgebung. Die materiale Allgemeinheit ist sachliche Richtigkeit des Gesetzes als ein Erkenntnis dessen, was Recht ist, also das Rechtsgesetz.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich vom Rechtsstaat entfernt, dessen Begriff den Staat als Einrichtung der Bürger erfaßt, der dem Recht als der Erkenntnis der Gerechtigkeit Verbindlichkeit verschaffen soll. Maßnahmegesetze dienen der Ordnung des Gemeinwesens, nicht dem Recht. Kant definiert das Recht wie folgt:

"Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, in so fern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen. Da nun jede Einschränkung der Freiheit durch die Willkür eines anderen Zwang heißt: so folgt, daß die bürgerliche Verfassung ein Verhältnis freier Menschen ist, die (unbeschadet ihrer Freiheit im Ganzen ihrer Verbindung mit anderen) doch unter Zwangsgesetzen stehen:" ... "Denn, da alles Recht bloß in der Einschränkung der Freiheit jedes anderen auf die Bedingung besteht, daß sie mit der meinigen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne, und das öffentliche Recht (in einem gemeinen Wesen) bloß der Zustand einer wirklichen, diesem Prinzip gemäßen und mit Macht verbundenen Gesetzgebung ist, vermöge welcher sich alle zu einem Volk Gehörige, als Untertanen, in einem rechtlichen Zustand (status iuridicus) überhaupt, nämlich der Gleichheit der Wirkung und Gegenwirkung einer dem allgemeinen Freiheitsgesetze gemäß einander einschränkenden Willkür (welcher der bürgerliche Zustand heißt) befinden: so ist das angeborene Recht eines jeden in diesem Zustande (d.i. vor aller rechtlichen Tat desselben) in Ansehung der Befugnis, jeden andern zu zwingen, damit er immer innerhalb den Grenzen der Einstimmung des Gebrauchs seiner Freiheit mit der meinigen bleibe, durchgängig gleich" (Über den Gemeinspruch, S. 144 f., 148; Kritik der reinen Vernunft, S. 680; Metaphysik der Sitten, S. 337 f., 527 u.ö).

"Alles Recht hängt nämlich von Gesetzen ab. Ein öffentliches Gesetz aber, welches für alle das, was ihnen rechtlich erlaubt oder unerlaubt sein soll, bestimmt, ist der Actus eines öffentlichen Willens, von dem alles Recht ausgeht, und der also selbst niemand muß Unrecht tun können. Hierzu aber ist kein anderer Wille, als der des gesamten Volks (da alle über alle, mithin ein jeder über sich selbst beschließt), möglich: denn nur sich selbst kann niemand unrecht tun. Ist es aber ein anderer, so kann der bloße Wille eines von ihm Verschiedenen über ihn nichts beschließen, was nicht unrecht sein könnte; folglich würde sein Gesetz noch ein anderes Gesetz erfordern, welches seine Gesetzgebung einschränkte, mithin kann kein besonderer Wille für ein gemeines Wesen gesetzgebend sein. (Eigentlich kommen, um diesen Begriff auszumachen, die Begriffe der äußeren Freiheit, Gleichheit, und Einheit des Willens aller zusammen, zu welcher letzteren, da Stimmgebung erfordert wird, wenn beide erstere zusammen genommen werden, Selbständigkeit die Bedingung ist.) Man nennt dieses Grundgesetz, das nur aus dem allgemeinen (vereinigten) Volkswillen entspringen kann, den ursprünglichen Vertrag." (Über den Gemeinspruch, S. 150 f., vgl. ganz so auch S. 148).

Unter diese gerechtigkeitsbestimmten Rechtsbegriff, der die allgemeine und gleiche Freiheit zugrunde legt, und damit republikanisch und demokratisch ist, kann das Maßnahmegesetz schlechterdings nicht subsumiert werden.

Kant lehrt die Freiheit, die mit dem Menschen geboren ist, das Unrecht (Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, 1968, S. 345). Das Bundesverfassungsgericht hat die Freiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG definiert, nie verstanden, sondern anstelle der Freiheit die Herrschaft zum Prinzip des Staates erhoben (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 71 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 115 f.); Fast alle Staatsrechtslehrer sehen das nicht anders (K. A. Schachtschneider, a. a. o. mit Belegen). Das Gesetz vom Recht zu lösen, wie es das Maßnahmegesetz notwendiger Weise macht, gibt den Versuch auf, dem Recht gerecht zu werden. Nach dem **Dictum des Bundesverfassungsgerichts** zum

Maßnahmegesetz ist die Auseinandersetzung um diese Institution des Staates verstummt, wie üblich, wenn das Bundesverfassungsgericht ‚Recht‘ gesprochen hat. Der Begriff des Maßnahmegesetzes ist aber für das Staatsrecht unausweichlich, gerade weil Maßnahmegesetze keine Rechtsgesetze sind. Vor allem sind es Diktaturgesetze, wie das Carl Schmitt, Christian-Friedrich Menger und Erwin Jacobi in den genannten Schriften deutlich gemacht haben.

Im Staat der Bürger, der Republik, die ein demokratisches Prinzip hat, kommen Maßnahmegesetze der Exekutive wegen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts, der Gesetzlichkeit allen staatlichen Handelns, wie gesagt, vor allem im Notstand in Betracht, falls die Verfassung den Notstand regelt und Maßnahmegesetze der Exekutive ermöglicht. Das war richtig, solange der Begriff konstitutionalistisch konnotiert war und eine eigenständige Befugnis der Exekutive erfaßte (vgl. H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 29, 36). Die Maßnahmegesetze im Konstitutionalismus waren Verordnungen, Verwaltungsgesetze (Ulrich Scheuner in der Aussprache der Staatsrechtslehrer zu den Vorträgen von Ch.- Fr. Menger und H. Wehrhahn „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: VVDStRL 15, 1957, S.72; auch Ch.- Fr. Menger, a. a. O., S. 28 Fn. 92). Das sind Maßnahmegesetze funktional nach wie vor. Sie waren nicht weniger verbindlich als die Legislativgesetze. Die Geltungsgrundlage der Gesetze war gemäß dem monarchischen Prinzip die Staatsgewalt des Fürsten, dessen Souveränität. Der Gesetzesbegriff der konstitutionellen Legislative war auf Gesetze beschränkt, die in Freiheit und/oder Eigentum der Bürger eingegriffen haben. Diese waren im Gegensatz zum formellen Gesetzesbegriff materielle Gesetze. Alle Entscheidungen der Legislative, die sich als Gesetze bezeichnen, sind in der Republik formal Gesetze, selbst wenn und soweit sie funktional Akte der vollziehenden Gewalt sind. Der Geltungsgrund auch der materiellen Gesetze des Konstitutionalismus war die Staatsgewalt des Fürsten. An diesen Gesetzen wollten und sollten die Bürger mitwirken, wenn, wie gesagt, ihr Eigentum und ihre Freiheit (liberale Freiheit vom Staat, nicht republikanische Freiheit im Staat, dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 274 ff., 343 ff.) eingeschränkt werden sollte. Schließlich hatten die Bürger die Steuern zu zahlen. Es gab den konstitutionellen Gesetzesvorbehalt für Gesetze, die in die Freiheit oder das Eigentum der Bürger eingriffen. Die Bürger wurden dadurch nicht zum Souverän des Staates. Die Staatsgewalt ging nicht vom Volke aus. Aber ohne die Zustimmung der Bürgerschaft konnten die materiellen Gesetze des Fürsten im Sinne des Konstitutionalismus nicht zur Geltung kommen (C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 147 ff.; Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, 2. Aufl. 1968, S. 47 ff., 145, 149 ff.; Hans-Heinrich Rupp, Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1956, 2. Aufl. 1991, S. 113 ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 1958, 2. Aufl. 1981, S. 323 ff.; Ernst-Rudolf Huber, Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, in: J. Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. I, Historische Grundlagen, 3. Aufl. 2003, § 4, S. 129 ff., Rnrn. 30 ff., 55 ff.; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 234). Die Freiheit der Bürger war nicht deren Souveränität, wie in der Republik (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 321 ff.). Im Einzelnen und auch im Grundsätzlichen war alles umstritten und alles im Fluß. Hingewiesen sei besonders auf Hans-Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1956, 2. Aufl. 1991, S. 47 ff.

Im Staatsrecht der Republik ist die Souveränität jeden Bürgers als seiner Freiheit die Grundlage des Staates (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 301 ff.; ders., Nationalstaat und Souveränität, i. E. 2. Teil). Diese Freiheit kann nur in wohl organisierter Einheit der Bürger ausgeübt werden. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke (!) in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“, Art. 20 Abs. 2 GG. Diesem Fundamentalprinzip der Republik wird nur ein Staatsrecht gerecht, das seine Begriffe auf die Verwirklichung der allgemeinen und gleichen Freiheit ausrichtet. Wer den Staat als „Herrschaftsordnung“ begreift, wie das Bundesverfassungsgericht (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 54 ff., 71 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 115 ff.) und diesem folgend die ganz überwiegende Staatsrechtslehre (daselbst umfangreiche Belege), kann schlechterdings das Grundgesetz nicht verstehen, auch und insbesondere nicht den Begriff des Gesetzes und nicht die Gewaltenteilung, die Art. 20 Abs. 2 GG mittels Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich festschreibt. Verfassungsprinzipien, die nicht geändert werden dürfen, werden vom politischen System gebeugt. Das wirksamste Mittel ist es, vor allem die tragenden Verfassungsprinzipien nicht zu verstehen. Demgemäß muß auch der Begriff des Maßnahmegesetzes eine Dogmatik zugrundegelegt werden, die den Prinzipien und Begriffen des Grundgesetzes genügt.

Die freiheits- und gewaltenteilungsrechtliche Brisanz der Maßnahmegesetze hat das Bundesverfassungsgericht, meist entgegen den Vorträgen der Verfassungskläger, ausgeblendet. Es hat nicht erkannt, daß diese Art der Gesetzgebung den Staat verändert. Aus dem liberalen Ordnungsstaat haben Maßnahmengesetze einen interventionistischen Wirtschaftsstaat, mit äußerlich rechtsstaatlichen, aber parteienoligarchisch unterlaufenen Verfahren gemacht. Die Maßnahmengesetze sind für die Umwandlung der liberalen Marktwirtschaft zur tendenziell sozialistischen Staatswirtschaft kennzeichnend. Das Maßnahmegesetz ist Instrument des Parteienstaates, der seine Oligarchie mit kreditierten ‚Wahlgeschenken‘ stabilisiert und außenpolitisch ‚Solidarität‘ mit ebenso kreditierten Finanzleistungen praktiziert. Die überbordende Schuldenlast hinterläßt dieser Staat späteren Generationen mit allen Gefahren für wohlstandsgewährleistende Wirtschaft, bürgerliches Vermögen und freiheitliches Leben. Die Maßnahmen bringen, verbunden mit Angebotsschwächen eine pauperisierende Inflation und zudem eine außerordentliche Steuerlast der Bürger mit sich. Die Steuerpflichten der Bürger sind nur in Belgien größer als in Deutschland (OECD-Studie vom 12.04.2019; VNR Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG, Stand 30. Juni 2022). Die goldene Regel für Staatskredite (Karl Schiller, Wilhelm Hankel), die von 1969 bis 2009 (Finanzkrise 2008) in Art. 115 GG stand, ist längst aus dem Grundgesetz verbannt, zugunsten eines grundsätzlichen Kreditaufnahmeverbots für Bund und Länder in Art. 109 Abs. 3 GG und Art. 115 Abs. 2 GG. Der Bund, für den das Verbot begrenzt ist, hält dieses in keiner Weise ein, sondern setzt es immer wieder aus. Die Gesetzgebung dafür steht in seiner Macht, sogar die Verfassungsgesetzgebung. Die kreditäre Staatsfinanzierung rechnet sich in vielen Billionen Euro, die schlechterdings nicht beglichen werden kann (dazu K. A. Schachtschneider, Staatsschulden, Wider die Schuldenbremsen, 2021; die Schrift berichtet auch von den Verfassungsklagen gegen die Schuldenpolitik einschließlich der Europolitik). Die Kreditaufnahmen der Europäischen Union, bisher 750 Milliarden Euro, kommen hinzu. Mit Krediten werden vornehmlich Maßnahmen finanziert, seien es ökonomische, seien es soziale, seien es militärische oder seien es finanzielle Unterstützung anderer Länder, sogar kriegsführender Länder für Waffenkäufe, gegen die bisherige Neutralitätsdoktrin Deutschlands bei Konflikten anderer Staaten. Diese Politik ist mit Rechtsgesetzen, die der Gerechtigkeit, sprich dem

Sittengesetz, verpflichtet sind, nicht zu machen. Sie bedarf der Maßnahmegesetze. Rechtsgesetze schützen die Freiheit, Maßnahmegesetze ruinieren die Freiheit - nicht aus begrifflichen Gründen, sondern wegen des Mißbrauchs durch den ‚fürsorglichen‘ Parteienstaat. Es sind staatsgefährdende Verfassungsentwicklungen, die dem Instrument Maßnahmegesetz erwachsen, die das Bundesverfassungsgericht nicht ausblenden darf.

d) Selbstvollziehende Gesetze

aa) Gewaltenteilung

Maßnahmegesetze sind meist auch selbstvollziehende Gesetze. Die Staatsrechtsdogmatik der Republik läßt einen Begriff des Maßnahmegesetzes, wie ihn der konstitutionelle Staat praktiziert hat, nicht zu. Das Maßnahmegesetz war im Konstitutionalismus (H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme“ (VVDS_{StRL} 15, S. 35 ff., 36) das Gesetz der monarchischen Exekutive. Der Begriff des Maßnahmegesetzes hat in seiner Geschichte den Begriffsgehalt verändert. Er war und ist ein Begriff des Staats- und Verwaltungsrechts, der sich in die jeweiligen Verfassungen des Staates eingefügt hat und einfügen mußte. Die Geschichte des Begriffs kann hier nicht nachgezeichnet werden.

„Selbstvollziehende Gesetze“ hält das Bundesverfassungsgericht für rechtmäßig, falls diese geboten erscheinen, selbst wenn dadurch die für den Rechtsstaat essentielle Gewaltenteilung auf „ihren Kern“ reduziert wird (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), LS 3 b, Rnrn. 103, 135, 140 ff., 268; vgl. auch BVerfGE 95, 1 (17); 134, 33 (88. Rn. 128); 139, 321 (363, Rn. 127)):

„Zieht das Parlament solche Verwaltungstätigkeit an sich, müssen hierfür im Einzelfall hinreichende sachliche Gründe bestehen“.

Selbstvollziehend sind Gesetze, die Maßnahmen, insbesondere Gebote und Verbote, anordnen, ohne daß diese von der Verwaltung etwa durch Verwaltungsakte zu vollziehen sind. Es sind Gesetze, die bestimmte Zwecke verfolgen und nicht mehr befolgt werden müssen, wenn der Zweck erreicht ist (Ch.-Fr. Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDS_{StRL} 15, 1957, S. 31: *clausula rebus sic stantibus*).

Die ‚Verwaltung‘ durch den Gesetzgeber war und ist eine Mißachtung der Gewaltenteilung (so auch Ch. Waldhoff, Der Bundesstaat in der Pandemie, NJW 38/2021, 2772 ff., 2773 ff.). und demgemäß können „selbstvollziehende Gesetze“ unter dem Grundgesetz keinen Bestand haben. Ulrich Scheuner in der Aussprache der Staatsrechtslehrer zu den Vorträgen von Ch. - Fr. Menger und H. Wehrhahn „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: VVDS_{StRL} 15, 1957, S. 85:

„Schwieriger ist es bei Übergriffen des Parlaments in die Exekutive. Hier berührt sich die Problematik, vor der wir stehen, mit den gegenwärtigen politischen Entwicklungen. Die modernen Parlamente werden infolge der schwindenden Gewaltenteilung mehr und mehr die eigentlichen Leiter der Verwaltung. Das Parlament leitet die Verwaltung heute folglich weniger durch Einzeleingriffe als durch eine fortlaufende Änderung der Gesetze. Wir sind auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts daran gewöhnt, daß das Parlament immer von neuem die Gesetze ändert. Das ist in Wahrheit eine mehr administrative als legislatorische Tätigkeit. Dagegen können wir aber nicht von einem Begriff des Gesetzes aus vorgehen. Hier liegt ein Mangel vor, der aus der Verfassungsstruktur heraus berichtigt werden müßte, ein Ziel, das durch eine Begrenzung

der legislativen Tätigkeit erreicht werden müßte. Wenn so die Gewaltenteilung nicht als Maßstab dienen kann, so ist das eigentlich entscheidende Prinzip der egalitäre Zug der Demokratie. Die Demokratie gestattet keine Individualgesetze. Hier ist der eine Ansatz des Verbotes von Individualgesetzen. Der zweite liegt im Rechtsstaatsgedanken. Der Rechtsstaatsgedanke schließt ebenfalls die Gleichheit ein, nicht so sehr eine soziale Gleichheit.“

Die Gesetzgebung und die vollziehende Gewalt müssen unter dem Grundgesetz in ihrer republikanischen Eigenheit erfaßt werden. Jedenfalls darf grundsätzlich Gesetzgebung keine vollziehende Gewalt sein und vollziehende Gewalt keine Gesetzgebung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Die Ausklammerung der Verwaltung und weitestgehend der Verwaltungsgerichte aus der rechtsstaatlichen Vollzug der Gesetze ist wegen Art. 83 GG eine Relativierung der horizontalen Gewaltenteilung, aber wegen der grundsätzlichen Befugnis der Länder, die Gesetze des Bundes auszuführen, auch der vertikalen Gewaltenteilung. Zu bedenken ist auch, daß die vollziehende Gewalt mittels der Rechtsverordnungen materielle Vorschriften geben kann, die auch der Gesetzgeber als Gesetze erlassen könnte. Die selbstvollziehenden Gesetze erübrigen die Verwaltungsakte der zweiten Gewalt und damit den normalen Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte der dritten Gewalt. Gegebenenfalls kommt eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zur Klärung des Rechtsverhältnisses in Betracht, wenn dafür ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Der Rechtsschutz wird somit verkürzt. Auch Verfassungsgerichtsschutz mittels Verfassungsbeschwerden verspricht kaum Hilfe.

bb) Verfassungsbeschwerden

Verfassungsbeschwerden haben besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nicht ohne weiteres erfüllt werden. § 90 Abs. 1 BVerfGG setzt die Behauptung der Verletzung eines seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechts durch die öffentliche Gewalt voraus. Das Bundesverfassungsgericht verlangt, daß der Beschwerdeführer „selbst, gegenwärtig und unmittelbar“ durch den Akt der öffentlichen Gewalt, jedenfalls durch ein Gesetz, betroffen ist (BVerfGE 1, 97 (101)). Sonst könne er nicht in einem seiner Rechte verletzt sein, sondern erhebe eine Popularklage. Nach § 90 Abs. 2 BVerfGG ist im Allgemeinen die Erschöpfung des Rechtsweges, die prozedurale Subsidiarität (BVerfGE 115, 81 (94 ff., Rnm. 36 ff., insb. Rnm. 40 ff.; BVerfGE 150, 309 (326 ff. Rn. 41 ff.); 154, 152 (212 Rn. 78); dazu St. Detterbeck, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 94, Rn. 20), Voraussetzung der Beschwerdezulässigkeit. § 92 BVerfGG die Begründung der Beschwerde und § 93 die Einhaltung der unterschiedlichen Fristen. § 93 a BVerfGG regelt die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung durch die Kammer durch einstimmigen Beschluß (§ 93 d Abs. 3 BVerfGG) oder unter näherer Voraussetzung des Senats (§ 93 b BVerfGG) durch Beschluß, wenn mindestens drei Richter zustimmen. Der Verfassungsbeschwerde muß für die Annahme nach § 93 a Abs. 2 lit a BVerfGG entweder grundsätzliche Bedeutung zukommen oder sie muß wegen der in § 90 BVerfGG genannten Rechte oder wegen besonders schweren Nachteils durch die Versagung der Entscheidung angezeigt sein. Diese fast unüberwindliche Hürde führt zur Ablehnung der Annahme der allermeisten Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung. Von 5.059 Verfassungsbeschwerden im Jahr 2021 (2011 fast 7.000) sind 4.944 nicht zur Entscheidung angenommen worden. Das Institut der Annahme ist wegen der Überschwemmung des Gerichts mit Verfassungsbeschwerden nachträglich in das Bundesverfassungsgerichtsgesetz aufgenommen worden. 2021 sind nur 4, 2 % der Nichtannahmeentscheidungen der Kammern begründet worden. Nur 67 Verfassungsbeschwerden waren 2021 erfolgreich. Die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerden nicht anzunehmen, wird in manchen Fällen hochpolitischer

Grundrechtsverstöße genutzt, um der Politik keine Steine in den Weg zu legen. So wurde meine Verfassungsbeschwerde vom 30. Januar 2016 gegen die illegale Massenzuwanderung Fremder am 5. September 2015 und in der Folgezeit, der die Regierung Merkel/Gabriel die Grenzen offengehalten hat, ohne jede Begründung nicht zur Entscheidung angenommen (K. A. Schachtschneider, Verfassungsbeschwerde (2 BvR 242/16) gegen Zulassung der Masseneinwanderung durch die Bundeskanzlerin und die Bundesregierung, vom 30. Januar 2016, mit weiteren Beschwerdeführern (Homepage, Verfassungsklagen und Downloads; ders., Das Unrecht der Massenzuwanderung, Homepage, Aktuelles). Dem Annahmeverfahren sind rechtsstaatliche Bedenken und insbesondere die Unvereinbarkeit mit Art. 8 der Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen und Art. 13 der Konvention zum Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates angelastet worden, zu Recht (vgl. auch K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 366; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 251 f.). Das Dilemma könnte zumindest gemindert werden, wenn kein Parteimitglied in das Bundesverfassungsgericht berufen würde, besser noch berufen werden dürfte. Die Parteienoligarchie ist mit der Gewaltenteilung eines Rechtsstaates nicht zu vereinbaren. Zumindest die Verfassungsrichter müssen in den oft die Zukunft bestimmenden politischen Streitverfahren persönlich von den politischen Parteien strikt unabhängig sein (Art. 97 Abs. 1 GG). Sie haben das Vertrauen in die Sachlichkeit ihrer Entscheidungen, das sie und den Verfassungsstaat trägt, beschädigt, wenn nicht verloren. Das wichtigste Instrument der Politisierung der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist die Auflösung der Verfassungsrechtssätze in das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die zu **IV 1 und 2** und an anderen Stellen dargelegt ist. Die parteienstaatliche Systemänderung ist jedoch ungebrochen. Sie ist weder rechtsstaatlich noch demokratisch. Sie widerspricht dem Grundgesetz. Jedes System entwickelt seine eigenen Instrumente. Diese sind Ausdruck des Systemwechsels, des Verfalls der freiheitlichen Verfassung.

cc) Vorrang der Gesetze

Weil die „vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist“, gibt es einen Vorrang der Gesetze. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt folgt einerseits aus den Grundrechten, soweit diese nur durch Gesetz und auf Grund von Gesetzen eingeschränkt werden dürfen. Eingriffsverwaltung setzt Gesetze voraus (BVerfGE 20, 150 (157 f.); 33, 125 (158 f.); 33, 303 (337); 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126); 58, 257 (274); 85, 386 (403 f.); 98, 218 (252)). Das Bundesverfassungsgericht spricht von einem ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt über die Eingriffsverwaltung hinaus (BVerfGE 17, 319 (333 f.): st. Rspr.; BVerfGE 100, 271 (283 f.)). Die Gesetzlichkeit gehört zum Staatsprinzip der Republik. Die Staatsgewalt des Volkes kann nicht anders als durch Gesetze und auf Grund von Gesetzen ausgeübt werden. Freiheit ist Gesetzlichkeit. Ohne gesetzliche Ermächtigungen hat der Staat keine Befugnisse. Die Würde des Menschen ist es, unter dem eigenen und folglich im Staat allgemeinen Gesetz zu leben, in der Republik (dazu zu A I 1a **III 6 g**, **V 1 c**, auch zu **IV 2 a, b**; **V 2 a und b**; **VII 6 d und e**; *passim*; dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 110 ff., 113 ff.). Wenn es eine Staatsgewalt unabhängig von Gesetzen des Volkes gäbe, müßte diese auf einer anderen Hoheit als der des Volkes gründen. Die kann es in der Republik nicht geben.

dd) „Lex und ius“

Christian-Friedrich Menger hat besondere „Kompetenzen in Fortentwicklung des Art. 48 WRV Sonder- und vor allem Notsituationen politischer, sozialer oder wirtschaftlicher Art mit gesetzesvertretenden Vorordnung zu begegnen“, vermißt. Er meinte gemäß der „alten Unterscheidung von lex und ius“

einen „dualistischen“ Ersatz für das Defizit der Teilung der Gewalten zu finden. Während die Legislative und die Exekutive durch die „demokratische Volkssouveränität“ legitimiert werden würden die Rechtssprechungsorgane durch das „materiell-rechtsstaatliche Prinzip der Souveränität des Rechts“ legitimiert (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 3 ff., S. 26 ff.). Mit Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, wonach „alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“, ist dieser Dualismus der Legitimation, besser: der Legalisierung, schwerlich vereinbar. Die Wahl insbesondere der Verfassungsrichter durch den Deutschen Bundestag und den Bundesrat widerstreitet einer eigenständigen „Souveränität des Rechts“, die unvermeidlich zur ‚Souveränität der Richter‘ wird. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zum ‚Souverän‘ in Deutschland erhoben. Der Unterschied der lex vom ius steht in Art. 20 Abs. 3 GG. Aber alle Richter auch die des Bundesverfassungsgerichts sind durch Art. 97 Abs. 1 GG dem Gesetz unterworfen, also der lex, das auch ius sein soll. Das Bundesverfassungsgericht hat die Aufgabe, die Gesetze am Recht zu prüfen. Das ergibt sich schon daraus, daß die Gesetzgebung nach Art. 20 Abs. 3 GG (nur) an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist (dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., 858 ff., 932 ff., 963 ff.). Das Recht muß das Bundesverfassungsgericht dem Grundgesetz entnehmen, nicht politischen, gar ideologischen Zeitgeist.

ee) Gewaltenteilung - Grenzen

In das soeben skizzierte Gefüge der Republik muß sich der Begriff des Maßnahmegesetzes fügen. Der Begriff des „selbstvollziehenden Gesetzes“ offenbart selbst den Widerspruch. Ein Gesetz, das sich selbst vollzieht, mißachtet offenkundig die Teilung der Gewalt zwischen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt (E. Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, S. 227; klar ders., Aussprache der Staatsrechtslehrer zu den Vorträgen von Ch.- Fr. Menger und H. Wehrhahn „Das Gesetz als Norm und Maßnahme“, in: VVDStRL 15, 1957, S. 83 f.; folgend H. Wehrhahn, daselbst, S. 24). Die Gewaltenteilung ist ein Grundpfeiler des Rechtsstaates. Als Notstandsgesetz oder Diktaturgesetz jedoch ist das selbstvollziehende Gesetz geradezu notwendig, wenn der Gesetzgeber in die Bewältigung des Notstands einbezogen wird.

Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 140 ff.:

Rn. 140

„Der Gewaltenteilungsgrundsatz ist ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 147, 50 <126 Rn. 196>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. Juli 2021 - 2 BvE 4/20 u.a. -, Rn. 22; stRspr). Er bezweckt unter anderem eine politische Machtverteilung sowie die gegenseitige Kontrolle und Begrenzung der drei Gewalten mit der Folge der Mäßigung der Staatsgewalt. Darüber hinaus soll er sicherstellen, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für eine möglichst sachgerechte Entscheidung verfügen. Die Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten muss gewahrt bleiben, damit keine Gewalt ein vom Grundgesetz nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere erhält. Auch dürfen einer Gewalt nicht die zur Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten genommen werden; der Kernbereich ihrer jeweiligen Entscheidungsbefugnisse ist unantastbar (vgl. BVerfGE 95, 1 <15>; 139, 321 <362 Rn. 125> m.w.N.)

Rn. 141

Schranken einer Gewichtsverlagerung von der Exekutive auf die Legislative resultieren darüber hinaus aus dem Zweck der Gewaltenteilung insofern, als diese auf die gegenseitige Mäßigung und Kontrolle der

Staatsorgane ausgerichtet ist und damit auch rechtsstaatliche, grundrechtsschützende Funktionen erfüllt. Entscheidungen aufgrund eines schlicht subsumierenden Normenvollzugs sind funktional typischerweise der Verwaltung vorbehalten, die für diese Aufgabe den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt (zum weiteren Aspekt des Rechtsschutzes Rn. 147 ff.). Zieht das Parlament solche Verwaltungstätigkeit an sich, müssen hierfür im Einzelfall hinreichende sachliche Gründe bestehen (vgl. BVerfGE 95, 1 <17>; 134, 33 <88 Rn. 128>; 139, 321 <363 Rn. 127>). Handelt es sich bei dem Gesetz um ein sogenanntes Einzelpersonengesetz, das heißt ein Gesetz, das sich von vornherein nur an eine oder mehrere konkrete Personen richtet und diese in ihren Grundrechten beschränkt, so erhöhen sich die Anforderungen an die Rechtfertigung. Der Gesetzgeber ist zur Rechtsetzung lediglich befugt, wenn ein zwingendes Regelungsbedürfnis für den singulären Sachverhalt besteht (BVerfGE 139, 321 <363 Rn. 127>). Zum Vorliegen solcher rechtfertigenden Gründe steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 95, 1 <17>; siehe auch BVerfGE 43, 291 <347>).

143

(2) Danach war die in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG gewählte Regelung mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz vereinbar. Für die nicht in den Kernbereich der Exekutive (a) eingreifende Handlungsformenwahl lagen jedenfalls hinreichende sachliche Gründe vor (b).

144

(a) Die Ausgestaltung der Maßnahmen in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG bewirkten zwar eine gewisse Gewichtsverlagerung zwischen Legislative und Exekutive. Ein Eingriff in den Kernbereich der der Exekutive vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgaben war damit aber offensichtlich nicht verbunden. Bei den in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG als selbstvollziehend angeordneten Beschränkungen handelte es sich um abstrakt-generelle Regelungen, die personal nahezu jede sich im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhaltende Person und sachlich eine Vielzahl von Fällen erfassten. Die Beschränkungen bedurften zwar keines Verwaltungsvollzugs, um im Einzelfall Wirkung zu entfalten. Der Verwaltung wurde aber dadurch kein ihr zugewiesener Sachbereich als solcher entzogen. Die Verwaltungsbehörden waren weiterhin für Auslegung und Subsumtion der Tatbestände einschließlich der Ausnahmeregelungen und Durchführungsvorgaben zuständig. Zudem hatten sie die Einhaltung der Beschränkungen zu überwachen sowie diese gegebenenfalls zu vollstrecken und Verstöße als Ordnungswidrigkeiten zu sanktionieren. Die selbstvollziehenden Beschränkungen aus § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG ließen daher die konkret-individuelle Normanwendung als Proprium der vollziehenden Gewalt weitgehend unberührt.

145

b) Für die Ausgestaltung der angegriffenen Beschränkungen als selbstvollziehende Regelungen bestanden auch hinreichende sachliche Gründe. Der Gesetzgeber stützte sich für seine Annahme, die Gesetzeszwecke des Schutzes von Leben und Gesundheit sowie der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems ließen sich bei einer Fortsetzung des föderalen Vorgehens durch Landesrechtsverordnungen erheblich weniger gut erreichen (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 1, 8 f.), auf tragfähige tatsächliche Umstände. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der angegriffenen Regelungen konnte der Bundesgesetzgeber von einem nicht lediglich regional begrenzten Infektionsgeschehen ausgehen, das durch das Auftreten neuer, gefährlicherer Virusvarianten, steigende Infektionsraten sowie steigende Belegungsraten der Intensivstationen mit COVID-19-Patienten gekennzeichnet war (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 8). Die weitere Annahme des Gesetzgebers, es bestehe eine Schutzlücke, die aus einer nicht bundesweit einheitlich erfolgenden Auslegung und Umsetzung der in der Konferenz der Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten getroffenen Beschlüsse resultiere und die bundeseinheitliche Regelung erfordere (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 8 f.), lag innerhalb des ihm zu den sachlichen Gründen zustehenden Beurteilungs- und Einschätzungsspielraums. Das gilt sowohl für die Beurteilung der bei Inkrafttreten maßgeblichen epidemischen Lage als auch für die Einschätzung, dem ausgemachten Schutzdefizit durch bundeseinheitlich geltende, nicht von länderspezifischen Handhabungen abhängige gesetzliche Regelungen begegnen zu können.“

Die Gewaltenteilung kann nicht dem konformistischen Praktizismus des Bundesverfassungsgerichts geopfert werden. Allein schon der Föderalismus schließt das aus, weil die Gesetzgebung im Rahmen der ausschließlichen und gegebenenfalls konkurrierenden Gesetzgebung Sache des Bundes ist, die vollziehende Gewalt aber gemäß Art. 83 Abs. 1 GG grundsätzlich Sache der Länder. Die Selbstvollziehung der Bundesgesetze ist Gesetzesvollzug des Bundes, nicht der Länder. Im Grundgesetz steht das nicht. Die Gesetze müssen somit, um das Recht zu materialisieren, auf die Verwirklichung des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit ausgerichtet sein (Karl A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 567 ff., 718, 978 ff., 980, 990 ff. u. ö.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 164 ff., 267, 415 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 50 ff.). Diese Gesetze hat die Verwaltung zu vollziehen und nur die Verwaltung darf sie gemäß Art. 20 Abs. 2 GG vollziehen.

Teil B

I

Corona-Lage in Deutschland

Coronaviren SARS-CoV-2 können, wenn ein Mensch sich mit ihnen ansteckt, zu einer Krankheit führen, die erhebliche Gesundheitsschäden und sogar den Tod herbeiführen kann. Nicht nur das Atemsystem des Menschen kann durch die Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 geschädigt werden, sondern auch dauerhaft alle Organe. Man nennt die langfristigen Gefahren, an dem Virus zu erkranken, Long-Covit. Das Coronavirus SARS-CoV-2 hat sich in aller Welt verbreitet und Erkrankungen und Tod mit sich gebracht. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat eine Pandemie durch das Corona-Virus festgestellt. Infektion an dem Virus, durch einen positiven PCR-Test (polymerase chain reaction-Test) festgestellt, wird als ‚Erkrankung‘ angesehen. Ein negativer PCR-Test spricht nicht gegen die Infektion mit dem Virus, sondern sagt nur aus, daß der Virus nicht festgestellt wurde. Dafür kann es viele Gründe geben. Die Immunität, kurz- oder langfristig, gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in einer der ständig wechselnden Varianten, weist der Test nicht aus. Wenn eine durch das Robert-Koch Institut (RKI), einer Verwaltungsbehörde, festgelegte Zeit seit der ‚Erkrankung‘ an dem Virus verstrichen ist oder ein negatives Ergebnis eines PCR-Tests, gilt das als Genesung von der ‚Erkrankung‘ an dem Coronavirus SARS-CoV-2.

Nicht immer waren die Angaben der Mediziner und der Krankenhäuser über den Grund der Erkrankung oder des Todes von Patienten richtig, sei es, weil die Diagnosen nicht auf fachgerechten Untersuchungen beruhten, sei es, weil die Diagnosen irrig waren, oder sei es, weil die Angaben nicht der Wahrheit entsprachen. Von den Diagnosen einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 hingen und hängen erhebliche staatliche Zuschüsse zu den wirklichen oder auch nur vorgetäuschten Kosten insbesondere der Krankenhäuser ab. Kurzarbeitergeld für Unternehmer, die, um der Verbreitung des Virus entgegenzuwirken, ihren Betrieb ruhen zu lassen verpflichtet wurden, aber ihre Arbeitnehmer entlohnen mußten, hat mehrere Milliarden Euro verschlungen (Frankfurter Allgemeine Zeitung, FAZ.NET vom 13. September 2021). Obduktionen, die eine zuverlässigere Erkenntnis der Gründe für die Erkrankung oder den Tod von Patienten ermöglichen, fanden und finden nur in wenigen Fällen statt. Die

vorgetragene Umstände sind offenkundig und vielfach durch sachkundige Mediziner dargelegt worden.

Schwere Erkrankungen an dem Coronavirus und der in eher seltenen Fällen Tod in Folge dieser Erkrankung hat auch wegen der Feststellung einer Pandemie durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) in der weltweiten Öffentlichkeit zur Sorge um die Gesundheit und das Leben der Menschen geführt, insbesondere um Gesundheit und Leben der alten und der aus besonderen Gründen gesundheitlich geschwächten Menschen. Die Medien, zumal die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands, haben durch ständige, vielfach alarmistische Berichte über die Entwicklung der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erkrankungen an dem Virus mit schweren Folgen für Gesundheit und Leben, große Angst um Leben und Gesundheit der Menschen in Deutschland und anderswo hervorgerufen. Wie die meisten anderen Staaten hat Deutschland darauf mit allgemeinen Abwehrmaßnahmen gegen Infektionen mit dem Coronavirus reagiert.

Die Verpflichtungen, Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu treffen, wurden in der ersten Zeit politisch und auch rechtlich vornehmlich nach Inzidenzen der Infektionen mit dem Virus, aber auch nach den Belastungen des Gesundheitssystems bemessen. Sie wurden bis zum ‚lock down‘, also bis zum weitgehenden Stillstand der unternehmerischen, kommunalen und staatlichen, aber auch privaten Betätigungen in der Öffentlichkeit und sogar im häuslichen Bereich, getrieben. Im begrenzten Umfang wurde nach örtlichen Inzidenzen differenziert. Die Maßnahmen, Gebote und Verbote zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2, wurden auf die Ermittlungen der 7-Tage Inzidenzen durch das RKI gestützt. Die Inzidenzen wurden und werden vornehmlich auf Grund der positiven SARS-CoV-2-PCR-Testzahlen in einer Woche, bezogen auf 100.000 Menschen (Infektions-Inzidenz), errechnet. Relevant wurde um der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems willen mehr und mehr die Zahl der coronabedingten Hospitalisierungen, die Hospitalisierungs-Inzidenz (§ 28a Abs. 3 Sätze 2-13 n. F. IfSG).

Die (wenig zuverlässigen) Inzidenzzahlen wurden täglich in den Nachrichten besonders herausgestellt. Steigende Zahlen verängstigten und führten zu verschärften Schutzmaßnahmen der Länder und der Kommunen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, mit großen wirtschaftlichen Einbußen und verengten Lebensverhältnissen. Die Möglichkeiten der Intensivbehandlung in den Krankenhäusern wurden mangels Pflegekräften prekär und sind es auch wegen anderer Erkrankungen noch, gegenwärtig wegen einer schweren Grippewelle, die vor allem kleine Kinder in Lebensgefahr gebracht hat.

Der PCR-Test war und ist vielfach noch nach einem positiven Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest vorgeschrieben, wenn ein Schnelltest positiv war, so nach § 7 Abs. 1 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021. Die Schnelltests waren und sind unzuverlässig. 40 % der Schnelltests gelten als falsch. Das hat zur Folge, daß viele negativ getestete Menschen infiziert sind, aber auch, daß viele positiv getestete Menschen nicht infiziert sind. Durch die dem Schnelltest nachfolgenden PCR-Tests werden die Fehler der Schnelltests nicht durchgehend korrigiert.

Die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 wurde und wird in Deutschland nicht auf die Fälle beschränkt, in denen Menschen erkennbar Symptome einer Corona-

Erkrankung zeigen. Die gesamte Bevölkerung Deutschlands wurde gut zwei Jahre lang verpflichtet, bei vielen Handlungen Schutzvorschriften zu beachten, welche die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 möglichst ausschließen sollen, insbesondere einen negativen Test über ihre Infektion mit dem Virus nachzuweisen, wenn sie bestimmte Handlungen vornehmen wollten. Der Bundesgesetzgeber hat die Landesregierungen Deutschlands zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt, unter näher genannten Voraussetzungen Gebote und Verbote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen. Für grundimmunisierte Personen, bei denen auf Grund von vollständiger Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder Genesung von einer Corona-Erkrankung, also nach einem positiven PCR-Test, für begrenzte Zeit, derzeit sechs Monate, von der Immunisierung gegen das Virus auszugehen ist, oder für Personen, die ein negatives Ergebnis eines PCR-Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von den Geboten und Verboten zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 zu regeln. Vollständig geimpften und genesenen Personen wurden ‚Erleichterungen‘ von gewissen Schutzmaßnahmen ‚gewährt‘. Viele Verrichtungen wurden ohne den Nachweis der ‚Immunisierung‘ unterbunden. Auch der Nachweis eines negativen Tests auf das Coronavirus schaffte keinen Zugang zu bestimmten Räumen. Weitgehend galt diese sogenannte G 2 Regel (geimpft oder genesen). Für die Berliner Rechtslage war längere Zeit die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Dezember 2021 mit drei Änderungen, die letzte vom 18. Januar 2022, maßgeblich. Inzwischen gilt nach der 4. vom 29. März 2022 die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 27. September 2022. Im Text zitiert ist die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung - BaSchMV) vom 29. März 2022 in der Fassung der Vierten Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 23. Juni 2022. Diese Verordnung vom 29. März 2022 ist im Anhang wiedergegeben.

Der Regierungswechsel von der Großen Koalition zur Ampelkoalition nach der Bundestagswahl vom 26. September 2021 hat zu Änderungen des Infektionsschutzgesetzes geführt, die die diktatorischen Maßnahmen (zum republikanischen Begriff der Diktatur zu IX 3 c) zur Bewältigung des Ausnahmezustandes merkbar gelockert haben. Ob es so bleibt, steht dahin. Der Bundesgesundheitsminister ist skeptisch. Die Medien haben den Krieg in der Ukraine, „Putins brutalen Angriffskrieg“, und die Versorgungsnot und Sorgen um die wirtschaftliche und politische Stabilität in Folge dieses Krieges in den Vordergrund ihrer Bemühungen um die Bildung der öffentlichen Meinung gerückt.

Nach dem Winter 2021/2022 wurden die meisten Schutzmaßnahmenpflichten aufgehoben. Für die Nutzung des Öffentlichen Nah- und Fernverkehrs blieb jedenfalls in Berlin der Mund-Nasen-Schutz vorgeschrieben. Die Angst vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hatte und hat sich gelegt, obwohl die Inzidenzen sich vielfach gegenüber den Inzidenzen, die strenge notständige Schutzmaßnahmen zur Folge hatten, mehr als verzehnfacht hatten. Vor allem die Infektion mit der Omikron-Variante des Virus, die sich rasant verbreitet hat, wurde als weniger folgenschwer eingeschätzt. Hospitalität und Todesfälle bestanden weiter. Der Großteil der Bevölkerung Deutschlands war oder ist inzwischen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt, ob nicht geimpft oder geimpft. Das Leben hat sich normalisiert.

Um nach Möglichkeit die Rechtsstaatlichkeit der Gebote und Verbote des Infektionsschutzgesetzes und der Ermächtigungen des Infektionsschutzgesetzes zu den vielfältigen Maßnahmen zum Schutz

Deutschlands gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu gewährleisten, hatte der Bundesgesetzgeber kleinteilig die Verhaltenspflichten in Deutschland vor allem in § 28 b IfSG alter Fassung erweitert. Diese am 22. April 2021 in das Infektionsschutzgesetz eingefügte Vorschrift ist bereits am 30. Juni 2021 wieder außer Kraft getreten. Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 10. Dezember 2021 hat anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. November 2021 § 28 b IfSG für einen anderen Regelungsgegenstand, die Schutzmaßnahmenpflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer an Arbeitsstätten, in Einrichtungen und in Unternehmen, genutzt. Artikel 3a des Gesetzes vom 28. Juni 2022 hat u. a. § 28 b IfSG erneut geändert (siehe Anhang zu 1 h und i). Schon diese Novellen des Infektionsschutzgesetzes in kurzer Zeit erweist ihrem Wortgebrauch gemäß den diktatorischen Charakter des Maßnahmegesetzes.

Soweit Schutzmaßnahmen auf § 28 a IfSG gestützt waren, hing deren Anwendung von „der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag“ gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG ab. Diese Feststellung ist nach dem Ablauf ihrer Geltungszeit am 25. November 2021 von dem am 26. September gewählten zwanzigsten Bundestag, in dem die Koalition der Ampel die Mehrheit der Sitze hat, nicht erneuert worden.

Die Materie der Schutzregeln gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 findet sich vornehmlich in den Verordnungen der Länder, die deren Landesregierungen auf Grund der Ermächtigungen des Bundesgesetzgebers und der Bundesregierung gemäß dem Infektionsschutzgesetzes erlassen haben. Die Maßnahmen der Länder sind weitgehend in einer Konferenz der Ministerpräsidenten der Länder unter Vorsitz der Bundeskanzlerin Dr. Angelika Merkel und des Bundeskanzlers Olaf Scholz abgesprochen worden.

Das Ende der Corona-Pandemie ist nicht abzusehen. Es entwickeln sich immer wieder neue Varianten des Coronavirus SARS-CoV-2. Derzeit ist es die als hoch ansteckend geltende Omikron-Variante. Immunologen und Politiker haben zu Impfungen gedrängt, durch die allein das Virus bewältigt werden könne. Inzwischen ist der weitaus größte Teil der Menschen in Deutschland grundimmunisierend gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft. Gut die Hälfte der Bevölkerung hat eine dritte Impfung zur Auffrischung der Wirkung erhalten. Ob die Wirkung der Omikron-Variante des Virus mit den bisher eingesetzten Impfstoffen gemildert werden kann, ist mehr als zweifelhaft, aber nicht geklärt. Die Tatsachen sprechen gegen die Schutzwirkung aller Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Die Infektionen nach grundimmunisierenden oder auch auffrischenden Impfungen sind nicht weniger häufig und gefährden Gesundheit und Leben nicht weniger als die ohne vorherige Impfungen. Dennoch wurde und wird immer noch entgegen früheren Versicherungen auf eine Impfpflicht gedrängt. Schweden hat den Schutz vor Corona-Infektionen der Vorsicht der Bevölkerung überantwortet, viel kritisiert, aber erfolgreich. Solange das Virus nicht weltweit unschädlich gemacht ist, wird es schon wegen der globalisierten Lebensverhältnisse diese weiter bestimmen. Einfluß auf die Corona-Politik dürften auch die außerordentlichen Gewinne der Pharma-Unternehmen, die die Impfstoffe herstellen und vermarkten, haben.

II Judikatur

1. Bundesverfassungsgericht

a) Presseerklärung zu Corona-Entscheidungen .

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Presseerklärung zu Verfassungsbeschwerden mit Eilanträgen zur Bundesnotbremse am 2. Juni 2021 bekanntgegeben:

„Mehrere Eilanträge und Verfassungsbeschwerden gegen Vorschriften des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes („Bundesnotbremse“) erfolglos“.

Pressemitteilung Nr. 47/2021 vom 2. Juni 2021

bb) Beschlüsse vom 31. Mai 2021 (1 BvR 927/211 und 1 BvR 794/21)

„Mit teilweise veröffentlichten Beschlüssen haben die Kammern des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts weitere 8 Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt und 51 Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, die sich gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG („Kontaktbeschränkungen“), § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 („Ausgangsbeschränkungen“), § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG („Beschränkung von Freizeiteinrichtungen“), gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 IfSG („Einzelhandelsbeschränkungen“), gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 („Beschränkungen kultureller Einrichtungen“), gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 IfSG („Amateursport“), gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 IfSG („Beschränkungen körpernaher Dienstleistungen“), gegen § 28b Abs. 3 IfSG („Schulschließungen“ und „Testpflicht“), gegen § 73 Abs. 1a IfSG („Bußgeldkatalog“) sowie gegen § 28c IfSG in Verbindung mit der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung („Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung“) richteten. Soweit die Beschlüsse inhaltlich begründet wurden, sind diese auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts abrufbar. Soweit die zuständigen Kammern gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG von einer Begründung der Entscheidung abgesehen haben, werden diese Entscheidungen nicht gesondert veröffentlicht. Damit ist nicht entschieden, ob die angegriffenen Vorschriften mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Die Prüfung des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG zur „Ausgangsbeschränkung“ (vgl. Pressemitteilung Nr. 33/2021 vom 5. Mai 2021) und die Prüfung weiterer Regelungen des § 28b IfSG, die Gegenstand verschiedener Eilentscheidungen von Kammern des Ersten Senats vom 20. Mai 2021 waren (vgl. Pressemitteilung Nr. 42/2021 vom 20. Mai 2021), bleibt den dort genannten Hauptsacheverfahren vorbehalten.

cc) § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG („Kontaktbeschränkungen“)

Mehrere Verfahren richteten sich gegen die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG geregelten Kontaktbeschränkungen, die gelten, wenn in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet. Die zuständigen Kammern des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts haben die dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, weil diese mangels hinreichender Begründung nicht zulässig waren.

dd) § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG („Ausgangsbeschränkungen“)

In mehreren Verfahren sollte unter anderem erreicht werden, dass Regelungen betreffend die Ausgangsbeschränkung des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG für nichtig erklärt beziehungsweise vorläufig außer Vollzug gesetzt werden. Die zuständigen Kammern des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts haben die dagegen gerichteten Eilanträge unter Verweis auf den Beschluss des Ersten Senats vom 5. Mai 2021 - 1 BvR 781/21 u. a. abgelehnt sowie in einigen weiteren Verfahren die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, weil diese mangels hinreichender Begründung nicht zulässig waren.

§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG („Beschränkung von Freizeiteinrichtungen“) und § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 IfSG („Amateursport“)

dd) Weitere Verfahren wenden sich gegen die Vorschriften des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG („Beschränkung von Freizeiteinrichtungen“) und § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 IfSG („Amateursport“). Auch hier wurden die Verfassungsbeschwerden mangels hinreichender Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.

ee) § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 IfSG („Einzelhandelsbeschränkungen“)

Ein Verfahren richtete sich gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 IfSG („Einzelhandelsbeschränkungen“). Die zuständige Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde mangels hinreichender Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.

ff) § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 IfSG („Beschränkungen körpernaher Dienstleistungen“)

In einem weiteren Verfahren sollte erreicht werden, dass die Untersagung körpernaher Dienstleistungen einer Kosmetikerin vorläufig außer Vollzug gesetzt wird. Die zuständige Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat den dagegen gerichteten Eilantrag abgelehnt, weil er den Anforderungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG nicht genügt. In einem weiteren Verfahren wurde die gegen § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 IfSG gerichtete Verfassungsbeschwerde mangels hinreichender Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.

gg) § 28 c IfSG i.V.m. „Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung“

Drei Verfahren richten sich gegen die Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung und die dadurch bewirkte Unterteilung der Bevölkerung in geimpfte / genesene Personen und solche, die es nicht sind, und gegen die damit einhergehenden Ausnahmen von einigen Beschränkungen. Die zuständige Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die dagegen gerichteten Eilanträge abgelehnt sowie die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie unzulässig sind.

hh) Weitere unzulässige Verfassungsbeschwerden und erfolglose Eilanträge

In mehreren Verfahren richteten sich die Verfassungsbeschwerden und die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen sämtliche Regelungen des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes („Bundesnotbremse“). In diesen Verfahren wurden die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie mangels hinreichender Begründung nicht zulässig waren und die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, weil sie nicht den Anforderungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG genügten.

So haben im Verfahren 1 BvR 794/21 die Beschwerdeführenden keine eigenen schweren Nachteile dargelegt. Die Kammer hat in diesem Beschluss darauf hingewiesen, dass es nicht ausreichend ist, wenn

beschrieben wird, warum ortsnähere Entscheidungen für sinnvoller gehalten werden, dass private Unternehmungen beschwerlicher ausfallen oder dass ein Hobby in einer Zeit hoher Ansteckungsgefahr nicht wie zuvor ausgeübt werden kann.

Desgleichen wurde die Verfassungsbeschwerde von vier Mitgliedern des Deutschen Bundestags von der zuständigen Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren 1 BvR 927/21 nicht zur Entscheidung angenommen. Ungeachtet der Unklarheit, ob die Abgeordneten überhaupt als Bürger Verfassungsbeschwerde erheben wollten, ist ihr Vorbringen jedenfalls nicht hinreichend substantiiert.

ii) Weitere Verfahren

Im Zusammenhang mit dem am 23. April 2021 in Kraft getretenen Vierten Bevölkerungsschutzgesetz („Bundesnotbremse“) sind bis zum Ablauf des 31. Mai 2021 insgesamt 424 Verfahren beim Bundesverfassungsgericht eingegangen, darunter auch ein Verfahren mit über 7.000 Beschwerdeführenden.

b) Beschluß vom 19. November 2021 zur Bundesnotbremse

In einem Beschluß vom 19. November 2021 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes zum Akz. 1 BvR 781/21 über eine Reihe von Verfassungsbeschwerden zum § 28b Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 sowie § 73 Absatz 1a Nr. 11 b und Nr. 11 c des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (Bundesgesetzblatt I Seite 802) entschieden, daß die Beschwerden gegen diese Vorschriften zurückgewiesen werden, und diesen Beschluß ausführlich begründet.

aa) Die Leitsätze des Beschlusses lauten:

„1. Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie müssen den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten in jeder Hinsicht genügen.

2. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) schützt familienähnlich intensive Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie. In seiner Ausprägung als umfassende allgemeine Handlungsfreiheit schützt dieses Grundrecht die Freiheit, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. In seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht schützt das Grundrecht davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden und die einzelne Person zu Einsamkeit gezwungen wird; anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung.

3. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG schützt die gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit. Sie setzt in objektiver Hinsicht die Möglichkeit voraus, von ihr tatsächlich und rechtlich Gebrauch machen zu können; subjektiv genügt ein darauf bezogener natürlicher Wille.

4. In die Fortbewegungsfreiheit kann auch durch allein psychisch vermittelt wirkenden Zwang eingegriffen werden. Dieser muss nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar sein.

5. Ein Gesetz, das unmittelbar ohne weiteren Vollzugsakt in die Fortbewegungsfreiheit eingreift, kann den Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG genügen.

6. Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht“.

bb) Die Pressemitteilung des Gerichts vom 30. November 2021 lautet:

Verfassungsbeschwerden betreffend Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite („Bundesnotbremse“) erfolglos

Pressemitteilung Nr. 101/2021 vom 30. November 2021

Beschluss vom 19. November 2021 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21

Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in mehreren Hauptsacheverfahren Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen, die sich unter anderem gegen die durch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG für einen Zeitraum von gut zwei Monaten eingefügten bußgeldbewehrten Ausgangsbeschränkungen sowie bußgeldbewehrten Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG zur Eindämmung der Corona-Pandemie richteten. Die beanstandeten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen waren Bestandteile eines Schutzkonzepts des Gesetzgebers. Dieses diene in seiner Gesamtheit dem Lebens- und Gesundheitsschutz sowie der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems als überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen. Die Maßnahmen griffen allerdings in erheblicher Weise in verschiedene Grundrechte ein. Das Bundesverfassungsgericht hat die Maßnahmen anhand der allgemein für sämtliche mit Grundrechtseingriffen verbundenen Gesetze geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen geprüft. Danach waren die hier zu beurteilenden Kontakt- und selbst die Ausgangsbeschränkungen in der äußersten Gefahrenlage der Pandemie mit dem Grundgesetz vereinbar; insbesondere waren sie trotz des Eingriffsgewichts verhältnismäßig. Soweit in diesem Verfahren weitere Maßnahmen des Gesetzes zur Eindämmung der Pandemie angegriffen wurden, wie etwa die Beschränkungen von Freizeit- und Kultureinrichtungen, Ladengeschäften, Sport und Gaststätten, war die entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht zulässig erhoben.

Sachverhalt:

Das am 23. April 2021 in Kraft getretene Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 enthielt ein Bündel von Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie, die in das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG) eingefügt wurden. Die hier angegriffenen Maßnahmen waren an eine Sieben-Tage-Inzidenz von 100 gekoppelt (§ 28b Abs. 1 IfSG). Überschritt also in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so galten dort ab dem übernächsten Tag die in § 28b IfSG („Bundesnotbremse“) normierten Maßnahmen. Sank in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt die Sieben-Tage-Inzidenz unter den Wert von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner an fünf aufeinander folgenden Werktagen, so trat die „Notbremse“ dort ab dem übernächsten Tag außer Kraft (§ 28b Abs. 2 IfSG). Die angegriffenen Vorschriften galten nach § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG längstens bis zum Ablauf des 30. Juni 2021.

§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG regelte Kontaktbeschränkungen. Private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum waren danach nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnahmen. Die Regelung nahm davon Zusammenkünfte aus, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfanden. § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG regelte Ausgangsbeschränkungen. Danach war der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetages untersagt. Die Regelung enthielt verschiedene Ausnahmetatbestände. Ausgenommen waren beispielsweise Aufenthalte zwischen 22 und 24 Uhr, die der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung dienten, sowie Aufenthalte, die der Abwendung eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls, der Berufsausübung, der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts oder ähnlich gewichtigen Zwecken dienten. Außerdem hat die Bundesregierung am 8. Mai 2021 auf der Grundlage der hierfür erteilten Ermächtigung des § 28c IfSG mit der Zustimmung des Deutschen Bundestags und des Bundesrats die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erlassen. Diese nahm geimpfte und genesene Personen insbesondere von der Beschränkung privater Treffen, des Aufenthalts im Freien und beim Sport aus.

Der Senat hat auf der Grundlage von § 27a BVerfGG zahlreichen wissenschaftlichen Fachgesellschaften aus verschiedenen Bereichen als sachkundigen Dritten Gelegenheit gegeben, zu mehreren Fragenkomplexen Stellung zu nehmen.

Wesentliche Erwägungen des Senats:

Soweit die Verfassungsbeschwerden zulässig erhoben worden sind, haben sie in der Sache keinen Erfolg. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen und deren Bußgeldbewehrung und die Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG und der damit korrespondierende Ordnungswidrigkeitentatbestand verletzen die Beschwerdeführenden nicht in ihren Grundrechten.

I. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen griffen sowohl in das Familiengrundrecht und die Ehegestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG als auch in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Die Eingriffe waren jedoch formell sowie materiell verfassungsgemäß und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

1. Das Ehe- und das Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisten ein Recht, sich mit seinen Angehörigen beziehungsweise seinem Ehepartner in frei gewählter Weise und Häufigkeit zusammenzufinden und die familiären Beziehungen zu pflegen. Vom Familiengrundrecht erfasst sind die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern, unabhängig davon, ob diese miteinander verheiratet sind, wie auch weitere spezifisch familiäre Bindungen, wie sie zwischen erwachsenen Familienmitgliedern und zwischen nahen Verwandten auch über mehrere Generationen hinweg bestehen können. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) schützt familienähnlich intensive Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie. In seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht schützt es außerdem davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden und die einzelne Person zu Einsamkeit gezwungen wird; anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung. In seiner Ausprägung als umfassende allgemeine Handlungsfreiheit schützt das Grundrecht schließlich auch die Freiheit,

mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen griffen in diese Grundrechte ein.

2. Diese Grundrechtseingriffe waren formell verfassungsgemäß. Dem Bund stand dafür die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG als Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten zu.

3. Die Ausgestaltung der Kontaktbeschränkungen als selbstvollziehende gesetzliche Regelung, die keiner Umsetzung durch die Verwaltung im Einzelfall bedurfte, verletzte nicht die verfassungsrechtliche Gewährleistung individuellen Rechtsschutzes der Betroffenen, missachtete nicht die aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung beziehungsweise aus einzelnen Grundrechten resultierenden Grenzen für die Handlungsformenwahl des Gesetzgebers und verstieß nicht gegen das Allgemeinheitsgebot aus Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Kontaktbeschränkungen und der korrespondierende Ordnungswidrigkeitentatbestand waren zu dem hinreichend bestimmt.

4. Die Kontaktbeschränkungen waren auch verhältnismäßig. Sie dienten verfassungsrechtlich legitimen Zwecken, die der Gesetzgeber in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten erreichen wollte, waren im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet sowie erforderlich, um diese Zwecke zu erreichen, und standen hierzu nicht außer Verhältnis.

a) Durch gesetzliche Regelungen erfolgende Eingriffe in Grundrechte können lediglich dann gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber mit dem Gesetz verfassungsrechtlich legitime Zwecke verfolgt. Ob dies der Fall ist, unterliegt der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht. Jedenfalls bei Gesetzen, mit denen der Gesetzgeber von ihm angenommenen Gefahrenlagen für die Allgemeinheit oder für Rechtsgüter Einzelner begegnen will, erstreckt sich die Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht auch darauf, ob die dahingehende Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat. Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung ist also sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer solchen Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet hat oder ableiten durfte. Allerdings belässt ihm die Verfassung für beides einen Spielraum, der vom Bundesverfassungsgericht lediglich in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Die Einschätzung und die Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren sind verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen. Geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Jedoch kann sich – wie hier – auch die Schutzpflicht des Staates auf dringende verfassungsrechtliche Schutzbedarfe beziehen. Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert. Dieser Spielraum gründet auf der durch das Grundgesetz dem demokratisch in besonderer Weise legitimierten Gesetzgeber zugewiesenen Verantwortung dafür, Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden.

Daran gemessen verfolgte der Gesetzgeber mit den in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen jeweils für sich genommen und auch in ihrer Zusammenschau verfassungsrechtlich

legitime Zwecke. Mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bezweckte der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs, insbesondere Leben und Gesundheit zu schützen. Diese Ziele sollten durch effektive Maßnahmen zur Reduzierung von zwischenmenschlichen Kontakten erreicht werden. Oberstes Ziel war es, die weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie deren exponentielles Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen. Sowohl der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sind bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke. Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Gesundheit umfasst, kann zudem eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen umfasst.

Die Beurteilung des Gesetzgebers, es habe bei Verabschiedung des Gesetzes eine Gefahrenlage für Leben und Gesundheit sowie die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems bestanden, beruhte auf tragfähigen tatsächlichen Erkenntnissen. Der Gesetzgeber hatte mit der Aufgabenzuweisung an das Robert Koch-Institut nach § 4 Abs. 1 IfSG im Grundsatz institutionell dafür Sorge getragen, dass die zur Beurteilung von Maßnahmen der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten benötigten Informationen erhoben und evaluiert wurden. Zu den Aufgaben des Robert Koch-Instituts gehört es, die Erkenntnisse zu solchen Krankheiten durch Auswertung und Veröffentlichung der Daten zum Infektionsgeschehen in Deutschland und durch die Auswertung verfügbarer Studien aus aller Welt fortlaufend zu aktualisieren und für die Bundesregierung und die Öffentlichkeit aufzubereiten. Auf dieser Grundlage schätzte das Robert Koch-Institut zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland aufgrund der anhaltend hohen Fallzahlen insgesamt als sehr hoch ein. Der Gesetzgeber hat sich zudem in Sachverständigenanhörungen im zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages mit den fachwissenschaftlichen Grundlagen befasst. Mehrere wissenschaftliche Fachgesellschaften schätzten die Situation im Zeitraum des Inkrafttretens der angegriffenen Vorschriften und davor ähnlich wie das Robert Koch-Institut ein. Während des Gesetzgebungsverfahrens waren darüber hinaus fachliche Stellungnahmen zu allen relevanten Fragen öffentlich verfügbar und wurden breit diskutiert. Im Einzelnen unterschieden sich dabei die Einschätzungen zur Gefährdungslage, zur künftigen Entwicklung der Pandemie und zu den Maßnahmen, um diese einzudämmen. Belastbare Erkenntnisse, wonach nur geringe oder keine Gefahren für Leben und Gesundheit durch eine Infektion oder nur geringe oder keine Gefahren auch durch Überlastung des Gesundheitssystems vorlägen, waren jedoch nicht vorhanden.

b) Die durch § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Beschränkungen von Kontakten im privaten und im öffentlichen Raum waren im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, die Gesetzeszwecke zu erreichen. Dafür genügt bereits die Möglichkeit, durch die gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu erreichen. Bei der Beurteilung der Eignung einer Regelung steht dem Gesetzgeber ein Spielraum zu, der sich auf die Einschätzung und Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse, auf die etwa erforderliche Prognose und auf die Wahl der Mittel bezieht, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen. Dieser Spielraum reicht nicht stets gleich weit, sondern hängt einzelfallbezogen etwa von den Möglichkeiten ab, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden. Wiederum gilt zwar, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Erfolgt wie hier der Eingriff aber zum Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt. Das schließt die Prüfung ein, ob die gesetzgeberische Prognose hinreichend verlässlich ist.

Danach waren die durch § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen ein geeignetes Mittel, um unmittelbar Leben und Gesundheit von Menschen vor den Gefahren einer COVID-19-Erkrankung zu schützen und außerdem eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, die im Fall ihres Eintritts mit ihrerseits erheblichen Gefährdungen für das Leben und die Gesundheit an COVID-19 Erkrankter sowie aus anderen Gründen stationär oder gar intensivmedizinisch behandlungsbedürftiger Patienten einherginge. Die Annahmen des Gesetzgebers über die Eignung der Kontaktbeschränkungen beruhten auf tragfähigen Grundlagen. Nach den in diesem Verfahren eingeholten Stellungnahmen der sachkundigen Dritten war und ist insoweit gesicherte Erkenntnislage, dass SARS-CoV-2 über respiratorische Sekrete übertragen wird. Auf Grundlage ihrer näheren Erkenntnisse führten die sachkundigen Dritten weitgehend übereinstimmend aus, dass jede Einschränkung von Kontakten zwischen Menschen einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung von Virusübertragungen leistet.

Auf tragfähiger Grundlage beruht auch die Regelungstechnik, die Geltung der Kontaktbeschränkungen an das Überschreiten des Schwellenwerts einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 zu knüpfen. Der Gesetzgeber hielt sich damit sowohl für die Anknüpfung an die Inzidenz an sich als auch für den Schwellenwert innerhalb seines Einschätzungsspielraums.

c) Die angegriffenen Kontaktbeschränkungen waren als Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems auch im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich. Verfassungswidrig wären die Kontaktbeschränkungen gewesen, wenn andere, in der Wirksamkeit den Kontaktbeschränkungen in ihrer konkreten Gestalt eindeutig gleiche, aber die betroffenen Grundrechte weniger stark einschränkende Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Hier ist aber, ausgehend von den bei Verabschiedung des Gesetzes vorhandenen Erkenntnissen zur Übertragbarkeit des Virus und zu den Möglichkeiten, seiner Verbreitung zu begegnen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber denkbare mildere Mittel nicht als sicher gleich wirksam wie die angeordneten Kontaktbeschränkungen ansah, den Zweck der Regelung zu erreichen. Das gilt sowohl für seinerzeit möglichen Schutz durch Impfungen als auch für andere Maßnahmen zur Ausgestaltung von persönlichen Kontakten als Kontaktbeschränkungen.

d) Die Kontaktbeschränkungen waren auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Das setzt voraus, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, in einer Abwägung Reichweite und Gewicht des Eingriffs in Grundrechte einerseits der Bedeutung der Regelung für die Erreichung legitimer Ziele andererseits gegenüberzustellen. Um dem Übermaßverbot zu genügen, müssen hierbei die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelnen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden. Umgekehrt wird gesetzgeberisches Handeln umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können. Dem ist der Gesetzgeber gerecht geworden.

Mit den Kontaktbeschränkungen verfolgte er Gemeinwohlziele von überragender Bedeutung. Der Gesetzgeber wollte so Leben und Gesundheit schützen, wozu er nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet ist. Er konnte wegen der tatsächlichen Lage bei Verabschiedung des Gesetzes annehmen, dass zu deren Schutz mit besonderer Dringlichkeit gehandelt werden musste. In der Abwägung hat der Gesetzgeber für den zu beurteilenden Zeitraum einen verfassungsgemäßen Ausgleich zwischen den mit den Kontaktbeschränkungen verfolgten besonders bedeutsamen Gemeinwohlbelangen und den erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Der Gesetzgeber hat dem Lebens- und Gesundheitsschutz nicht einseitig Vorrang eingeräumt und hat auf der anderen Seite nicht die Grundrechte der Beschwerdeführenden außer Acht

gelassen. Vielmehr sah er bei der Ausgestaltung der Kontaktbeschränkungen Sicherungen vor, um das Ausmaß der Eingriffe in die betroffenen Grundrechte, insbesondere in Art. 6 Abs. 1 GG und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, zu begrenzen, ohne den Lebens- und Gesundheitsschutz zu gefährden. Dabei sind insbesondere die im Gesetz selbst angelegten Vorkehrungen zur Begrenzung grundrechtlich bedeutsamer Belastungen zu berücksichtigen. In diesem Sinne begrenzend wirkten sowohl die zeitliche Befristung des Gesetzes als auch der dynamisch am Pandemiegeschehen ausgerichtete und regional differenzierende Regelungsansatz in § 28b IfSG. Die mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite angeordneten Maßnahmen traten am 23. April 2021 in Kraft und liefen nach § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG mit Ablauf des 30. Juni 2021 aus. Die danach denkbare Höchstdauer der Maßnahmen – die in keinem Gebiet der Bundesrepublik erreicht wurde – betrug circa zwei Monate. Ihre Wirkung entfaltete sich lediglich in Landkreisen und kreisfreien Städten, in denen an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überstieg und nur bis der dortige Schwellenwert wieder für eine gewisse Zeit unterschritten wurde. Freiheitsbeeinträchtigungen wiegen aber grundsätzlich umso weniger schwer, je kürzer sie gelten.

II. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG alter Fassung angeordneten Ausgangsbeschränkungen griffen in verschiedene Grundrechte ein. Die Eingriffe waren im Ergebnis ebenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

1. Die Ausgangsbeschränkungen griffen in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG ein. Dieses schützt die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Das Grundrecht gewährleistet allerdings von vornherein nicht die Befugnis, sich unbegrenzt und überall hin bewegen zu können. Die Fortbewegungsfreiheit setzt damit in objektiver Hinsicht die Möglichkeit voraus, von ihr tatsächlich und rechtlich Gebrauch machen zu können. Subjektiv genügt ein darauf bezogener natürlicher Wille. Dabei schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG nicht nur gegen Eingriffe durch unmittelbar wirkenden körperlichen Zwang. Vielmehr können auch staatliche Maßnahmen mit lediglich psychisch vermittelt wirkendem Zwang in das Grundrecht eingreifen, wenn deren Zwangswirkung in Ausmaß und Wirkungsweise einem unmittelbaren physischen Zwang vergleichbar ist. So verhielt es sich bei den hier angegriffenen Ausgangsbeschränkungen.

2. Die Ausgangsbeschränkungen griffen auch in das Familiengrundrecht und die Ehegestaltungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG sowie in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Die Ausgangsbeschränkungen untersagten den Beschwerdeführenden über die Kontaktbeschränkungen hinaus, ihre familiären und partnerschaftlichen Zusammenkünfte frei zu gestalten.

3. Die Regelung war jedoch formell und materiell verfassungsgemäß. Auch für die Ausgangsbeschränkungen bestand eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die bußgeldbewehrten Ausgangsbeschränkungen erfüllten die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit von Normen. Die Wahl eines selbstvollziehenden Gesetzes war auch hier verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere kann ein Gesetz, das unmittelbar ohne weiteren Vollzugsakt in die Fortbewegungsfreiheit eingreift, Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG genügen.

4. Die angegriffenen Ausgangsbeschränkungen waren in der konkreten Situation auch verhältnismäßig. Sie dienten als Teil eines Gesamtschutzkonzepts dem verfassungsrechtlich legitimen Zweck des Schutzes von Leben und Gesundheit, waren zur Verfolgung dieses Zwecks im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet und erforderlich und standen dazu nicht außer Verhältnis.

Die Annahme des Gesetzgebers, mittels der in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG angeordneten Ausgangsbeschränkungen die Anzahl der Infektionen reduzieren zu können, hält sich innerhalb des ihm bei der Einschätzung der Eignung und der Erforderlichkeit einer Maßnahme zustehenden Spielraums. Die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen sollten die allgemeinen Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG und die sonstigen Schutzmaßnahmen unterstützen und insbesondere die Einhaltung der Kontaktbeschränkungen in geschlossenen Räumen sichern. Dies beruhte auf der hinreichend tragfähigen Annahme, dass der Virusübertragung und Ansteckung in Innenräumen zwar durch Schutzmaßnahmen wie dem Abstandhalten, dem Tragen von Masken, Lüften und allgemeiner Hygieneregeln entgegengewirkt werden kann, dass dies aber zur Abend- und Nachtzeit und im privaten Rückzugsbereich nur eingeschränkt durchsetzbar ist. Dass der Gesetzgeber sich dafür entschied, solche Zusammenkünfte von vornherein über vergleichsweise einfach zu kontrollierende Ausgangsbeschränkungen zu reduzieren, war angesichts der bestehenden Erkenntnislage verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

§ 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG genügt auch dem Verhältnismäßigkeitsgebot im engeren Sinne. Der Gesetzgeber hat für den zu beurteilenden Zeitraum einen verfassungsgemäßen Ausgleich zwischen den mit den Ausgangsbeschränkungen verfolgten besonders bedeutsamen Gemeinwohlbelangen und den durch die Beschränkungen bewirkten erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Im Rahmen seines Schutzkonzepts räumte er nicht einseitig dem Lebens- und Gesundheitsschutz sowie der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems Vorrang ein. Er hat mit den speziell die Ausgangsbeschränkungen betreffenden Ausnahmeregelungen in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchstaben a bis g IfSG grundrechtlich geschützte, entgegenstehende Belange besonders berücksichtigt. Das galt für die Mandats- und Berufsausübung, einschließlich derjenigen von Medienvertretern, die auch während der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen tätig sein konnten. Damit trug der Gesetzgeber insbesondere den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Rechnung. Die Ausnahmen für die Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts sowie für die Durchführung unaufschiebbarer Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger milderten die Intensität des Eingriffs vor allem in die Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG ab. Das Zusammenwirken der genannten Ausnahmen kam unter anderem Alleinerziehenden in ihrer besonderen Belastungssituation entgegen. Sämtliche Ausnahmetatbestände milderten also das Gewicht der Eingriffe in einzelne Grundrechte ab. Zudem begrenzte die generalklauselartige Ausnahme aus § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe f IfSG die Eingriffsintensität.

5. Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht. Hier war die Entscheidung des Gesetzgebers für die angegriffenen Maßnahmen in der konkreten Situation der Pandemie und nach den auch in diesem Verfahren durch die sachkundigen Dritten bestätigten Erkenntnissen zu den Wirkungen der Maßnahmen und zu den großen Gefahren für Leben und Gesundheit tragfähig begründet und mit dem Grundgesetz vereinbar.“

c) Beschluß vom 10. Februar 2022 zur Impfpflicht in Einrichtungen und Unternehmen

In einem Beschluß vom 10. Februar 2022 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes zum Akz. 1 BvR 2649/21 über einen Eilantrag von einer Verfassungsbeschwerde mehrerer Beschwerdeführer gegen die mit Art. 1 Nr. 4 und 9 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa Nr. 7e bis 7h des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10. Dezember 2021 (BGBl I S. 5162) mit Wirkung zum 12. Dezember 2021 in das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) neu eingefügten § 20a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h

IfSG, mit denen eine einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht zum Nachweis einer Impfung, Genesung oder Kontraindikation sowie verschiedene Bußgeldtatbestände eingeführt wurden (so genannte „einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht“) entschieden. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat das Gericht abgelehnt.

Leitsätze hat das Bundesverfassungsgericht dem Beschluß nicht vorangestellt. Die allgemeinen Erörterungen der Voraussetzungen von Eilentscheidungen werden im Folgenden nicht zitiert. Sie entsprechen den Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht für Eilentscheidungen zugrunde zu legen pflegt. Freilich gibt die Ablehnung eines Eilantrages einen Fingerzeig für die Entscheidung in der Hauptsache.

Der Bericht des Bundesverfassungsgerichts von den Anträgen der Beschwerdeführer und deren Begründung werden hier nicht zitiert, sondern nur die Erwägungen des Senats, die seine Ablehnung des Eilantrages tragen.

Die Darlegungen des Gerichts zu den Randnummern 2 bis 4 und 12 bis 23 lauten:

2 Nach § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG müssen die in bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen des Gesundheitswesens und der Pflege tätigen Personen ab dem 15. März 2022 geimpft oder genesen sein. Bis zum Ablauf des 15. März 2022 haben sie daher der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens einen Impf- oder Genesenennachweis oder aber ein ärztliches Zeugnis über das Bestehen einer medizinischen Kontraindikation vorzulegen (vgl. § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG). Der Impf- oder Genesenennachweis muss den Anforderungen des § 2 Nr. 3 und 5 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vom 8. Mai 2021 – SchAusnahmV, BAnz AT 08.05.2021 V1, zuletzt geändert durch die Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022, BAnz AT 14.01.2022 V1) in ihrer jeweils geltenden Fassung entsprechen, wobei die Verordnung ihrerseits zur Konkretisierung der Anforderungen an den Nachweis auf die auf den Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert Koch-Instituts veröffentlichten Vorgaben verweist.

3 Wird bis zum 15. März 2022 kein Nachweis vorgelegt oder bestehen Zweifel an seiner Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt zu benachrichtigen (vgl. § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG). Dieses kann gegenüber Personen, die trotz Anforderung keinen Nachweis innerhalb angemessener Frist vorlegen, ein Betretungsverbot oder auch ein Tätigkeitsverbot verfügen (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG). Personen, die erst ab dem 16. März 2022 in den genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden sollen, haben vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Nachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorzulegen (vgl. § 20a Abs. 3 Satz 1 IfSG). Andernfalls dürfen sie dort weder beschäftigt werden noch tätig werden (vgl. § 20a Abs. 3 Sätze 4 und 5 IfSG). Nachweise, die ab dem 16. März 2022 durch Zeitablauf ihre Gültigkeit verlieren, müssen innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit durch einen neuen Nachweis ersetzt werden (vgl. § 20 a Abs. 4 Satz 1 IfSG). Verschiedene Regelungen des § 20a IfSG sind bußgeldbewehrt (vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG). § 20a IfSG und die zugehörigen Bußgeldregelungen treten zum 1. Januar 2023 außer Kraft.

4 2. Die meisten Beschwerdeführenden sind in den von § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG erfassten medizinischen oder pflegerischen Einrichtungen und Unternehmen selbständig, angestellt oder verbeamtet tätig. Sie sind überwiegend ungeimpft oder lehnen jedenfalls weitere Impfungen ab; einige waren bereits an COVID-19 erkrankt. Weitere Beschwerdeführende sind Leiter einer Einrichtung oder eines Unternehmens im Sinne

des § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG, die als Arbeitgeber weiterhin ungeimpfte Personen beschäftigen wollen. Die übrigen Beschwerdeführenden befinden sich bei ungeimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern in Behandlung.

12 2. Gemessen an diesen strengen Anforderungen hat der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung keinen Erfolg. Die zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde ist zwar weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet (a). Die danach gebotene Folgenabwägung ergibt jedoch, dass die Nachteile, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, nicht gegenüber den Nachteilen überwiegen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (b).

13 a) Die Verfassungsbeschwerde vieler Beschwerdeführender ist, jedenfalls soweit eine Verletzung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 103 Abs. 2 GG gerügt wird, nicht von vornherein unzulässig.

14 Sie ist auch nicht offensichtlich unbegründet. Zwar begegnet die Einführung einer einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht in § 20a IfSG als solche unter Berücksichtigung der in diesem Verfahren eingeholten Stellungnahmen vor allem der sachkundigen Dritten zum Zeitpunkt dieser Entscheidung keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Es bestehen aber jedenfalls Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in § 20a IfSG gewählten gesetzlichen Regelungstechnik. Es handelt sich hier um eine doppelte dynamische Verweisung, da zunächst der Gesetzgeber auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung verweist, die ihrerseits aber dann zur Konkretisierung der Anforderungen an den vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweis auf Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert Koch-Instituts verweist. Insoweit stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine bindende Außenwirkung der dynamisch in Bezug genommenen Regelwerke der genannten Bundesinstitute hier noch eine hinreichende Grundlage im Gesetz findet (vgl. BVerfGE 129, 1 <22, 25 ff.>). Sollte dies der Fall sein, bedarf es weiterer Aufklärung, ob und inwieweit ein tragfähiger Sachgrund auch dafür vorliegt, dass nicht dem Verordnungsgeber selbst die Konkretisierung des vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweises und damit auch der geimpften und genesenen Personen im Sinne des Gesetzes übertragen ist, sondern dies den genannten Bundesinstituten überlassen wird.

15 b) Die danach gebotene Folgenabwägung rechtfertigt aber nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

16 aa) Erginge die einstweilige Anordnung nicht und hätte die Verfassungsbeschwerde später Erfolg, sind die eintretenden Nachteile, die sich aus der Anwendung der angegriffenen Regelungen ergeben, von besonderem Gewicht. Kommen Betroffene der ihnen in § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG auferlegten Nachweispflicht nach und willigen in eine Impfung ein, löst dies körperliche Reaktionen aus und kann ihr körperliches Wohlbefinden jedenfalls vorübergehend beeinträchtigen. Im Einzelfall können auch schwerwiegende Impfnebenwirkungen eintreten, die im extremen Ausnahmefall auch tödlich sein können (vgl. Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022 – Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 seit Beginn der Impfkampagne am 27. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2021 – S. 5, 8 f., 28 ff.). Eine erfolgte Impfung ist auch im Falle eines Erfolgs der Verfassungsbeschwerde irreversibel.

17 Allerdings verlangt das Gesetz den Betroffenen nicht unausweichlich ab, sich impfen zu lassen. Für jene, die eine Impfung vermeiden wollen, kann dies zwar vorübergehend mit einem Wechsel der bislang ausgeübten Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes oder sogar mit der Aufgabe des Berufs verbunden sein. Dass die in der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise eintretenden beruflichen Nachteile irreversibel oder auch nur sehr erschwert revidierbar sind oder sonst sehr schwer wiegen, haben die Beschwerdeführenden jedoch nicht dargelegt; dies ist auch sonst – jedenfalls für den genannten Zeitraum – nicht ersichtlich. Wirtschaftliche Nachteile, die Einzelnen durch den Vollzug eines Gesetzes

entstehen, sind daneben grundsätzlich nicht geeignet, die Aussetzung der Anwendung von Normen zu begründen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. Januar 2022 - 1 BvR 2380/21 u.a. -, Rn. 39 m.w.N.).

18 bb) Erginge dagegen die beantragte einstweilige Anordnung und hätte die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, sind die Nachteile, die sich aus der Nichtanwendung der angegriffenen Regelungen ergeben, ebenfalls von besonderem Gewicht. Hochaltrige Menschen sowie Menschen mit Vorerkrankungen, einem geschwächten Immunsystem oder mit Behinderungen (vulnerable Gruppen) wären dann in der Zeit bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einer deutlich größeren Gefahr ausgesetzt, sich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren und deshalb schwer oder gar tödlich zu erkranken. Nach der weitgehend übereinstimmenden Einschätzung der in diesem Verfahren angehörten sachkundigen Dritten ist nach wie vor – auch mit Blick auf die Omikronvariante des Virus – sowohl davon auszugehen, dass sich Angehörige vulnerabler Gruppen grundsätzlich leichter infizieren, weil bei ihnen – auch im Falle einer Impfung – ein von vornherein reduzierter und im Laufe der Zeit schneller abnehmender Immunschutz besteht, als auch, dass sie im Falle einer Infektion ein erhöhtes Risiko haben, schwer oder gar tödlich zu erkranken.

19 Nach der weitgehend übereinstimmenden Einschätzung der angehörten sachkundigen Dritten ist zudem davon auszugehen, dass COVID-19-Impfungen einen relevanten – wenngleich mit der Zeit deutlich nachlassenden – Schutz vor einer Infektion auch mit der Omikronvariante des Virus bewirken. Würde die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht nun vorläufig außer Vollzug gesetzt, ginge dies aber mit einer geringeren Impfquote in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen und damit einer erhöhten Gefahr einher, dass sich die dort Tätigen infizieren und sie dann das Virus auf vulnerable Personen übertragen. In der Folge müsste damit gerechnet werden, dass sich auch in der begrenzten Zeit bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde mehr Menschen, die den vulnerablen Gruppen zuzurechnen sind, irreversibel mit dem Virus infizieren, schwer an COVID-19 erkranken oder gar versterben, als wenn die einstweilige Anordnung nicht erlassen würde.

20 cc) Die hier den Beschwerdeführenden drohenden Nachteile überwiegen in ihrem Ausmaß und ihrer Schwere nicht diejenigen Nachteile, die bei einer vorläufigen Außerkraftsetzung der angegriffenen Regelung für vulnerable Personen zu besorgen wären.

21 Gelten die angegriffenen Regelungen bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde, müssen die von § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG erfassten Personen – vorbehaltlich einer Genesung oder Kontraindikation – zwar bis zum 15. März 2022 über einen hinreichenden Impfschutz verfügen. Trotz der Irreversibilität der Impfung werden den Betroffenen damit aber keine derart hohen Gesundheitsrisiken auferlegt, dass sie im Rahmen einer Folgenabwägung deutlich die Risiken, die für vulnerable Personen entstehen, überwiegen. Schwerwiegende Nebenwirkungen oder gravierende Folgen, die über die durch die Verabreichung des Impfstoffes induzierte Immunantwort hinausgehen, sind nach derzeitigem Kenntnisstand sehr selten (vgl. Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022 – Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 seit Beginn der Impfkampagne am 27. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2021 – S. 4). Sie werden zudem insbesondere vom Paul-Ehrlich-Institut fortlaufend beobachtet und evaluiert. Ungeachtet dessen bleibt es den von der Nachweispflicht betroffenen Personen unbenommen, sich gegen eine Impfung zu entscheiden. Zwar gehen damit berufliche Nachteile einher. Dass diese schon in der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache irreversibel oder nur erschwert revidierbar wären oder sonst sehr schwer wögen, ist aber nicht zu besorgen.

22 Vor diesem Hintergrund überwiegen letztlich die Nachteile, mit denen bei einer vorläufigen Außerkraftsetzung der angegriffenen Regelung für den Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu rechnen wäre. Nach wie vor ist die Pandemie durch eine besondere Infektionsdynamik mit hohen Fallzahlen geprägt, mit der eine große Infektionswahrscheinlichkeit und dadurch ein entsprechend hohes

Gefährdungspotential für vulnerable Personen einhergeht. Für diese ist auch im Hinblick auf die Omikronvariante des Virus weiterhin eine möglichst frühzeitige Unterbrechung von Übertragungsketten besonders wichtig, zu der ausweislich der weitgehend übereinstimmenden Stellungnahmen der angehörten sachkundigen Dritten eine COVID-19-Impfung in einem relevanten Maß beitragen kann. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass sich vulnerable Personen grundsätzlich nur eingeschränkt selbst gegen eine Infektion schützen können und sie zudem auf die Inanspruchnahme der Leistungen, die die der Gesundheit und Pflege dienenden Einrichtungen und Unternehmen im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG erbringen, ganz überwiegend angewiesen sind. Da insoweit typischerweise essentielle menschliche Grundbedürfnisse betroffen sind, können sie einem Kontakt mit den in solchen Einrichtungen und Unternehmen Tätigen kaum ausweichen. In der begrenzten Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist daher bei Erlass der einstweiligen Anordnung zu erwarten, dass der weitgehend nicht vermeidbare Kontakt vulnerabler Gruppen mit Personen ohne Impfschutz die Zahl der – insofern irreversiblen – Infektionen mit schwerem oder sogar tödlichem Krankheitsverlauf erhöht.

23 Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung steht die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber. Bei der Folgenabwägung der jeweils zu erwartenden Nachteile muss daher das Interesse der Beschwerdeführenden zurücktreten, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde weiterhin ungeimpft in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen tätig sein zu können.“

d) Beschluß vom 27. April 2022, 1 BvR 2649/21, zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfnachweispflicht, Pressemitteilung vom 19. Mai 2022.

„Impfnachweis (COVID-19)

Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen, die sich gegen § 20a, § 22a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) richtet. Darin ist die auf bestimmte Einrichtungen und Unternehmen des Gesundheitswesens und der Pflege bezogene Pflicht geregelt, eine COVID-19-Schutzimpfung, eine Genesung von der COVID-19-Krankheit oder eine medizinische Kontraindikation für eine Impfung nachzuweisen (sogenannte „einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht“).

Die angegriffenen Vorschriften verletzen die Beschwerdeführenden nicht in ihren Rechten insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG. Soweit die Regelungen in die genannten Grundrechte eingreifen, sind diese Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums einen angemessenen Ausgleich zwischen dem mit der Nachweispflicht verfolgten Schutz vulnerabler Menschen vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden. Trotz der hohen Eingriffsintensität müssen die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Beschwerdeführenden letztlich zurücktreten.

Sachverhalt:

Nach § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG müssen Personen, die in bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen des Gesundheitswesens und der Pflege tätig sind, seit Ablauf des 15. März 2022 der jeweiligen Einrichtungs- oder Unternehmensleitung einen Nachweis darüber vorlegen, vollständig gegen COVID-19 geimpft oder davon genesen zu sein. Ausgenommen sind nur Personen mit einer medizinischen

Kontraindikation. Wird kein ordnungsgemäßer Nachweis vorgelegt, hat die Einrichtungs- oder Unternehmensleitung unverzüglich das Gesundheitsamt zu benachrichtigen. Dieses kann dann gegenüber den betroffenen Personen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot verfügen.

Personen, die erst ab dem 16. März 2022 in den in § 20a IfSG genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden sollen, haben vor Beginn ihrer Tätigkeit einen entsprechenden Nachweis vorzulegen. Andernfalls dürfen sie dort weder beschäftigt noch tätig werden. Verschiedene Einzelregelungen des § 20a IfSG sind bußgeldbewehrt (vergleiche § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG). § 20a IfSG und die zugehörigen Bußgeldregelungen treten zum 1. Januar 2023 außer Kraft.

Für die Definition einer geimpften oder genesenen Person und des vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweises verwies § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 zunächst auf § 2 Nr. 2 bis 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) in ihrer jeweils geltenden Fassung. Diese nahm zur Konkretisierung der Anforderungen ihrerseits auf Internetseiten des Paul-Ehrlich-Instituts und des Robert Koch-Instituts Bezug. Während des Verfassungsverfahren änderte der Gesetzgeber § 20a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 IfSG mit Wirkung zum 19. März 2022 ab. Zur Definition des Impf- und Genesenennachweises wird nunmehr auf den zeitgleich neu eingefügten § 22a Abs. 1 und 2 IfSG verwiesen. Diese Vorschrift bestimmt insbesondere die für das Vorliegen eines vollständigen Impfschutzes zu verwendenden Impfstoffe und die hierfür erforderliche Anzahl der Einzelimpfungen sowie die Dauer des Genesenenstatus.

Die Beschwerdeführenden sind überwiegend im Gesundheits- und Pflegebereich tätig. Mehrere Beschwerdeführende wenden sich (auch) in ihrer Eigenschaft als Einrichtung oder Unternehmen des Gesundheitswesens oder der Pflege gegen die hier angegriffenen Vorschriften. Weitere Beschwerdeführende rügen, ihre Behandlung bei nicht geimpften Ärzten, Zahnärzten oder sonstigen medizinischen Dienstleistern nicht fortsetzen zu können.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführenden unmittelbar gegen § 20a, § 22a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG und rügen die Verletzung diverser Grund- und grundrechtsgleicher Rechte.

Wesentliche Erwägungen des Senats:

A. Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise unzulässig. Mehrere Beschwerdeführende haben schon nicht hinreichend dargelegt, durch die angegriffenen Vorschriften möglicherweise in eigenen Grundrechten verletzt zu sein. Soweit sich die Beschwerdeführenden gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 wenden, besteht ein Rechtsschutzinteresse nicht fort. Die Regelung entfaltet gegenüber den Beschwerdeführenden insbesondere keine rechtlichen Wirkungen mehr.

B. Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig erhoben worden ist, hat sie in der Sache keinen Erfolg.

I. Die in § 20a IfSG geregelte Nachweispflicht greift zwar in die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit ein. Der Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

1. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wird durch die einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht, insbesondere eine Impfung nachzuweisen, verkürzt. Als Abwehrrecht schützt Art. 2

Abs. 2 Satz 1 GG den Einzelnen grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Gesetz eine nachteilige Folge an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.

Danach liegt hier ein zielgerichteter mittelbarer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor. Zwar setzt die COVID-19-Impfung eine vorherige, nach ärztlicher Aufklärung erteilte Einwilligung voraus. Eine Entscheidung gegen die Impfung ist jedoch mit nachteiligen Konsequenzen verbunden, weshalb die an sich selbstbestimmt zu treffende Impfentscheidung von äußeren, faktischen und rechtlichen Zwängen bestimmt wird. Wer ungeimpft bleiben will, muss bei Fortsetzung der Tätigkeit mit einer bußgeldbewehrten Nachweisanforderung und einem bußgeldbewehrten Betretungs- oder Tätigkeitsverbot in den in § 20a IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen rechnen. Alternativ bleibt nur die Aufgabe des ausgeübten Berufs, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder jedenfalls der bislang ausgeübten Tätigkeit.

2. Der Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

a) Der Gesetzgeber verfolgt den legitimen Zweck, vulnerable Menschen vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu schützen. Während für die meisten Menschen eine COVID-19-Erkrankung mild verläuft, besteht für bestimmte Personen aufgrund ihres Gesundheitszustandes und/oder ihres Alters nicht nur ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder sogar tödlichen Krankheitsverlauf. Gerade bei älteren und immunsupprimierten Personen besteht auch ein erhöhtes Risiko für eine Infektion, da sie auf eine Impfung weniger gut ansprechen. Die Annahme des Gesetzgebers, es bestehe insoweit eine erhebliche Gefahrenlage für gewichtige Schutzgüter, die gesetzgeberisches Handeln erforderlich mache, beruht auf hinreichend tragfähigen tatsächlichen Erkenntnissen. Der Gesetzgeber konnte zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes von einer sich verschärfenden pandemischen Lage und einer damit einhergehenden besonderen Gefährdung älterer und vorerkrankter Menschen ausgehen. Die Annahme insbesondere einer besonderen Gefährdung dieser vulnerablen Menschen trägt nach wie vor.

b) Die Pflicht zum Nachweis einer COVID-19-Impfung ist im verfassungsrechtlichen Sinne auch geeignet. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, dass die Pflicht zum Nachweis einer Impfung oder Genesung aller Personen, die in bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, zum Schutz des Lebens und der Gesundheit vulnerabler Menschen beitragen kann. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes ging eine deutliche fachwissenschaftliche Mehrheit davon aus, dass sich geimpfte und genesene Personen seltener mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren und daher das Virus seltener übertragen können. Angenommen wurde auch, dass Geimpfte bei einer Infektion weniger und kürzer als nicht Geimpfte infektiös sind. Die Vertretbarkeit dieser gesetzgeberischen Eignungsprognose wird durch die weitere Entwicklung des Pandemiegeschehens verbunden mit der Ausbreitung der Omikronvariante des Virus ausweislich der Stellungnahmen der im hiesigen Verfahren als sachkundige Dritte angehörten Fachgesellschaften nicht erschüttert. Diese gehen ganz weitgehend übereinstimmend von einer weiterhin bestehenden, wenn auch gegenüber den Vorvarianten reduzierten, relevanten Impfstoffwirksamkeit aus.

c) Die Nachweispflicht ist zum Schutz vulnerabler Menschen auch im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich. Für den Gesetzgeber bestand insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum, denn die Pandemie ist durch eine gefährliche, aber schwer vorhersehbare Dynamik geprägt, die Sachlage also komplex. Ausgehend von den bei Verabschiedung des Gesetzes vorhandenen Erkenntnissen zur Übertragbarkeit des Virus und zu den Möglichkeiten, seiner Verbreitung zu begegnen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden,

dass der Gesetzgeber davon ausging, dass keine sicher gleich wirksamen, aber die betroffenen Grundrechte weniger stark einschränkenden Mittel zur Verfügung standen.

d) Die Pflicht zum Nachweis einer Impfung ist auf der Grundlage der zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes verfügbaren Erkenntnisse auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Danach musste der Gesetzgeber berücksichtigen, dass die zur Erfüllung der Nachweispflicht erforderliche Impfung einen erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt. Zwar ist insoweit unter anderem relativierend zu berücksichtigen, dass § 20a IfSG keinen gegebenenfalls hoheitlich durchsetzbaren Impfzwang begründet, sondern den in den Einrichtungen und Unternehmen tätigen Personen letztlich die Entscheidung überlässt, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Die Regelung stellt die Betroffenen aber de facto vor die Wahl, entweder ihre bisherige Tätigkeit aufzugeben oder aber in die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität einzuwilligen. Insoweit ist regelmäßig auch die Berufsfreiheit der im Gesundheits- und Pflegebereich Tätigen betroffen.

Dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Betroffenen sind jedoch Verfassungsgüter mit überragendem Stellenwert gegenüberzustellen. Es obliegt dem Gesetzgeber, sich in Erfüllung seiner ebenfalls aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzverpflichtung schützend vor das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu stellen. Diese den Gesetzgeber treffende Schutzverpflichtung gegenüber vulnerablen Personen verdichtete sich Anfang Dezember 2021. Zu dieser Zeit war die pandemische Lage nach einer kurzzeitigen Entspannung im Rahmen der vierten Infektionswelle erneut durch eine besondere Infektionsdynamik geprägt, mit der eine zunehmend größere Infektionswahrscheinlichkeit einherging. Diese wirkte sich insbesondere zum Nachteil vulnerabler Menschen aus. Neben dem erhöhten Risiko, schwerwiegend oder sogar tödlich an COVID-19 zu erkranken, war die staatliche Schutzpflicht gegenüber vulnerablen Personen auch deshalb in besonderem Maße aktiviert, weil diese nicht oder allenfalls eingeschränkt in der Lage sind, ihr Infektionsrisiko durch eine Impfung selbst zu reduzieren.

Es beruht auf einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Abwägung, dass der Gesetzgeber dem Schutz vulnerabler Menschen den Vorrang vor einer in jeder Hinsicht freien Impfscheidung gegeben hat. Trotz der hohen Eingriffsintensität, die § 20a IfSG bewirkt, müssen die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich Tätigen letztlich zurücktreten. Im Rahmen der Abwägung der hier entgegenstehenden Grundrechtspositionen ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber erkennbar daran orientiert hat, die Eingriffsintensität für die von der Nachweispflicht Betroffenen nicht undifferenziert und unter ausschließlicher Fokussierung auf den Schutz vulnerabler Personen zu vertiefen. Der Gesetzgeber hat die Impfscheidung für die Betroffenen auch nicht selbst getroffen. Soweit sich die Eingriffstiefe der Nachweispflicht in erster Linie durch Art, Ausmaß und Wahrscheinlichkeit von Impfrisiken beurteilt, lag § 20a IfSG eine vertretbare, auf belastbare Tatsachen gestützte gesetzgeberische Entscheidung zur Impfsicherheit zugrunde. Aus verfassungsrechtlicher Sicht unzumutbare Gesundheitsrisiken, die selbst bei einer akuten Gefährdungslage zu Lasten vulnerabler Personen nicht mehr zu rechtfertigen wären, werden den betroffenen Normadressaten nicht auferlegt. Schwerwiegende Nebenwirkungen oder gravierende Folgen, die über die durch die Verabreichung des Impfstoffs induzierte Immunantwort hinausgehen, sind sehr selten. Sie werden zudem insbesondere vom Paul-Ehrlich-Institut fortlaufend beobachtet und evaluiert und von der Ständigen Impfkommission zum Anlass für eine Anpassung ihrer Impfempfehlung genommen.

In die Abwägung ist maßgebend aber auch die besondere Schutzbedürftigkeit derjenigen einzustellen, deren Schutz der Gesetzgeber beabsichtigt. Vulnerable Menschen können sich vielfach weder selbst durch eine Impfung wirksam schützen noch den Kontakt zu den im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Personen

vermeiden, da sie auf deren Leistungen typischerweise angewiesen sind. Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung steht im Ergebnis die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber.

Die weitere Entwicklung des Pandemiegeschehens nach Verabschiedung des Gesetzes begründet keine abweichende Beurteilung. Es gab keine neuen Entwicklungen oder besseren Erkenntnisse, die geeignet wären, die ursprünglichen Annahmen des Gesetzgebers durchgreifend zu erschüttern. Es ist weiterhin davon auszugehen, dass eine Impfung jedenfalls einen relevanten – wenn auch mit der Zeit abnehmenden – Schutz vor einer Infektion auch mit der aktuell vorherrschenden Omikronvariante des Virus bietet. Auch die pandemische Gefährdungslage hat sich nicht in einem Ausmaß entspannt, dass damit eine deutlich verringerte Schutzbedürftigkeit vulnerabler Personen und eine entsprechend zu ihren Ungunsten ausfallende verfassungsrechtliche Güterabwägung einherginge. Es besteht unter den im hiesigen Verfahren angehörten Fachgesellschaften weitgehend Konsens, dass sich unbeschadet eines im Durchschnitt milderen Krankheitsverlaufs unter der Dominanz der Omikronvariante die Zusammensetzung der Risikogruppen und ihre grundsätzlich höhere Gefährdung nicht verändert habe.

II. Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

1. Soweit die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht als eine berufliche Tätigkeitsvoraussetzung ausgestaltet ist, gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen weitergehenden Schutz als das höchstpersönliche Rechtsgüter schützende Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

2. § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG, der zur Anordnung eines Betretungs- und Tätigkeitsverbots ermächtigt, begründet zwar einen darüber hinaus gehenden eigenständigen Eingriff in die Berufsfreiheit; dieser ist jedoch zum Schutz vulnerabler Menschen gerechtfertigt.

Die Regelung in § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ist insbesondere bei einer Abwägung zwischen ihrem Zweck und der Schwere des Eingriffs angemessen. Die von ihr ausgehenden Belastungswirkungen unterscheiden sich je nach Art der ausgeübten Tätigkeit. Die Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots belastet insbesondere diejenigen Personen, die auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels stets vom Erfordernis einer Impfung oder Genesung betroffen wären und sich diesem folglich nur durch Ausübung einer berufsfremden Tätigkeit entziehen können, wie etwa Pflegefachkräfte, Ärzte, Psychotherapeuten oder medizinische Fachangestellte. Demgegenüber kann etwa Verwaltungs-, Reinigungs- und Küchenpersonal zwar an seinem gegenwärtigen Arbeitsplatz vom Erfordernis einer Impfung oder Genesung erfasst sein. Diese Personen können jedoch bei einem Arbeitsplatzwechsel ihre gewählte berufliche Tätigkeit als solche weiter ausüben, solange sie nur nicht mehr in von § 20a IfSG erfassten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden.

Der Zweck, vulnerable Personen vor einer schwerwiegenden oder sogar tödlich verlaufenden COVID-19-Erkrankung zu schützen, ist ein besonders gewichtiger Belang von Verfassungsrang. Insoweit spiegelt die unterschiedliche Belastungswirkung auch die Bedeutung der Impfung oder Genesung der jeweils Tätigen für die Zweckerreichung wider. Das besonders betroffene Personal in Heil- und Pflegeberufen steht aufgrund der Natur seiner beruflichen Tätigkeit regelmäßig in intensivem und engem Kontakt zu vulnerablen Personen, wodurch das durch die fehlende Impfung oder Genesung erhöhte Transmissionsrisiko akut wird und die Schutzbedürftigkeit vulnerabler Personen ungleich steigt. Das betroffene Verwaltungs-, Reinigungs- oder Küchenpersonal hat hingegen regelmäßig keinen oder nur einen kurzen unmittelbaren Kontakt zu vulnerablen Menschen und damit im Regelfall nur mittelbare, durch die gemeinsame Nutzung von Räumlichkeiten oder durch das medizinische und sonstige Pflege- und Betreuungspersonal vermittelte

Kontakte mit den zu schützenden Personen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass das besonders betroffene Personal in Heil- und Pflegeberufen eine besondere Verantwortung gegenüber den von ihm behandelten und betreuten Personen hat.“

Die für diese Abhandlung erforderlichen Zitate aus dem Beschluß vom 27. April 2022, 1 BvR 2649/21, zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfnachweispflicht (siehe A II 1 d) selbst sind im Kapitel VII 3 zu d des Teils B zur Judikatur zur Impfpflicht wiedergegeben. In diesem Kapitel findet sich auch die Kritik an den zitierten Entscheidungen. Dort wird auf die hier wiedergegebenen Entscheidungen Bezug genommen.

e) Beschluß vom 21. Juli 2022 zur Impfpflicht gegen Masern
Pressemitteilung vom 18. August 2022

Die Erste Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hatte im Beschluß vom 11. Mai 2020 in Sachen 1 BvR 469/20 und 1 BvR 470/20 den Antrag auf einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen § 20 Abs. 8 Satz 1 bis 3 i.V.m. Abs. 9 Satz 1 und 6 und Abs. 12 Satz 1 und 3 sowie i.V.m. Abs. 13 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in der Fassung des Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10. Februar 2020 (BGBl I S. 148) abgelehnt.

Nach mehr als zwei Jahren hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 21. Juli 2022 zu den Aktenzeichen 1 BvR 469/20, 1 BvR 472/20, 1 BvR 471/20, 1 BvR 470/20 zur Impfpflicht gegen Masern entschieden und die zu A II 1 e wiedergegebene Pressemitteilung Nr. 72/2022 vom 18. August 2022 veröffentlicht:

„Impfnachweis (Masern)

Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts mehrere Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen, die sich gegen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) über die Pflicht zum Auf- und Nachweis einer Masernimpfung sowie über die bei Ausbleiben des Nachweises eintretende Folgen richten, wie etwa das Verbot, Kinder in bestimmten Einrichtungen zu betreuen. Die Zurückweisung erfolgt allerdings mit der Maßgabe einer verfassungskonformen Auslegung, die an die zur Durchführung der Masernimpfung im Inland verfügbaren Impfstoffe anknüpft. Stehen - wie derzeit in Deutschland - ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung, ist § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG verfassungskonform so zu verstehen, dass die Pflicht, eine Masernimpfung auf- und nachzuweisen, nur dann gilt, wenn es sich um Kombinationsimpfstoffe handelt, die keine weiteren Impfstoffkomponenten enthalten als die gegen Masern, Mumps, Röteln oder Windpocken.

Die Beschwerdeführenden sind jeweils gemeinsam sorgeberechtigte Eltern sowie ihre minderjährigen Kinder, die kommunale Kindertagesstätten besuchen oder von einer Tagesmutter mit Erlaubnis zur Kindertagespflege nach § 43 Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII) betreut werden sollten. Sie wenden sich im Wesentlichen gegen die Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes, die eine solche Betreuung lediglich dann gestatten, wenn die betroffenen Kinder gegen Masern geimpft sind und diese Impfung auch nachgewiesen wird.

Die angegriffenen Vorschriften berühren sowohl das die Gesundheitsvorsorge für ihre Kinder umfassende Grundrecht der beschwerdeführenden Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) als auch und vor allem das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht der beschwerdeführenden Kinder auf körperliche Unversehrtheit. Beide Grundrechtspositionen sind hier in spezifischer Weise miteinander verknüpft. Sowohl die Eingriffe in das Elternrecht als auch die in die körperliche Unversehrtheit sind unter Berücksichtigung der verfassungskonformen Auslegung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Ohne Verstoß gegen Verfassungsrecht hat der Gesetzgeber dem Schutz durch eine Maserninfektion gefährdeter Menschen den Vorrang vor den Interessen der beschwerdeführenden Kinder und Eltern eingeräumt.

Sachverhalt:

1. Nach § 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 IfSG müssen unter anderem Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung im Sinne von § 33 Nr. 1 und 2 IfSG (zum Beispiel Kindertageseinrichtung oder erlaubnispflichtige Kindertagespflege) betreut werden, einen ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Immunität gegen Masern aufweisen. Die Pflicht, einen solchen Impfschutz aufzuweisen, gilt auch, wenn ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten (§ 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG).

Kinder, die in solchen Gemeinschaftseinrichtungen betreut werden sollen, müssen der Einrichtungsleitung vor Beginn ihrer Betreuung einen Nachweis darüber vorlegen, dass ein ausreichender Impfschutz oder eine Immunität gegen Masern besteht oder sie aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSG). Wird für Kinder ab der Vollendung des ersten Lebensjahres kein derartiger Nachweis vorgelegt, dürfen sie nicht in Gemeinschaftseinrichtungen betreut werden (§ 20 Abs. 9 Satz 6 IfSG). Nach § 20 Abs. 13 IfSG haben bei Minderjährigen deren Sorgeberechtigte für die Einhaltung der Verpflichtung zu sorgen.

2. Die minderjährigen Beschwerdeführenden sind nicht gegen Masern geimpft und verfügen über keine Immunität. Medizinische Kontraindikationen zu einer Masernimpfung bestehen bei ihnen nicht.

Die Verfassungsbeschwerden richten sich jeweils gegen die gesetzlichen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (§ 20 Abs. 8 Satz 1 bis 3, Abs. 9 Satz 1 und 6, Abs. 12 Satz 1 und 3, Abs. 13 Satz 1 IfSG) über die Pflicht zum Auf- und Nachweis einer Masernimpfung sowie das bei Ausbleiben des Nachweises geltende Betreuungsverbot in bestimmten Einrichtungen. Die Beschwerdeführenden sehen in der Pflicht zur Herbeiführung und zum Nachweis der Masernimpfung unter anderem unverhältnismäßige Eingriffe in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der minderjährigen Beschwerdeführenden, insbesondere wegen der Pflicht, sich nicht nur gegen Masern impfen zu lassen, sondern aufgrund der Nichtverfügbarkeit von Monoimpfstoffen auch gegen andere Krankheiten. Zugleich werde in unverhältnismäßiger Weise in das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) eingegriffen.

Wesentliche Erwägungen des Senats:

Die zulässigen Verfassungsbeschwerden haben keinen Erfolg.

I. 1. a) Die beanstandeten Regelungen des Infektionsschutzgesetzes greifen in mehrfacher Hinsicht jedenfalls zielgerichtet mittelbar in das Grundrecht der beschwerdeführenden Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein. Entscheiden sich die Eltern in Wahrnehmung ihrer durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Gesundheitsvorsorge gegen eine Impfung ihres Kindes, ist dies mit nachteiligen Konsequenzen für die ansonsten den

Eltern – zur Wahrnehmung ihrer Sorge für die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Entfaltungsfreiheit ihrer Kinder – eröffneten Möglichkeiten einer Betreuung in bestimmten Gemeinschaftseinrichtungen verbunden. Art und Gewicht dieser Konsequenzen für das die Gesundheitsorge betreffende Elternrecht sind dergestalt, dass sie nach Zielsetzung und Wirkung einem unmittelbaren Eingriff in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechen. Die Wirkungen der Kombination aus Pflicht zum Nachweis der Masernimpfung und Verlust der Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Betreuungsangebote beziehungsweise fehlender Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf einrichtungsbezogene frühkindliche und vorschulische Förderung sind denen einer zwangsweise gegen den Elternwillen durchgeführten Masernimpfung von Kindern weitgehend äquivalent.

b) Die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Regelungen greifen zudem – ebenfalls zielgerichtet mittelbar – in das Grundrecht der beschwerdeführenden Kinder auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein oder beeinträchtigen alternativ – abhängig von der Entscheidung der Eltern – das Recht der Kinder auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG). Nach Art und Gewicht wirken die beanstandeten Vorschriften in einer Weise auf die den sorgeberechtigten Eltern anvertraute Entscheidung über die körperliche Unversehrtheit ihrer Kinder ein, dass sie als zielgerichteter mittelbarer Eingriff in das Recht der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu bewerten sind. Die Masernschutzimpfung wirkt durch das Einbringen eines Stoffes und die damit verbundenen Nebenwirkungen auf die körperliche Integrität der Kinder ein. Zwar hindert das Infektionsschutzgesetz Eltern nicht daran, auf eine Masernschutzimpfung bei ihren Kindern zu verzichten. Allerdings geht dann wegen des in § 20 Abs. 9 Satz 6 IfSG angeordneten Betreuungsverbots der in § 24 SGB VIII eingeräumte Anspruch auf Förderung der Kinder in bestimmten Einrichtungen verloren oder kann jedenfalls nicht mehr durchgesetzt werden. Wird eine solche frühkindliche oder vorschulische Betreuung und Förderung – wie vorliegend – von den sorgeberechtigten Eltern gewünscht, geht von den bei Ausbleiben des Impfnachweises eintretenden Folgen ein starker Anreiz aus, die Impfung vornehmen zu lassen und damit auf die körperliche Unversehrtheit der Kinder durch die Verabreichung des Impfstoffs einzuwirken. Dieser vom Gesetzgeber intendierte Druck auf die Eltern, die Gesundheitsorge für ihre Kinder in bestimmter Weise auszuüben, kommt in seiner Wirkung dem unmittelbaren Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gleich.

2. Die Eingriffe sowohl in das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der Kinder sind verfassungsrechtlich allein bei verfassungskonformer Auslegung von § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG gerechtfertigt. Dann genügen sie den Anforderungen des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts und sind im verfassungsrechtlichen Sinn verhältnismäßig.

a) Die angegriffenen Regelungen genügen den aus dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts folgenden Anforderungen nur bei verfassungskonformer Auslegung. Wäre § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG so zu verstehen, dass die Norm auch gilt, wenn nur Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die weitere Impfstoffkomponenten als die bei Verabschiedung des Gesetzes verfügbaren Impfstoffe enthielten, verstieße sie gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG kann jedoch verfassungskonform so ausgelegt werden, dass die daraus resultierende Pflicht zum Nachweis einer Masernimpfung bei ausschließlicher Verfügbarkeit von Kombinationsimpfstoffen nur dann gilt, wenn es sich dabei um solche handelt, die keine weiteren Impfstoffkomponenten enthalten als die gegen Masern, Mumps, Röteln oder Windpocken. Allein auf Mehrfachimpfstoffe gegen diese Krankheiten beziehen sich die vom Gesetzgeber des Masernschutzgesetzes getroffenen grundrechtlichen Wertungen. Mit diesem Verständnis werden die Grenzen verfassungskonformer Auslegung nicht überschritten. Zwar enthält der Wortlaut von § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG keine Beschränkung derjenigen Krankheiten, bezüglich derer Impfstoffkomponenten in einem Mehrfachimpfstoff enthalten sein dürfen. Durch die verfassungskonforme Beschränkung auf die vorgenannten

Mehrfachimpfstoffkombinationen wird jedoch dem Gesetz weder ein entgegengesetzter Sinn verliehen noch der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt.

b) Die angegriffenen Regelungen sind in dieser verfassungskonformen Auslegung auch verhältnismäßig.

aa) Die in § 20 Abs. 8, 9 und 12 IfSG festgelegten Pflichten verfolgen ebenso wie das bei Ausbleiben des Nachweises eintretende Betreuungsverbot (§ 20 Abs. 9 Satz 6 IfSG) einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck, nämlich den Schutz vulnerabler Personen vor einer für sie gefährlichen Masernerkrankung. Gleiches gilt für die Übertragung der Erfüllung der Nachweispflicht von Kindern auf ihre Eltern in § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSG. Die Annahme des Gesetzgebers, von Personen, die keinen ausreichenden Impfschutz oder eine Immunität gegen Masern aufweisen, könnten Gefahren für das Leben und die Gesundheit insbesondere von Personen ausgehen, die sich selbst nicht durch eine Impfung vor einer Masernerkrankung zu schützen vermögen, beruht auf zuverlässigen Grundlagen und hält auch der strengen verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Innerhalb seines allerdings wegen der gesicherten Erkenntnislage und des Gewichts der Grundrechtseingriffe engen Einschätzungsspielraums konnte der Gesetzgeber in Einklang mit dem Verfassungsrecht von einer Gefahrenlage durch eine Masernerkrankung für verletzbare Personen ausgehen, insbesondere Säuglinge oder andere Personen, die sich nicht selbst durch eine Impfung schützen können.

bb) Die auf Gemeinschafts- und Gesundheitseinrichtungen bezogene Auf- und Nachweispflicht ist ebenso wie das bei ausbleibendem Nachweis geltende Betreuungsverbot (§ 20 Abs. 9 Satz 6 IfSG) im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, die mit dem Masernschutzgesetz verfolgten Zwecke zu erreichen. Sie können sowohl dazu beitragen, die Impfquote in der Gesamtbevölkerung zu erhöhen als auch dazu, diese in solchen Gemeinschaftseinrichtungen zu steigern, in denen vulnerable Personen betreut werden oder zumindest regelmäßig Kontakt zu den Einrichtungen und den dort betreuten und tätigen Personen haben.

cc) Die Pflichten, bei Betreuung in bestimmten Gemeinschaftseinrichtungen eine Masernimpfung auf- und nachzuweisen, sowie das bei Ausbleiben des Nachweises geltende Betreuungsverbot sind sowohl zum Schutz des Einzelnen als auch zum Schutz der Bevölkerung vor Masern im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich. Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber hier zukommenden Einschätzungsspielraums ist nicht erkennbar, dass andere, in der Wirksamkeit eindeutig gleiche, aber die betroffenen Grundrechte von Kindern und Eltern weniger stark einschränkende Mittel zur Verfügung standen. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber andere Maßnahmen zur Gewährleistung des angestrebten Individual- und Gemeinschaftsschutzes als nicht sicher gleich wirksam angesehen hat. Dafür konnte er sich auf hinreichend tragfähige Grundlagen stützen.

dd) Die beanstandeten Vorschriften über die Pflicht zum Auf- und Nachweis einer Masernimpfung sowie das bei Ausbleiben des Nachweises geltende Betreuungsverbot erweisen sich auch als angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinn. Trotz des nicht unerheblichen Gewichts der mittelbaren Eingriffe in das Grundrecht der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und in das der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG werden diese jeweils nicht unzumutbar im Hinblick auf den Schutz von Leben und Gesundheit durch eine Masernerkrankung gefährdeter Personen belastet.

(1) Die angegriffenen Vorschriften greifen mit nicht unerheblichem Gewicht zielgerichtet mittelbar sowohl in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG als auch in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der Kinder ein. Die Eingriffe erfolgen dabei in unterschiedlicher Weise und mit verschiedenem

Gewicht. Das Eingriffsgewicht in das Grundrecht der beschwerdeführenden Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG korrespondiert mit dem des Eingriffs in das auf die Gesundheitsorge bezogene Elternrecht.

(2) Demgegenüber verfolgt der Gesetzgeber mit den angegriffenen Vorschriften den Schutz eines überragend gewichtigen Rechtsguts, der hier auch dringlich ist. Die angegriffenen Vorschriften dienen dem Schutz vor einer Masernerkrankung. Demnach ist insoweit das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit betroffen, wobei es um den Schutz einer Vielzahl von Personen, insbesondere von vulnerablen Personen geht, die sich nicht selbst durch eine Impfung wirksam schützen können. Dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung kommt ein hohes Gewicht zu. Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst. Angesichts der sehr hohen Ansteckungsgefahr bei Masern und den mit einer Masernerkrankung verbundenen Risiken eines schweren Verlaufs besteht eine beträchtliche Gefährdung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit Dritter. Die Annahme des Gesetzgebers, ohne die in den angegriffenen Regelungen getroffenen Maßnahmen würde die Impfquote weiter stagnieren und gleichzeitig könne die Anzahl der Masernausbrüche in Kindertagesstätten und in der Kindertagespflege steigen, beruht auf tragfähigen Grundlagen und ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(3) Ohne Verstoß gegen Verfassungsrecht hat der Gesetzgeber mit den angegriffenen Auf- und Nachweispflichten sowie den bei deren Ausbleiben eintretenden Folgen dem Schutz durch eine Maserninfektion gefährdeter Menschen den Vorrang vor den Interessen der beschwerdeführenden Kinder und Eltern eingeräumt. Die damit verbundenen nicht unerheblichen Grundrechtseingriffe sind ihnen zugunsten des Gesundheitsschutzes vor den Gefahren einer Maserninfektion von verletzlichen Personen und damit einem Gemeinwohlbelang von hohem Rang derzeit zuzumuten.

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber für die von ihm geförderte (früh)kindliche Betreuung (§ 24 Abs. 1 bis 3 SGB VIII) mit den angegriffenen Regelungen Maßnahmen ergriffen hat, die Maserninfektionen von Kindern vermeiden oder zumindest deutlich reduzieren sollen. Im Rahmen der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass in den hier gegenständlichen Gemeinschaftseinrichtungen zur Kinderbetreuung nach den statistisch belegten Impfquoten in den dort betreuten Altersgruppen keine zum Gemeinschaftsschutz ausreichenden Quoten bestehen. Zugleich haben die betreuten Kinder typischerweise Kontakte zu besonders schutzwürdigen Personen, die eine hohe altersspezifische Inzidenz für Masern sowie eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit aufweisen, im Falle einer Maserninfizierung Komplikationen auszubilden, sich aber wegen einer Kontraindikation nicht selbst wirksam durch eine Impfung schützen können (zum Beispiel Kinder im ersten Lebensjahr, Schwangere). Mit der Bindung der Auf- und Nachweispflicht einer Masernimpfung an die Betreuung in Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33 Nr. 1 und 2 IfSG hat der Gesetzgeber die Reichweite der angegriffenen Regelungen gegenständlich begrenzt. Dementsprechend führt das Ausbleiben des in § 20 Abs. 8 und 9 IfSG geforderten Auf- und Nachweises der Masernimpfung auch nicht zum Ausschluss jeglicher frühkindlichen oder vorschulischen Förderung außerhalb der Familie. Die anderweitige Betreuung von Kindern in den betroffenen Alterskohorten bleibt auch familienübergreifend jedenfalls im selbstorganisierten privaten Bereich zulässig.

Trotz der nicht unerheblichen Eingriffe in das Abwehrrecht der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und das Grundrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG konnte der Gesetzgeber der Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit durch eine Masernerkrankung gefährdeter Personen den Vorrang einräumen. Für die Schutzpflicht streiten die hohe Übertragungsfähigkeit und Ansteckungsgefahr sowie das nicht zu vernachlässigende Risiko, als Spätfolge der Masern eine für gewöhnlich tödlich verlaufende Krankheit (die subakute sklerosierende Panenzephalitis) zu erleiden. Demgegenüber treten bei einer Impfung nahezu

immer nur milde Symptome und Nebenwirkungen auf; ein echter Impfschaden ist extrem unwahrscheinlich. Die Gefahr für Ungeimpfte, an Masern zu erkranken, ist deutlich höher als das Risiko, einer auch nur vergleichsweise harmlosen Nebenwirkung der Impfung ausgesetzt zu sein. Hinzu kommt, dass die realistische Möglichkeit der Eradikation der Masern die staatliche Schutzpflicht stützt, weshalb selbst bei einer sinkenden Inzidenz von Krankheitsfällen – zu einem Sinken dürfte es kommen, je näher das Ziel der Herdenimmunität durch eine steigende Impfquote rückt – das Abwehrrecht der Beschwerdeführenden, in das die Auf- und Nachweispflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit Impfunfähiger mittelbar eingreift, aufgrund geringerer Gefahrennähe weniger Gewicht für sich beanspruchen kann als der vom Gesetzgeber verfolgte Schutz impfunfähiger Grundrechtsträger.

Es ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Prognose die Gefahren in der Weise bewertet, dass das geringe Restrisiko einer Impfung im Vergleich zu einer Wildinfektion mit Masern bei gleichzeitiger Beachtung der – auch den betroffenen Kindern zugutekommenden – Impfvorteile zurücksteht. Im Ergebnis führt die Masernimpfung daher zu einer erheblich verbesserten gesundheitlichen Sicherheit des Kindes. Dem Individualschutz durch die Impfung zugunsten der Kinder kommt auch in der Abwägung der Interessen durch eine Maserninfektion zumindest in ihrer Gesundheit gefährdeter Personen einerseits mit dem Elternrecht andererseits Bedeutung zu. Da auch das die Gesundheitsorge betreffende Recht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG kindeswohlorientiert auszuüben und die Vornahme empfohlener Impfungen der Gesundheit des Kindes dienlich ist, kommt dem Eingriff in das Elternrecht insoweit kein besonders hohes Gewicht zu. Eine Abwägung zugunsten der Gesundheit von Personen, die sich selbst nicht durch Impfung vor einer Masernerkrankung schützen können und deshalb nur über eine Herdenimmunität geschützt werden können, ist daher verfassungsrechtlich unbedenklich.

Die Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der Kinder und das Elternrecht ihrer sorgeberechtigten Eltern sind auch nicht insoweit unzumutbar, als § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG eine Auf- und Nachweispflicht selbst dann vorsieht, wenn zur Erlangung des Masernimpfschutzes ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen. Zwar führt dies faktisch dazu, dass die Kinder bei entsprechender Entscheidung ihrer Eltern die Impfung mit zusätzlichen Wirkstoffen hinnehmen müssen, derer es zum Erfüllen der Auf- und Nachweispflicht aus § 20 Abs. 8 und 9 IfSG nicht bedarf und auf deren Schutzeffekte das Gesetz nicht zielt. Dennoch überwiegen im Ergebnis die für den Aufweis anhand eines Mehrfachimpfstoffs sprechenden Argumente. Denn die aktuell in den Mehrfachimpfstoffen enthaltenen weiteren Wirkstoffe betreffen ebenfalls von der Ständigen Impfkommission empfohlene, also eine positive Risiko-Nutzen-Analyse aufweisende Impfungen. Sie sind deshalb ihrerseits grundsätzlich kindeswohldienlich, wenngleich insoweit weder ein mit Masern vergleichbar hohes Infektionsrisiko besteht noch entsprechende schwere Krankheitsverläufe eintreten können.

Dem steht die Dringlichkeit des Gesundheitsschutzes derjenigen Personen gegenüber, die sich nicht durch Impfung schützen können, mittels Gemeinschaftsschutz. Für diesen bedarf es der genannten Impfquote von 95 Prozent, die gerade auch in den Altersgruppen nicht erreicht ist, die in den hier betroffenen Gemeinschaftseinrichtungen betreut werden. In der Gesamtabwägung ist es vertretbar, dass der Gesetzgeber den Schutz vulnerabler Personen gegen Masern so hoch gewertet hat, dass dafür auch die Grundrechtsbeeinträchtigungen durch den vom Gesetzgeber mit der Anordnung in § 20 Abs. 8 Satz 3 IfSG in Kauf genommenen Einsatz der aktuell einzig verfügbaren Kombinationsimpfstoffe hinzunehmen sind. Auch weil damit objektiv ein Schutz gegen die weiteren durch Kombinationsimpfstoffe erfassten Krankheiten verbunden ist, ist das Interesse, dass mangels verfügbarer Monoimpfstoffe Kombinationsimpfstoffe zum Einsatz kommen, höher zu gewichten als die Interessen der betroffenen Kinder und Eltern, diese nicht verwenden zu müssen.

II. Die angegriffenen Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes über die Auf- und Nachweispflicht sowie das Betreuungsverbot in Einrichtungen nach § 33 Nr. 1 und 2 IfSG bei ausbleibendem Nachweis verletzen die beschwerdeführenden Kinder auch nicht in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die von den beschwerdeführenden Kindern als gleichheitswidrig gerügten Differenzierungen sind durch Sachgründe gerechtfertigt.

Bei Gegenüberstellung der danach jeweils zu erwartenden Folgen muss das Interesse der Antragsteller, ihre Kinder ohne Masernschutzimpfung in einer Gemeinschaftseinrichtung betreuen zu lassen beziehungsweise selbst dort betreut zu werden, gegenüber dem Interesse an der Abwehr infektionsbedingter Risiken für Leib und Leben einer Vielzahl von Personen zurücktreten. Die Nachteile, die mit Inkrafttreten der angegriffenen Regelungen des Masernschutzgesetzes nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, überwiegen in Ausmaß und Schwere nicht – und schon gar nicht deutlich – die Nachteile, die im Falle der vorläufigen Verhinderung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten“.

2. Bundesverwaltungsgericht

a) Urteil vom 14. Juli 1959 zur Impfpflicht gegen Pocken

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 14. Juli 1959 Akz. I C 170.56, im Leitsatz 1 ausgesprochen:

„Der durch das Impfgesetz vom 8. April 1874 (RGBl. S. 31) angeordnete Impfwang ist mit dem Grundgesetz vereinbar“.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich auf den Parlamentarischen Rat berufen. In diesem „war man sich bei der Schaffung dieses Grundrechts (sc. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) darüber einig, daß der Impfwang dem Grundrecht nicht widerspricht (vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 1 S. 60). Das Urteil betraf die Pockenimpfung. Das Gericht hat sich, auch wegen der Gefahr einer Pockenpandemie, dem Bundesgerichtshof angeschlossen, der in einem Gutachten vom 25. Januar 1952 (BGHSt 4, 375 ff.) die Pockenimpfung für rechtens erklärt hatte. Mehrere Oberverwaltungs- und Oberlandesgerichte haben in den 50iger Jahren und auch danach nicht anders judiziert.

b) Beschluß vom 7. Juli 2022 zur Impfpflicht von Soldaten

„Pressemitteilung Nr. 44/2022 vom 07.07.2022
Soldaten müssen sich gegen Covid-19 impfen lassen.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute die Anträge zweier Luftwaffenoffiziere gegen die Verpflichtung, die Covid-19-Impfung zu dulden, als unbegründet zurückgewiesen. Gegenstand dieser Anträge nach der Wehrbeschwerdeordnung ist eine Allgemeine Regelung des Bundesministeriums der Verteidigung vom 24. November 2021, mit der die Schutzimpfung gegen Covid-19 in die Liste der für alle aktiven Soldatinnen und Soldaten verbindlichen Basisimpfungen aufgenommen worden ist. Die beiden Antragsteller haben vorgetragen, die Impfung mit den von der Bundeswehr verwendeten mRNA-Impfstoffen sei rechtswidrig und greife in unzumutbarer Weise in ihre Rechte ein. Die mit den Impfstoffen verbundenen Risiken stünden außer Verhältnis zu deren Nutzen.

Der 1. Wehrdienstsenat hat die Allgemeine Regelung zur Durchführung der Covid-19-Impfung als anfechtbare dienstliche Maßnahme i.S. des § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO angesehen, weil sie für die

ausführenden Truppenärzte und Disziplinarvorgesetzten bindend ist und unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsposition der betroffenen Soldaten hat. Er hat darum die Einwände gegen die Covid-19-Impfung an vier Verhandlungstagen erörtert und inhaltlich überprüft. Dabei sind neben Sachverständigen der Antragsteller und der Bundeswehr auch Fachleute des Paul-Ehrlich- und Robert-Koch-Instituts angehört worden.

Im Ergebnis hat sich die Allgemeine Regelung als formell und materiell rechtmäßig erwiesen. Das Bundesministerium der Verteidigung hat die Regelung in einem ordnungsgemäßen Verfahren erlassen und insbesondere die Soldatenvertretungen beteiligt. Es war im Rahmen der ihm zustehenden Weisungsbefugnis nach § 10 Abs. 4 SG berechtigt, nach pflichtgemäßen Ermessen den Kreis der notwendigen Schutzimpfungen durch Verwaltungsvorschrift festzulegen. Denn das Soldatengesetz enthält in § 17a SG (siehe den Auszug zu 2) eine ausdrückliche Regelung darüber, dass jeder Soldat verpflichtet ist, sich im Interesse der militärischen Auftragserfüllung gesund zu erhalten und dabei ärztliche Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten gegen seinen Willen zu dulden. Dies hat seinen Grund darin, dass der militärische Dienst seit jeher durch die Zusammenarbeit in engen Räumen (Fahrzeugen, Schiffen, Flugzeugen), durch Übungen und Einsätze in besonderen naturräumlichen Gefährdungslagen und durch das Gemeinschaftsleben in Kasernen das besondere Risiko der Verbreitung übertragbarer Krankheiten mit sich bringt. Das Gesetz erwartet, dass jeder Soldat durch die Duldung von Schutzimpfungen zu seiner persönlichen Einsatzfähigkeit und damit zur Funktionsfähigkeit der Bundeswehr (Art. 87a GG) insgesamt beiträgt. Die Erhaltung der eigenen Einsatzfähigkeit ist eine zentrale Dienstpflicht im hoheitlichen Dienst- und Treueverhältnis des Soldaten (Art. 33 Abs. 4 GG).

Die gesetzliche Ausgestaltung der Duldungspflicht genügt auch dem rechtsstaatlichen Gebot, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Denn er hat die Reichweite des Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit in allgemeiner Weise hinreichend klar bestimmt und auf zumutbare Eingriffe begrenzt. Die genaue Festlegung der im Einzelnen hinzunehmenden Impfungen und zu verwendenden Impfstoffe konnte er dem Dienstherrn überlassen, weil die Soldatinnen und Soldaten abhängig von ihrem Einsatzort im In- und Ausland unterschiedliche Impfungen benötigen. Außerdem erfordern etwa das Auftreten neuer Krankheitserreger oder das Bekanntwerden neuer Nebenwirkungen von Impfstoffen eine flexible und schnelle Entscheidungsfindung.

Das Bundesministerium der Verteidigung hat bei der Einführung der Duldungspflicht im November 2021 das ihm eingeräumte Ermessen nicht überschritten. Damals wies die Delta-Variante des SARS-CoV-2-Virus eine erhebliche Gefährlichkeit auf. Die vorhandenen Impfstoffe konnten zwar das Risiko einer Infektion und Übertragung nur verringern, aber die Gefahr schwerer Verläufe um 90 % reduzieren. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht das Vorhandensein einer sich verschärfenden pandemischen Lage im Winter 2021 bestätigt und näher ausgeführt, dass nach damaliger überwiegender fachlicher Einschätzung von einer erheblichen Reduzierung der Infektions- und Transmissionsgefahr durch die Covid-19-Impfung ausgegangen wurde (BVerfG, Beschluss vom 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 157 ff., 173 f.).

Der 1. Wehrdienstsenat hat sich nach der von ihm durchgeführten Sachverständigenanhörung auch der Bewertung angeschlossen, dass die Impfung gegenüber der nunmehr vorherrschenden Omikron-Variante eine noch relevante Schutzwirkung im Sinne einer Verringerung der Infektion und Transmission bewirkt (BVerfG a.a.O. Rn. 184 f.). Außerdem reduziert sie vor allem nach einer Auffrischungsimpfung das Risiko eines schweren Verlaufs über längere Zeiträume, so dass der positive Effekt der Impfung das mit ihr verbundene Risiko weiter deutlich überwiegt. Dies gilt nach den aktuellen Empfehlungen des

Robert-Koch-Instituts auch für die Gruppe der 18- bis 59-Jährigen, die den überwiegenden Anteil des militärischen Personals ausmachen. Das Bundesministerium der Verteidigung war berechtigt, bei seiner Einschätzung der Impfrisiken auf die Sicherheitsberichte des Paul-Ehrlich-Instituts zurückzugreifen, auch wenn diese Fachbehörde die Daten der Kassenärztlichen Vereinigungen entgegen § 13 Abs. 5 IfSG bislang nicht erhalten hat. Durch die zahlreichen Einwendungen der Antragsteller wurde die Überzeugungskraft der amtlichen Auskünfte der beiden Fachbehörden nicht durchgreifend erschüttert.

Allerdings ist das Bundesministerium der Verteidigung verpflichtet, die Aufrechterhaltung der Covid-19-Impfung zu evaluieren und zu überwachen. Denn Daueranordnungen müssen stets daraufhin überprüft werden, ob sie angesichts veränderter Umstände weiterhin verhältnismäßig und ermessensgerecht sind. Das Nachlassen der Gefährlichkeit des SARS-CoV-2-Virus und die Verringerung der Effektivität der aktuell verfügbaren Impfstoffe sind Umstände, die eine erneute Ermessensentscheidung für die Anordnung weiterer Auffrischungsimpfungen angezeigt erscheinen lassen. Außerdem ist eine Evaluierung der Entscheidung dem Gesamtvertrauenspersonenausschuss im Schlichtungsverfahren zugesagt worden.“

3. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

a) Beschwerde gegen Test- und Nachweispflichten

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat zum Az. 41994/21 eine Beschwerde gegen Test- und Nachweispflichten in Frankreich im Kampf gegen die Corona-Pandemie, den sogenannten Gesundheitspaß, ohne inhaltliche Stellungnahme zur Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 als unzulässig zurückgewiesen, weil der Beschwerdeführer aus Frankreich nicht alle Rechtsschutzmöglichkeiten Frankreichs ausgeschöpft hatte. Der Gesundheitspaß weist ähnlich der deutschen 3 G-Regelung eine überstandene Corona-Infektion, eine Impfung oder ein negatives Testergebnis aus und mußte in Frankreich seit dem Sommer 2021 etwa bei Restaurantbesuchen oder Fernzugreisen vorgelegt werden (LTO Legal Tribune Online, 7. Oktober 2021).

b) Beschwerde gegen Impfpflicht; Eilverfahren

Ein Verfahren wegen der Beschwerde eines französischen Feuerwehrmanns vom 10. September 2021 gegen die Impfpflicht (Az. 46061/21) schwebt. Das angefochtene Gesetz sieht ähnlich dem § 20 a IfSG vor, dass u.a. Beschäftigte im Gesundheits- und Pflegebereich sowie Rettungskräfte und Feuerwehrleute grundsätzlich seit dem 15. September 2021 ihren Beruf nicht mehr ausüben dürfen, wenn sie keinen Nachweis einer vollständigen Impfung vorzeigen können. Der Beschwerdeführer wollte mit vielen Kollegen eine vorläufige Aussetzung der Impfpflicht herbeiführen. Die notwendigen Voraussetzungen für eine Entscheidung im Eilverfahren lagen nicht vor.

c) Impfpflicht für Kinder

Zur Impfpflicht für Kinder in Tschechien, nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, hat der EGMR im Urteil vom 8. April 2021 erkannt, dass die Impfpflicht für Kinder in Tschechien nicht gegen Art. 8 (Recht auf Achtung des Privatlebens) der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt (Anträge Nr. 47621/13 und fünf weitere Anträge, Bericht auch in der Tagesschau vom 8. April 2021).

Teil C

Das Recht der Corona-Schutzmaßnahmen

Die die ganze Bevölkerung verpflichtenden Gebote und Verbote zur Corona-Infektionsabwehr hatten und haben zu starker Kritik der ‚grundrechtsvergessenen‘ Gesundheitspolitik des Bundes und auch der Länder geführt, die Beeinträchtigungen der Wahlerfolge der die Ämter besetzenden Parteien befürchten ließen. Die „Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten“, die die Abwehr von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bewirken sollten, dienten im Wesentlichen den Interessen der Parteien im Bundestagswahlkampf 2020/21.

Die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Probleme der Corona-Abwehr-Maßnahmen wurden kaum verstanden, nicht nur in der Bevölkerung nicht, sondern wohl auch in den Regierungen und erst recht in den Parteien nicht. Nach einer allseitigen Überbietung der herrschenden Parteien in der Strenge der Corona-Abwehrmaßnahmen folgte eine ebensolche Überbietung dieser Parteien mit einer Politik der „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ von den strengen Schutzmaßnahmen je näher die Bundestagswahl rückte. Gründliche Überlegungen zur Vereinbarkeit der Corona-Abwehrmaßnahmen mit den Grundrechten und der Rechtmäßigkeit der Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 kamen in dem jeweiligen Überbietungswettbewerb zu kurz. Demgemäß ließ die tatbestandliche Gediegenheit der Regelungen, insbesondere die des am 23. April 2021 in das Infektionsschutzgesetz eingefügten § 28 c IfSG (Änderungen am 8. Mai 2021, 1. Juni 2021, 22. November 2021) zu wünschen übrig. Vor allem ist die Sprache der Regelungen mißlungen. In der politischen Propaganda einerseits für strenge Abwehrmaßnahmen und andererseits für Erleichterungen und Ausnahmen von diesen Maßnahmen durch Schutzimpfungen dominierten Schlagworte wie eben das der „Erleichterungen“. Von dem Bundesgesundheitsminister und vielen anderen Politikern in höheren Ämtern und noch mehr von Journalisten wurden statt sachkundiger Informationen das ‚moralische‘ Postulat verkündigt, andere Menschen durch eigene Impfung vor einer Infektion mit dem Virus zu schützen, die durch „Erleichterungen“ von den Abwehrmaßnahmen für die geimpften Menschen „belohnt“ werden würden. Diese sollten in dem Infektionsschutzgesetz und in den Infektionsschutzverordnungen der Länder zum Ausdruck kommen, ohne Rücksicht auf die normativ und damit rechtsstaatlich ungeeignete Begrifflichkeit der Tatbestandsmerkmale. Propagandistische und moralistische Formulierungen dürfen nicht in die Rechtstexte eindringen, wenn diese demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Seriosität wahren sollen.

Die relevanten Vorschriften finden sich im Anhang der Schrift. Sie sind, soweit sie für die Schrift bedeutsam sind, im Text zitiert.

I

Ermächtigungen

Das Infektionsschutzgesetz hat Gebote und Verbote spezifisch zur Abwehr der Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 gegeben. Die Behörden der Länder sind durch § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Teilsatz verpflichtet, die notwendigen Schutzmaßnahmen wegen der Corona-Pandemie durch Gebote und Verbote zu treffen. Die Behörden sind gemäß Art. 83 Abs. 1 GG Landesbehörden. § 32 IfSG hat die Landesregierungen ermächtigt, in Rechtsverordnungen die notwendigen Maßnahmen zum Schutz gegen

Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen. Diese Ermächtigungen sind durch Grenzen, die das Infektionsschutzgesetz zieht, eingeschränkt. In § 28 c IfSG ist die Bundesregierung ermächtigt, von den Geboten und Geboten des Infektionsschutzgesetzes zum Schutz gegen das Virus Erleichterungen und Ausnahmen zu verordnen. Die Bundesregierung kann nach Satz 4 zugleich die Landesregierungen ermächtigen, entsprechende Erleichterungen und Ausnahmen zu regeln. Den Ermächtigungen begegnen nicht nur grundrechtliche Bedenken, sondern auch föderalistische und delegations- und gewaltenteilungsrechtliche Bedenken.

§ 32 IfSG:

„§ 32 Erlass von Rechtsverordnungen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28a und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) und des Brief- und Postheimnisses (Artikel 10 des Grundgesetzes) können insoweit eingeschränkt werden.“

§ 28 c IfSG:

„Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen

Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. In der Rechtsverordnung kann vorgesehen werden, dass Erleichterungen und Ausnahmen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, nur bestehen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 und 2 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. Wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 und 2 Gebrauch macht, kann sie zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.“

Artikel 6 des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes von Gerichtsvollziehern vor Gewalt sowie zur Änderung weiterer zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. 2021 I Nr. 20 S. 856) hat das Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. April 2021 (BGBl. I S. 802) geändert worden war, wie folgt geändert:

„1. Dem § 28c wird folgender Satz angefügt: Wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 Gebrauch macht, kann sie zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Ausnahmen zu regeln“.

Das „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22. November 2021 hat § 28 c IfSG zu Nr. 3 b erneut geändert:

„a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

In der Rechtsverordnung kann vorgesehen werden, dass Erleichterungen und Ausnahmen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, nur bestehen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können.“

b) In den neuen Sätzen 3 und 4 werden jeweils die Wörter „nach Satz 1“ durch die Wörter „nach den Sätzen 1 und 2“ ersetzt“.

1. Föderalistische Bedenken

a) Ermächtigungen der Landesregierung durch den Bundesgesetzgeber

aa) Verpflichtung und Ermächtigungen der Länder zu Schutzmaßnahmen

Die Behörden der Länder sind, wie gesagt, durch § 28 Abs. 1 S. 1, 1. Teilsatz IfSG verpflichtet, die notwendigen Schutzmaßnahmen wegen der Corona-Pandemie durch Gebote und Verbote zu treffen. Der 2. Teilsatz des Satzes 1 und Satz 2 des § 28 IfSG erlaubt den Behörden bestimmte Schutzmaßnahmen nach ihre Ermessen zu anzuordnen. Durch § 32 IfSG sind die Landesregierungen ermächtigt, „unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28 a und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen“. Das Infektionsschutzgesetz begrenzt in verschiedenen Vorschriften die „notwendigen Schutzmaßnahmen“.

Der Bund hat die konkurrierende Zuständigkeit auf Grund des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, Gesetze für übertragbare Krankheiten zu geben. Er hat diese in Anspruch genommen. Der Bund muß bestimmen, ob überhaupt Schutzmaßnahmen getroffen werden, zumal seit die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nicht mehr festgestellt ist. Die Bundesregierung ist, wie zitiert, durch § 28 c S. 1 IfSG ermächtigt, durch Rechtsverordnung nach näherer Regelung des § 28 c IfSG „Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten“ nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes, der Coronaschutzgesetzgebung, zu regeln. Sie darf zudem auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG die Landesregierungen zum Erlaß von „Erleichterungen und Ausnahmen“ zu ermächtigen, wenn sie von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 und 2 Gebrauch macht.

Als Beispiel der einschlägigen Landesregelungen führe ich in dieser Abhandlung die Verordnungen des Senats von Berlin an.

Die Ermächtigung des § 28 c IfSG war in der Vierten Berliner Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, genauso wenig wie schon in der Dritten, entgegen Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG als Ermächtigungsgrundlage der Verordnung nicht genannt. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung (BaSchMV) vom 29. März 2022 hat § 28 c IfSG als Ermächtigungslage nicht aufgeführt, auch die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022 nicht. Die Rechtsverordnung der Bundesregierung enthält die Angabe der Ermächtigungsgrundlage. § 11 der Rechtsverordnung der Bundesregierung die auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG die Länder zu „Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten“ ermächtigt hat, hat diese Ermächtigung auf „landesrechtliche Gebote und Verbote der Länder für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen“ beschränkt. Die Länder waren somit ohnehin nicht ermächtigt, Gebote und Verbote des Bundes zu ändern.

Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG ist verfassungsrechtlich insofern nicht zu beanstanden, als sie „ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln“ erlaubt. Das wäre den Ländern sonst verwehrt, weil sie ohne § 28 c S. 4 IfSG nach § 32 IfSG in Verbindung mit §§ 28, 28 a IfSG nur Vorschriften über „Gebote und Verbote“ machen durften, nicht über Erleichterungen oder Ausnahmen von diesen Geboten und Verboten. Die Länder hätten auf Grund der Ermächtigungen der Landesregierungen von vornherein oder auch nachträglich die Gebote und Verbote soweit, als es nach dem Infektionsschutzgesetz möglich war und ist, auf die Maßnahmen beschränken können, die der Infektionsschutz auf Grund der Ermächtigung des § 28 c S. 4 IfSG für Erleichterungen oder Ausnahmen vorsieht.

Befugnisse, Corona-Schutzmaßnahmen zu treffen, hatten und haben die Landesregierungen nur auf Grund von Ermächtigungen durch den Bundesgesetzgeber nach Maßgabe des § 32 IfSG in Verbindung mit §§ 28, 29 a und 29 bis 31 IfSG. Nachdem der Bundesgesetzgeber das Infektionsschutzgesetz mit § 28 c IfSG novelliert hat, konnte die Bundesregierung unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift nach Satz 4 durch Rechtsverordnung die Landesregierungen ermächtigen, „Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten“ der Coronaschutzgesetzgebung zu schaffen. Mit § 11 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 in der Fassung von 10. Dezember 2021 (jetzt § 7 in der Fassung vom 14. Januar 2022) hat die Bundesregierung gemäß § 28 c S. 4 IfSG die Landesregierungen „ermächtigt“, „Erleichterungen und Ausnahmen zu verordnen“, wie sie selbst vom Bundesgesetzgeber ermächtigt worden ist (dazu zu b, bb). § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 ist nach seinem Absatz 10 schon am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten. Aus eigener Hoheit, der Landeshoheit der Länder als Staat (BVerfGE 1, 14 (34); 36, 342 (360); st. Rspr.; 96, 345 (366); K. A. Schachtschneider, Souveränität. Grundlegung einer freiheitlichen Souveränitätslehre, 2015, S. 402 ff.), hatten und haben die Länder die Befugnis, die Corona-Epidemie zu bekämpfen, nicht, weil der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) umfassend Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Die Länder sind somit auf die Ermächtigungen durch den Bund angewiesen, wenn sie den Infektionsschutz (in den Grenzen der Ermächtigungen und der Gesetze) regeln wollen und sollen. Keinesfalls konnten die Länder jedoch Regelungen entgegen § 28 a Abs. 1 und Abs. 8 bzw. Abs. 7 IfSG treffen.

§ 28 a Abs. 7 und Abs. 8 IfSG in der jüngsten Fassung vom 28. Juni 2022 haben die Länder nicht zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt und ermächtigen sie dazu nicht, sondern setzen den

Rechtsverordnungen und sonstigen Anordnungen Grenzen (dazu auch zu cc, b, ii). Die Befugnis der Landesregierungen, Gebote und Verbote zum Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen, ergibt § 32 IfSG. § 7 (vorher § 11) der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung hat gemäß § 28 c S. 4 IfSG die Landesregierungen „ermächtigt“, „Erleichterungen und Ausnahmen ... zu verordnen“. Die Vorschriften des Dritten Abschnitts der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung galten auch für die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021, obwohl die Bundesregierung die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung schon am 8. Mai 2021 erlassen hat. Diese Verordnung der Bundesregierung war am 14. Dezember 2021 nicht aufgehoben und die Berliner Verordnung ist auf § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28 a Absatz 1 des Infektionsschutzgesetzes, sowie § 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5175) geändert worden ist, gestützt. Die „Erleichterungen oder Ausnahmen“ konnte außer dem Bundesgesetzgeber nur die Bundesregierung regeln. Es ist zu b, dd und ee dargelegt, daß die Bundesregierung nicht die Landesregierungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigen kann, sondern nur, wenn nicht der Landesgesetzgeber, der Bundesgesetzgeber. Die Bundesregierung hat zudem in wesentlichen Teilen in die exekutive Landesgesetzgebung eingegriffen und die Landesverordnungen geändert, entgegen dem Grundgesetz (dazu zu I 7). Die Einheit der Gebote und Verbote mit den Erleichterungen und Ausnahmen, wenn die Landesregierung gemäß § 28 c S. 4 IfSG von der Bundesregierung zu diesen ermächtigt wurde, hat die Nichtigkeit der Ermächtigung der Länder durch den Bundesgesetzgeber und die Bundesregierung zur Folge.

Ohne die Feststellung der „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ durch den Bundestag konnten nur bestimmte aufgelistete Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein. Nach § 28 a Abs. 8 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 konnten „nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemische Lage von nationaler Tragweite“ die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, „soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 feststellt, mit der Maßgabe, daß folgende Schutzmaßnahmen ausgeschlossen sind“ Absatz 7 des § 28 a IfSG blieb unberührt. Der Bund hat, wie gesagt, in Absatz 7 des § 28 a IfSG die Schutzmaßnahmen, die getroffen werden dürfen, benannt und in Absatz 8 der Vorschrift bestimmte Schutzmaßnahmen ausgeschlossen. Im übrigen hat er in den Absätzen 9 und 10 gewisse Befristungen für die Maßnahmen getroffen, die später aufgehoben und/oder verlängert worden sind.

Die vom Bund vorgesehene Feststellung durch das Landesorgan Parlament wirft Bedenken wegen der Verfassungshoheit der Länder auf.

Die Absätze 1 bis 6 des § 28 a IfSG listen die vielfältigen Schutzmaßnahmen auf, die überhaupt in Betracht kommen, unterwerfen diese verschiedenen Einschränkungen und weiteren Vorschriften. Im Anhang zu 1 g ist § 28 a IfSG wiedergegeben.

Nach Absatz 5 des § 28 a IfSG sind „Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28 a Absatz 1 erlassen werden, mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann verlängert werden.“

Absatz 6 des § 28 a IfSG bestimmt:

„Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und nach den §§ 29 bis 31 können auch kumulativ angeordnet werden, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist. Bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) sind soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist. Einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, können von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist.“

bb) Feststellung der Corona-Epidemie durch die Landesparlamente

Die Befugnis, die wesentliche Eingriffsvoraussetzung der Schutzmaßnahmen festzustellen, hat der Bund, seit die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nicht mehr vom Deutschen Bundestag festgestellt ist, den Ländern überlassen. Für diesen Fall hat der Bund in § 28 a Abs. 7 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 die Feststellung der wesentlichen Eingriffsvoraussetzung, nämlich die Erforderlichkeit zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), den Landesgesetzgebern für ihr Land überantwortet.

Absatz 7 des § 28 a IfSG, geändert durch Art. 24 Absatz 8 des Gesetzes vom 15. September 2021, lautete:

„(7) Nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als aufgehoben, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 die weitere Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt; dies gilt entsprechend, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung der weiteren Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 die weitere Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 erneut feststellt.“

§ 28 a Abs. 7 und Abs. 8 IfSG in der jüngsten Fassung vom 28. Juni 2022 haben die Länder nicht zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt und ermächtigen sie dazu nicht, sondern setzen den Rechtsverordnungen und sonstigen Anordnungen Grenzen (dazu zu a, aa, cc und b, ii). Die Befugnis der Landesregierungen, Gebote und Verbote zum Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen, ergibt § 32 IfSG. § 7 (vorher § 11) der COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung hat gemäß § 28 c S. 4 IfSG die Landesregierungen „ermächtigt“, „Erleichterungen und Ausnahmen ... zu verordnen“. Die Fragwürdigkeit dieser Ermächtigung ist zu 2 b, cc und dd angesprochen. Die Einheit der Gebote und Verbote mit den Erleichterungen und Ausnahmen, wenn die

Landesregierung gemäß § 28 c S. 4 IfSG von der Bundesregierung zu diesen ermächtigt wurde, hat die Nichtigkeit der Ermächtigung der Länder durch den Bundesgesetzgeber und die Bundesregierung zur Folge, wie noch näher zu 3 bis 5 dargelegt wird.

Die Ermächtigung des § 28 a Abs. 7 IfSG der Fassung vom 10. Dezember 2021 fand schon im Satz 1 eine wesentliche Einschränkung; denn es können abgesehen von den weiteren Tatbestandsmerkmalen nur notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 IfSG bestimmte in § 28 a Abs. 7 IfSG aufgeführte Maßnahmen sein“. Die Sätze 1 und 2 des § 28 IfSG lauten:

„(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28 a und in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen.“

Auf „die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land“ und die Feststellung der Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land durch das Parlament in dem betroffenen Land kam es nach Absatz 7 des § 28 a IfSG vom 10. Dezember 2021 nicht an. Darauf kommt es auch in der Neufassung des § 28 a Abs. 7 IfSG vom 28. Juni 2022 nicht mehr an. Die Maßnahmen mußten allerdings in der Fassung des § 28 a IfSG vom 10. Dezember 2021 „zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit- 2019 (Covid-19) erforderlich sein, beispielsweise nach Nr. 2 „die Anordnung von Kontaktbeschränkungen im privaten und öffentlichen Raum“. Das war und ist eine deutliche und wenig demokratische Entmachtung der Parlamente zugunsten der Exekutiven.

Die Absätze 1 bis 6 des § 28 a IfSG konnten nach Absatz 8 dieser Vorschrift, „soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit- 2019 (Covid-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betreffenden Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 feststellt“ ,auch angewendet werden, freilich „mit der Maßgabe, daß folgende Schutzmaßnahmen ausgeschlossen“ waren, beispielsweise nach Nr. 1 „die Anordnung von Ausgangsbeschränkungen“.

Die Rechtsverordnungen auf Grund des Absatzes 7 Satz 1 und des Absatzes 8 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 32 IfSG sollten mit Ablauf des 19. März 2022 außer Kraft treten, die Anordnungen nach den Absätzen 7 und 8 des § 28 a IfSG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG aufgehoben sein (Absatz 10 des § 28 a IfSG). Der Deutsche Bundestag konnte die Fristen um drei Monate verlängern.

Die neue Fassung des § 28 a Abs. 7 des "Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das durch Artikel 3a des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 938) geändert worden ist" lautet:

(7) „Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind, 1....., 2....., 3....“ usw. (§ 28 a IfSG dieser Fassung ist insgesamt im Anhang zu 1 g wiedergegeben).

Die Maßnahmen betreffen besonders infektions- und, wie gesagt wird, vulnerable Gruppen gesundheitlich gefährdende Einrichtungen und Unternehmen wie Arztpraxen und Verkehrsmittel des öffentlichen Nahverkehrs.

Absatz 8 des § 28 a IfSG in dieser Fassung vom 28. Juni 2022 erweitert wiederum in der gleichen Regelungsweise wie die Fassung vom 10. Dezember 2021 die Möglichkeiten notwendiger Schutzmaßnahmen, „sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt“. Satz 2 dieses Absatzes definiert die „konkrete Gefahr“:

„Eine konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage nach Satz 1 besteht, wenn

1. in der jeweiligen Gebietskörperschaft die Ausbreitung einer Virusvariante des Coronavirus SARS-CoV-2 festgestellt wird, die eine signifikant höhere Pathogenität aufweist, oder
2. auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen oder eines besonders starken Anstiegs an Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft droht.“

Wie regelmäßig und rechtlich geboten enthält auch Absatz 10 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 Befristungs- und Veränderungsregelungen.

Die Regelung des § 28 a Abs. 7 IfSG vom 28. Juni 2022 (wie schon der vorherigen Fassungen) schränkt mit der Formulierung „können folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen...“ die Schutzmaßnahmen der Länder auf die in der Liste des § 28 a Abs. 7 IfSG aufgeführten Maßnahmen ein. Allerdings können auch die in § 28 a Abs. 8 IfSG aufgeführten Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen sein, wenn das Parlament „das Vorliegen der (im Satz 2 definierten) konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt“.

cc) Begrenzung der Schutzmaßnahmen der Länder durch den Bund

Die Ermächtigung der Landesregierungen, Schutzmaßnahmenverordnungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen, wurde vom Bundesgesetzgeber in der 20. Legislaturperiode unter der sogenannten Ampelkoalition mehrfach eingeeengt. Die notwendigen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 IfSG, über die die Landeschutzmaßnahmen nicht hinausgehen durften und dürfen, sind in den jeweiligen § 28 a IfSG bestimmt worden. Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere die Schutzmaßnahmen, die im Absatz 1 des § 28 a IfSG aufgeführt sind, sein. Die Absätze 2 bis 6 dieser Vorschrift regeln diese Schutzmaßnahmen näher. § 28 b IfSG, der noch in der früheren Fassung vom 27. September 2021 eine Vielfalt von

Schutzmaßnahmen vorgeschrieben hatte, war auf Grund seines Absatz 10 am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten. An deren Stelle waren in der Fassung vom 10. Dezember 2021 Regelungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Arbeitsstätten getroffen worden. Die besonderen Regelungen über die Schutzmaßnahmen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Arbeitsstätten des § 28 b IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 sind aufgehoben und durch Regelungen für den Luftverkehr und den öffentlichen Personenfernverkehr in § 28 b IfSG in der Fassung vom 18. März 2022 (in der Fassung vom 28. Juni 2022 beibehalten) ersetzt worden. Diese standen mit anderem Wortlaut vorher in § 28 b Abs. 5 IfSG (wiedergegeben im Anhang zu 1 h).

Ein wesentlicher Grund der Neuregelungen war und ist, daß die epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG durch den Bundestag der 20. Legislaturperiode nicht mehr festgestellt wurde. Demgemäß hat der Bundesgesetzgeber Maßnahmen benannt, die die Länder „unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht“, zu treffen befugt wurden und befugt sind. Diese Regelungen, die vor allem wegen ihrer Unklarheiten eigenständige Probleme aufwerfen, nachzuzeichnen gibt die Ermächtigungsproblematik keinen Anlaß.

dd) Ermächtigung der Länder zu Erleichterungen und Ausnahmen

Eine Pflicht, von der Ermächtigung des § 28 c IfSG Gebrauch zu machen, ist aus dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht ersichtlich, aber von der Sache geboten, weil die Gebote und Verbote des Infektionsschutzgesetzes in § 28, 28 a und insbesondere § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 überaus weit gingen. Der Gesetzgeber wollte augenscheinlich die harten Verbots- und Gebotsmaßnahmen des Infektionsschutzgesetzes zur Eindämmung der ‚Corona-Pandemie‘ der Bundesregierung und den Landesregierungen zu mildern ermöglichen. Die Trennung der Gebote und Verbote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 von deren Erleichterungen und Ausnahmen war und ist von der Sache her nicht möglich. Die „Regelungen der „Erleichterungen und Ausnahmen“, insbesondere die 2 G-Regelung, sollte den Ländern überlassen werden, soweit nicht die Bundesregierung „Erleichterungen oder Ausnahmen“ in der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 in der Fassung vom 10. Dezember 2021, zuletzt geändert am 14. Januar 2022, wie schon § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 9 und § 10 Abs. 1 des Dritten Abschnitts der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 verordnet hatte und hat. Das war ersichtlich ein Kompromiss des Bundes und der Ländern, die die Politik der Corona-Schutzmaßnahmen gemeinsam in der (verfassungswidrigen, dazu zu cc, III 7 b, VII 1 d, VIII 4 vor a, IX 1 c, aa, 1 d, dd, e) Konferenz der Bundeskanzlerin der 19. Wahlperiode mit den Ministerpräsidenten der Länder verabredet haben.

b) Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung

aa) Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung

Die Bundesregierung hatte am 8. Mai 2021 auf der Grundlage des § 28 c IfSG die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung-SchAusnahmV; Text

Anhang zu 2)) erlassen. Die Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung hat in Abschnitt 2 die „Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten nach § 28 b des Infektionsschutzgesetzes“, in Abschnitt 3 die „Erleichterungen und Ausnahmen von auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten und Verboten“ geregelt.

Diese Rechtsverordnung der Bundesregierung enthielt auch ‚Erleichterungen‘ insbesondere von § 28 b IfSG in der Fassung vom 7. Mai 2021, die im Mai 2021 noch möglich waren, weil diese Vorschrift nach ihrem Absatz 10 erst am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten ist. § 28 b Abs. 6 IfSG ermächtigt die Bundesregierung nicht mehr, wenn und soweit § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 nicht mehr gilt, also ab 1. Juli 2021.

Der Rechtsverordnung der Bundesregierung fand bereits durch § 28 b Abs. 10 S. 2 IfSG vom 22. April 2021 eine zeitliche Begrenzung für die Regelungen auf Grund des Absatz 6 des § 28 b IfSG:

„(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen:

1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19),
2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten.

Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.“

„(10) Diese Vorschrift (sc.: § 28 b IfSG) gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. Dies gilt auch für Rechtsverordnungen des Absatz 6“

Demgemäß sollen die anderen Regelungen in der Rechtsverordnung der Bundesregierung weiter gelten, obwohl § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 seit dem 1. Juli 2021 nicht mehr gilt.

Rechtsverordnungen werden nicht dadurch unwirksam, daß die Ermächtigungsnorm außer Kraft tritt. Sonst müßten die Rechtsverordnungen, die auf andere, etwa neuere Ermächtigungsvorschriften, gestützt werden könnten, erneut erlassen werden, wenn die Regelungen der Rechtsverordnung beibehalten werden sollen. Wenn die Ermächtigungsnorm außer Kraft tritt, können auf Grund dieser Ermächtigung keine weiteren Rechtsverordnungen erlassen werden. Soweit die auf diese Ermächtigung gestützte Rechtsverordnung mit der Ermächtigungsnorm außer Kraft treten soll, muß das in der Ermächtigungsvorschrift oder in der Rechtsverordnung so geregelt sein. So hat das auch das Bundesverfassungsgericht erkannt, wie der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages am 24. Juni 2019 berichtet:

„Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass ein Wegfall der Ermächtigungsgrundlage nicht automatisch zum Geltungsverlust der auf ihr beruhenden Rechtsverordnung führt. Nach Auffassung des Gerichts lassen sowohl das nachträgliche Erlöschen als auch die nachträgliche Änderung einer Ermächtigungsgrundlage die Wirksamkeit einer zuvor ordnungsgemäß erlassenen Rechtsverordnung prinzipiell unberührt (in Bezug auf das nachträgliche Erlöschen der Ermächtigungsgrundlage: BVerfGE 9, 3 (12); BVerfGE 12, 341 (346 f.); in Bezug auf deren nachträgliche Änderung: BVerfGE 14, 245 (249)). Dies wird von der Literatur für die Konstellation angezweifelt, in der die Rechtsverordnung durch den Wegfall ihrer gesetzlichen Grundlage offensichtlich gegenstandslos oder funktionslos wird und keine sinnvolle Regelung mehr

darstellt (mit Hinweisen auf A. Uhle, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 24 Rn. 108; D. Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 368 ff.; M. Kotulla, Fortgeltung von Rechtsverordnungen nach Wegfall ihrer gesetzlichen Grundlage, NVwZ 2000, 1263 ff.).

Die Zulässigkeit der Änderung von Rechtsverordnungen durch den Bundestag auf der Grundlage eines Änderungsvorbehalts oder unmittelbar auf eigene Initiative hin ist in der juristischen Literatur umstritten (siehe Th. Mann, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Auflage 2018, Art. 80 Rn. 9; B. Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 80 Rn. 91; A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Rechtsverordnung, in: JuS 2015, 311 (312)). Insbesondere wird kritisiert, dass ein solcher Eingriff der Legislative in den Bereich der Exekutive die verfassungsrechtliche Formentypik unterlaufe und dadurch Zuständigkeiten und Rechtsschutzmöglichkeiten verunklare (A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Rechtsverordnung, in: JuS 2015, 311 (312)).

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2005 dieser Problematik angenommen (BVerfGE 114, 196 (235 ff.); BVerfGE 114, 303 (311 f.)). Das Gericht betont dabei zunächst, dass das Grundgesetz zwischen der Rechtssetzung in der Form des Gesetzes und der Rechtssetzung in der Form der Rechtsverordnung unterscheide und die Voraussetzungen und Folgen der Rechtssetzung in der einen und anderen Form nach dem Grundgesetz verschieden seien (BVerfGE 114, 196 (235 f.), dort zum Folgenden). Die damit getroffene Unterscheidung stehe nicht zur beliebigen Disposition. Das hindere den Gesetzgeber aber nicht, die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder zu übernehmen und bislang als Verordnung geltende Regelungen nun als Gesetz zu erlassen (schon BVerfGE 22, 330 (346)). Ebenso wenig sei der Gesetzgeber prinzipiell gehindert, den Inhalt einer geltenden Rechtsverordnung unmittelbar kraft Gesetzes zu ändern. Aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips und des hieraus folgenden Prinzips der Rechtssicherheit sei jedoch eine Lösung erforderlich, die der durch Gesetz geänderten Rechtsverordnung einen einheitlichen Rang zuweise (BVerfGE 114, 196 (236)). Vor diesem Hintergrund qualifiziert das Gericht das durch verordnungsändernde Gesetze geschaffene Normgebilde insgesamt und einheitlich als Rechtsverordnung (BVerfGE 114, 196 (238)).“

bb) Ermächtigung der Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen

Die Vorschriften des Abschnittes 2 greifen nicht mehr, weil § 28 b IfSG alter Fassung seit dem 1. Juli 2021 nicht mehr gilt. Von „Verboten und Geboten“ auf Grund von Vorschriften, die nicht mehr in Kraft sind, können keine (neuen) „Erleichterungen und Ausnahmen“ gemacht werden. Weitgehend wurden die (harten) Vorschriften des nicht mehr in Kraft befindlichen § 28 b IfSG durch die Corona-Schutzmaßnahmen-Verordnungen der Landesregierungen, gestützt auf die bundesgesetzliche Ermächtigung des § 32 IfSG, ersetzt.

§ 11 im Abschnitt 3 SchAusnahmV in der Fassung vom 8. Mai 2021 enthielt die Ermächtigung der Landesregierungen, „Erleichterungen und Ausnahmen von den auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten oder Verboten für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen zu regeln, soweit diese Verordnung nichts anderes regelt. Dies galt im Hinblick auf Schutzmaßnahmen nach § 28 b IfSG alter Fassung nur für weitergehende Schutzmaßnahmen der Länder nach § 28 b Absatz 5 IfSG alter Fassung“. Diese Rechtsverordnung der Bundesregierung behielt ihre Verbindlichkeit, wie zu aa ausgeführt ist.

§ 11 Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der Fassung vom 8. Mai 2021 lautete:
„Ermächtigung der Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, Erleichterungen und Ausnahmen von den auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten oder Verboten für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen zu regeln, soweit diese Verordnung nichts anderes regelt. Dies gilt im Hinblick auf Schutzmaßnahmen nach § 28 b des Infektionsschutzgesetzes nur für weitergehende Schutzmaßnahmen der Länder nach § 28 b Absatz 5 des Infektionsschutzgesetzes.“

Satz 2 dieser Vorschrift steht in § 7 der Fassung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 14. Januar 2022 nicht mehr, wohl weil § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 (beibehalten in der Fassung vom 7. Mai 2021 des Art. 6 des Änderungsgesetzes, BGBl I, Nr. 20, S. 850) am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten war. § 28 b IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 enthält eine Regelung zu „den Verkehrsmitteln des Luftverkehrs und des öffentlichen Personenfernverkehrs“, die zuvor in Absatz 5 des § 28 b in den Fassungen vom 22. November 2021 und 10. Dezember 2021 stand.

Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung ist durch Art. 1 der Verordnung am 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1) geändert worden. Sie ist jetzt anders gegliedert und enthält die Regelung des § 11 der Verordnung vom 8. Mai 2021 in § 7.

Das Land Berlin hatte auf der Grundlage des § 11 Covid-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der Fassung vom 8. Mai 2021 die Zweite SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 4. März 2021 durch die Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 15. Juni 2021 (Inkrafttreten 18. Juni 2021, Außerkrafttreten 2. Januar 2022) ersetzt. Diese Verordnung wurde von der weitgehend inhaltsgleichen Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Dezember 2021 abgelöst¹. Diese hatte zuletzt die Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 18. Januar 2022. Danach galt die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung (BaSchMV) vom 29. März 2022 in der Fassung der Fünften Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung (BaSchMV) vom 19. Juli 2022, die am 27. Juli 2022 in Kraft getreten ist². Sie wart

¹ Die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins war, wie schon die vorhergehenden Schutzverordnungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, vom Senat Berlins am 14. Dezember 2021 auf Grund des § 2 Satz 1 und 2 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes vom 1. Februar 2021 (GVBl. S. 102) und § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, § 28 a Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 8 Satz 1 und § 28 a Absatz 7 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (ImpfPrG; BGBl. I S. 5162) geändert worden war, sowie § 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1), die zuletzt durch die Verordnung vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5175) geändert worden war, erlassen worden. Sie galt zunächst in der Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 23. Dezember 2021. Sie hat mehrere Änderungen durch Verordnungen des Senats von Berlin erfahren.

² Diese hat der Senat von Berlin auf Grund des § 2 Satz 1 und 2 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes vom 1. Februar 2021 (GVBl. S. 102) und § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28 a Absatz 7 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) (zuletzt durch Artikel 3a des

ohne hier relevante Änderungen, ebensowenig die danach geltende Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022, die mehrfach verlängert worden ist, jetzt (20. November 2022) auf Grund des Beschlusses des Senats vom 25. Oktober 2022 bis zum 24. November 2022.

cc) Fragwürdigkeiten der Ermächtigung der Landesregierungen

aaa) Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung nach § 28 c S. 4 IfSG hängt nicht nur von der Ermächtigung der Bundesregierung ab, sondern auch davon, daß die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 Gebrauch macht. Dafür gibt Art. 80 GG keine Rechtsgrundlage. Diese ungewöhnliche Verquickung der Ermächtigungen der Bundesregierung und der Landesregierungen soll die deutschlandweite Einheitlichkeit der Corona-Abwehrpolitik fördern. Dem steht der Föderalismus Deutschlands entgegen, der spezifisch die Unterschiedlichkeit des Landesrechts ermöglicht. Wenn der Bund die Einheitlichkeit der Regelungen im ganzen Bundesgebiet bewirken will, muß er die materiellen Regelungen selbst in dem Infektionsschutzgesetz treffen oder die Bundesregierung muß das auf Grund ihrer Ermächtigung, Rechtsverordnungen für die „Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten“ zu erlassen, bewerkstelligen. Das wäre wohl auf Widerstand von Ministerpräsidenten einiger Länder gestoßen, die sich auf einheitliche Regelungen nicht verständigen konnten, ganz davon abgesehen, daß die Koordinierung der Länderpolitiken durch das Gremium der Ministerpräsidenten mit der Bundeskanzlerin/dem Bundeskanzler verfassungsrechtlich schwerlich tragfähig ist (vgl. Ch. Waldhoff, Der Bundesstaat in der Pandemie, NJW 38/2021, 2772 ff., 2774). Dieses Organ ist im Grundgesetz nicht vorgesehen. Auch diese Koordinierung der Corona-Abwehrpolitik stellt deren Verfassungsmäßigkeit in Frage.

bbb) „Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 und 2 (sc. des § 28 c IfSG) bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat“ (S. 3 des § 28 c IfSG). Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG würde, wenn sie denn zulässig wäre, den Landesregierungen ermöglichen, Regelungen zu erlassen, die sonst die Bundesregierung hätte treffen können. Die Regelungen der Landesregierungen können genauso fragwürdig sein wie die der Bundesregierung. Eine Zustimmungspflicht des Bundestages und des Bundesrates für Verordnungen der Landesregierungen ist im Grundgesetz nicht vorgeschrieben und widerspräche dem Bundesstaatsprinzip. Die Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates zu Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach § 28 c S. 3 IfSG ist vorgesehen, weil diese Staatsorgane des Bundes Einfluß auf die materiellen Regelungen der Bundesregierung nehmen können sollen, nicht lediglich, um die Weiterübertragung der Ermächtigung ablehnen zu können. Die Verordnungen der Landesregierungen können sehr unterschiedlich sein. Die Einwirkungsmöglichkeit des Bundes ist damit nicht zu vereinbaren. Das entspricht nicht dem Verhältnis von Bund und Ländern. Eine Ermächtigung der Länder, „Erleichterungen oder Ausnahmen von den Geboten und Verboten“ des Bundes zu machen, die der Bund mangels Zustimmung des Bundestages und/oder des Bundesrates nicht durchsetzen kann, wäre grob

Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 938) geändert), sowie § 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 478) geändert worden ist, verordnet.

bundestaatswidrig. Es würde zudem bedeuten, daß, wenn die Bundesregierung Erleichterungen vornimmt, die Landesregierungen auf Grund ihrer Ermächtigung die Regelungen der Rechtsverordnung der Bundesregierung, also Bundesrecht, ändern dürfen. Das läßt Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“, also der und Vorrang des Bundesrechts vor dem Landesrecht, nicht zu.

dd) Weiterübertragung der Ermächtigung

Eine Weiterübertragung der Ermächtigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers auf die Landesregierungen, wenn die Weiterübertragung der Ermächtigung im Bundesgesetz vorgesehen ist (Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG), wie das ohne Begründung Thomas Mann vertritt (in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 34), ist fragwürdig. Die Übertragung einer Ermächtigung, wie es Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ermöglicht, ist keine eigenständige Ermächtigung. Eine „Weiterübertragung“ der Ermächtigung der Bundesregierung durch S. 1 des § 28 c IfSG (Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG) an die Landesregierungen war nicht möglich. Sie ist auch nicht erfolgt, wie der Wortlaut des oben im Vorspann zu 1 wiedergegebenen § 28 c S. 4 IfSG erweist. Nach dieser Vorschrift kann die Bundesregierung „die Landesregierungen ermächtigen“, nicht aber ihre Ermächtigung auf die Landesregierungen „weiterübertragen“.

§ 28 c IfSG ermächtigt die Landesregierungen nicht unmittelbar, „Erleichterungen oder Ausnahmen“ von den Geboten und Verboten der Corona-Schutzmaßnahmen zu schaffen. Die Landesregierungen sind von der Bundesregierung in § 11 S. 1 deren COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der Fassung vom 8. Mai 2021 zu „Erleichterungen oder Ausnahmen“ von den Geboten und Verboten der Corona-Schutzmaßnahmen ermächtigt worden.

Die Bundesregierung kann jedoch die Landesregierungen nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG nicht ermächtigen. Sie kann nach dieser Vorschrift eine „Ermächtigung weiter übertragen“. Die Übertragung der Ermächtigung bedarf der Ermächtigung einer Rechtsverordnung. In dieser Rechtsverordnung ist die Rechtsgrundlage anzugeben (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG). Dazu gehören alle Ermächtigungsgrundlagen (vgl. Th. Mann, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 33). § 28 c S. 3 IfSG, der der Bundesregierung die Ermächtigung der Landesregierungen ermöglicht, ist nicht angegeben. Diese Vorschrift gilt für jede Art von Rechtsverordnungen und auch für die mittelbaren Ermächtigungsbefugnisse. Nur so können die vollständigen Ermächtigungsgrundlagen der Öffentlichkeit bekannt werden.

Die Bundesregierung kann zudem ihre Ermächtigung nur auf Bundesorgane weiterübertragen, nicht auf Landesregierungen. Übertragungen von Ermächtigungen kommen nur an nachgeordnete Behörden in Frage. Das folgt aus dem föderalen Prinzip der Staatlichkeit der Länder. Das Grundgesetz läßt nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 die Ermächtigung der Landesregierungen nur durch Gesetz (Bundesgesetz) zu. Somit kommt weder eine Ermächtigung noch eine Übertragung der Ermächtigung der Bundesregierung auf die Landesregierungen in Betracht.

Die Länder sind somit für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG), nachdem der Bund auf der Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz das Infektionsschutzrecht zu geben übernommen hat, auf Ermächtigungen zur Rechtsetzung durch den Bund angewiesen, die durch ein Bundesgesetz, aber nicht durch

eine Rechtsverordnung der Bundesregierung eingeräumt werden. Das gilt auch für die Ermächtigungen der Länder zu den Corona-Schutzmaßnahmen.

ee) Landesgesetz statt Rechtsverordnung des Landes
Art. 80 Abs. 4 GG bestimmt:

„Soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, sind die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt“.

Diese Novelle des Art. 80 GG von 1994 setzt an sich, wenn nicht Bundesgesetze die Landesregierungen ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen, Rechtsverordnungen des Bundes voraus, um dem Kriterium „auf Grund von Bundesgesetzen“ zu genügen, obwohl das nicht ausdrücklich in diesem Absatz gesagt ist. Diese Rechtsverordnungen müssen aber als solche eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage haben. Sonst stünde in Absatz 4 des Art. 80 GG nicht „soweit“. Diese Formulierung schließt es aus, dieser Vorschrift eine eigenständige Rechtsgrundlage für Ermächtigungen der Landesregierungen durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen zu entnehmen. Ermächtigungen der Landesregierungen müssen somit Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG gerecht werden. Das ist nicht der Fall. Absatz 4 des Art. 80 GG ermöglicht den Ländern ausschließlich, anstelle einer Rechtsverordnung, zu der sie der Bund (rechtens) ermächtigt hat, auch eine Regelung durch Gesetz zu geben. Rückschlüsse auf eine Änderung der bisherigen Ermächtigungsverfassung des Grundgesetzes in Art. 80 Abs. 1 GG läßt diese Ergänzung des Art. 80 GG in Absatz 4 nicht zu (ganz so Th. Mann, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn 58). Das widerspräche auch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Im Entwurf der Grundgesetzänderung (DrS 12/7109, S. 12 vom 17. März 1994) wurde Absatz 4 des Art. 80 GG wie folgt begründet:

„Wegen der in Artikel 80 Abs. 1 GG enthaltenen abschließenden Aufzählung der Organe, die durch Bundesgesetz zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werden können, ist es den Landesgesetzgebern bislang verwehrt, den betreffenden Bereich durch förmliches Gesetz zu regeln. Das Grundgesetz wird durch diese Änderung des bisherigen Rechtszustandes dazu beitragen, die Handlungsmöglichkeiten der Länderparlamente zu stärken.“

Art. 80 Abs. 4 GG hat ausschließlich die Befugnis der Länder, die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, die der Bund durch Gesetz oder durch Rechtsverordnung den Landesregierungen gegeben hat, durch Landesgesetz umzusetzen, eingeführt, nicht aber die Möglichkeiten des Bundes, die Länder zum Erlaß von Rechtsverordnungen zu ermächtigen erweitert.

Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber der Bundesregierung oder den Bundesministern die Befugnis hätte einräumen wollen, die Landesregierungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen zu ermächtigen, hätte er Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG dahingehend ändern müssen. Nur der Bundesgesetzgeber kann somit, abgesehen von den Landesgesetzgebern durch Landesgesetz, die Landesregierungen ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Aus diesem Grund kommt auch eine „Weiterübertragung“ der Ermächtigung der Bundesregierung auf die Landesregierungen nicht in Betracht. „Übertragungen“ sind zudem keine „Ermächtigungen“.

Wenn die Ermächtigung auf die Landesregierungen übertragen ist, sind diese ermächtigt, Rechtsverordnungen zu erlassen. Wer ein Recht oder eine Befugnis auf einen anderen Rechtsträger überträgt, hat dieses Recht oder die Befugnis selbst nicht mehr. Das ändert die Zuständigkeit. Aus der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ist diese Rechtslage geläufig. Die Bundesregierung wäre nicht mehr befugt, Gebote oder Verbote zu geben und auch nicht Erleichterungen oder Ausnahmen zu machen, schon gar nicht von den Geboten und Verboten der Landesregierungen. Die Bundesregierung hat in § 11 ihrer COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung gemäß § 28 c S. 4 IfSG die Landesregierungen „ermächtigt“, „Erleichterungen und Ausnahmen ...zu verordnen“, nicht aber ihre Ermächtigung übertragen. Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ermöglicht es nur, „eine Ermächtigung weiter zu übertragen“.

Die Landesregierungen sind somit zur Regelung von „Erleichterungen oder Ausnahmen“ nicht ermächtigt und nicht befugt.

ff) Vorgaben der Bundesregierung für Rechtsverordnungen der Länder

Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung nach § 28 c S. 4 IfSG, wiederum deren Zulässigkeit unterstellt, ermöglicht der Bundesregierung, den Ländern materielle Vorgaben zu machen, die nur vom Bund selbst in seiner Rechtsverordnung geregelt sein dürfen, um etwa zu erreichen, daß in allen Ländern bestimmte Erleichterungen gleich geregelt werden oder überall gleiche Ausnahmen gemacht werden. Das widerspricht der Staatlichkeit der Länder, die unterschiedliche Verordnungen erlassen dürfen, wenn sie von einer Ermächtigung Gebrauch machen.

Der augenscheinliche Kompromiss, den Bund und Länder getroffen haben, um den Widerstreit des Zentralismus, der von vielen Seiten gefordert wurde, und des Föderalismus, der dem Grundgesetz entspricht, ist rechtsstaatlich und bundesstaatlich und damit demokratisch mißlungen. Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung nach § 28 c S. 4 IfSG ist verfassungswidrig und nichtig. Berlin war zur Dritten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung genauso wenig befugt wie zur Vierten. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 beruht im Wesentlichen auf denselben Ermächtigungen und ist folglich ebenso verfassungswidrig und nichtig ebenso Berlins Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022

ii) Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen Berlins

Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG bestehen, seitdem die Verordnung der Bundesregierung am 8. Mai 2021 in Kraft getreten ist.

Die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 in der Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 18. Januar 2022 war auf § 7 der Infektionsschutzausnahmereverordnung der Bundesregierung in der Fassung vom 10. Dezember 2021 gestützt, die zuletzt am 14. Januar 2022 geändert wurde. Dieselbe Ermächtigungsgrundlage haben die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 und Berlins Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022.

jj) Gesetzesvertretende oder gesetzverdrängende Rechtsverordnungen

Die Rechtsverordnungen können nach Satz 1 des § 28 c IfSG gesetzesvertretend oder gesetzverdrängend sein und sind es in verschiedenen Vorschriften auch (vgl. zur rechtsstaatlichen und demokratischen Problematik BVerfGE 8, 155 (171); Th. Mann, in: M. Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 10 f.). Dieser Satz lautet:

„Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln“.

Die „Erleichterungen und Ausnahmen“ sollen die Gebote oder Verbote des Infektionsschutzgesetzes einschränken und oder erweitern dürfen. An die Stelle der Regelungen des Gesetzes, zumal eines Bundesgesetzes, sollen Regelungen in Rechtsverordnungen der Landesregierungen treten dürfen. Die Ermächtigungen sind dafür auch genutzt worden. Es ging der kompromisshaften Politik des Bundes und der Länder mit § 28 c IfSG darum, den Ländern in gewissen Grenzen ihre Schutzmaßnahmenpolitik zu ermöglichen, aber auch in die Maßnahmen zum Schutz vor der ‚Corona-Pandemie‘ einzubinden, um die Verantwortung für diese wenig beliebten Maßnahmen zu teilen. Die Länder dürfen aber aus föderalistischen und, wie gesagt, aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen nicht Vorschriften des Bundes durch ihre Rechtsverordnungen verdrängen (a. A. etwa Th. Mann, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Auflage 2018, Art. 80, Rn. 19 f., ohne den föderalistischen Aspekt). Soweit das geschehen ist, sind die Verordnungen der Länder verfassungswidrig.

2. Delegations- und gewaltenteilungsrechtliche Bedenken

Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung nach § 28 c S. 4 IfSG löst vornehmlich föderalistische Bedenken aus, die zu 1 b erörtert sind. Sie ist zugleich wie alle bundesstaatlichen Rechtsprobleme ein rechtsstaatliches Problem, weil jeder Verstoß gegen das Grundgesetz ein solches ist.

a) Mangel an Bestimmtheit der Ermächtigungen

Die Ermächtigungen des § 32 IfSG in Verbindung mit § 28 c S. 4 IfSG zu Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen der Landesregierungen, die zur Exekutiven gehören (Christian-Friedrich Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 27; Th. Mann, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Auflage 2018, Art. 80, Rn. 1 f.) genügen nicht den Anforderungen eines Rechtsstaates. Sie sind nicht hinreichend bestimmt (dazu zu 3 bis 6) und die materiellen Regelungen bedürfen wegen ihrer tiefgreifenden Eingriffe in die Grundrechte der Gesetze. Eingriffe in Grundrechte stehen prinzipiell wie die Eingriffsverwaltung überhaupt unter Gesetzesvorbehalt (BVerfGE 17, 319 (333 f.): st. Rspr.; BVerfGE 100, 271 (283 f.)), aber nicht unter Verwaltungsvorbehalt. Erinnerung sei, daß die Gesetze, die die Freiheit verwirklichen, eine Grenze der Freiheit, aber nicht von einem Gesetzesvorbehalt abhängig sind (dazu zu III 6 c, cc).

Auch das Wesentlichkeitsprinzip, das zu b dargelegt ist, impliziert das Bestimmtheitsprinzip. Die wesentlichen Regelungen der Einschränkungen der Grundrechte muß materiell hinreichend bestimmt der

Gesetzgeber treffen (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 116 f. mit weiteren Hinweisen).

Rechtsstaatlicher Vollzug von Gesetzen verlangt nach Bestimmtheit der Gesetze (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 273 ff.). Zugleich darf der Gesetzgeber nicht den exekutiven Vollzug übernehmen, prinzipiell nicht (dazu zu IX 3 c), aber insbesondere nicht, wenn die Vollzugmaßnahmen unterschiedlichen Fällen gerecht werden müssen. Dem steht das Prinzip der horizontalen Gewaltenteilung entgegen. Art. 83 Abs. 1 GG überträgt die Ausführung der Bundesgesetze grundsätzlich den Ländern als eigene Angelegenheit. Das ist ein Prinzip der vertikalen Gewaltenteilung. Das schließt nicht aus, daß Gesetze von den verpflichteten Menschen ohne Vollzug durch die Verwaltung befolgt werden müssen, wenn die Gesetze die Betroffenen unmittelbar verpflichten. Das Bundesverfassungsgericht spricht von selbstvollziehenden Gesetzen. Diese relativieren die Teilung der Gewalt zwischen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt, die das Gericht akzeptiert hat (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (wiedergegeben zu A II 1 b), Rnrn. 140 ff.; dazu zu IX 3 d).

Der Bund kann durch Gesetz die Landesregierungen gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigen. Die Ermächtigung in § 32 IfSG in Verbindung mit § 28 c IfSG ist jedoch nicht im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hinreichend bestimmt, wie zu 3, 4 und 5 dargelegt wird. Zudem sind die Landesregierungen nicht verfassungsgemäß zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt, weil § 32 IfSG und § 28 c IfSG in ihrer Verbindung auch nicht annähernd nach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmt sind, wie dies Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorschreibt. § 28 c IfSG ist auch allein nicht so bestimmt, wie es Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG für eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen vorschreibt. Das wird zu 3, 4 und 5 dargelegt. Wenn die Ermächtigungen der Verordnungsgeber nicht bestimmt sind, ist das Wesentliche der Grundrechtsbeeinträchtigung nicht vom Gesetzgeber geregelt und damit das Wesentlichkeitsprinzip verletzt (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rdnr. 125 bis 127, zu aa wiedergegeben).

Auf Grund der Ermächtigungen der Landesregierungen durch § 32 IfSG konnten und können die Landesregierungen die Bestimmungen gemäß § 28 und § 28 a IfSG noch ergänzen. Die Regelungen jedenfalls des § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021, der seit dem 1. Juli 2021 nicht mehr in Kraft stand, waren funktional Exekutivmaßnahmen der Länder (Art. 83 GG und Art. 84 GG), die freilich einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (§§ 28 und 28 b IfSG sind bereits wieder neu gefaßt).

§ 32 IfSG konnte somit die Landesregierungen nicht ermächtigen, in Grundrechte einzugreifen. Seitdem § 28 c IfSG am 23. April 2021 in das Infektionsschutzgesetz eingefügt worden ist, bilden § 32 IfSG und § 28 c IfSG, wie schon mehrfach hervorgehoben, eine Ermächtigungseinheit, jedenfalls wenn nach Satz 4 des § 28 c IfSG die Bundesregierung die Landesregierungen gemäß den Sätzen 1 und 2 der Vorschrift ermächtigt hat, Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes zu regeln. Diese Ermächtigungen sind, wie zu 3, 4 und 5 dargelegt wird, wegen der unbestimmten Begriffe „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ in § 28 c IfSG unbestimmt und nichtig. Dadurch wird die Ermächtigung des § 32 IfSG ihrerseits unbestimmt, obwohl sie als solche wegen der in die Ermächtigung einbezogenen Regelungen der §§ 28, 28a IfSG hinreichende Bestimmtheit aufweist.

Die Absätze 7 und 8 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 sind verändert, ohne an Rechtsstaatlichkeit zu gewinnen.

b) Gesetzgeberisches Wesentlichkeitsprinzip bei Grundrechtseingriffen

aa) Gesetzlichkeit der wesentlichen Regelungen

In die durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit kann nur „auf Grund eines Gesetzes“ eingegriffen werden. Dieser Wortlaut des Eingriffsvorbehalts ist unklar, weil die Formel „auf Grund eines Gesetzes“, regelmäßig verbunden mit der „durch Gesetz“, bedeutet, daß Eingriffe in die grundrechtsgeschützten Rechte durch den Gesetzgeber und durch Rechtsverordnungen erfolgen dürfen, wenn die Exekutive gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ermächtigt wird, Rechtsverordnungen zu erlassen. Das besagt, daß nicht durch exekutive Maßnahmen in die Rechte eingegriffen werden darf, ohne daß der Gesetzgeber die Ermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt materialisiert hat (vgl. BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 125 ff.). Das Ausmaß der Regelungen muß bereits der Ermächtigung im Wesentlichen entnommen werden können (BVerfGE 1, 14 (60); 41, 251 (265 f.); 80, 1 (20), u. ö., Vorhersehbarkeit; BVerfGE 5, 71 (77); 8, 274 (307,131); 80, 1 (20), Programm der Politik; BVerwG, Urteil vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.02), zitiert unten zu III 4 b, aa).

Die Formel in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „nur auf Grund eines Gesetzes“ kann nicht heißen: nur durch Rechtsverordnungen. Die Formel „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ ist fraglos dahin zu verstehen, daß der Eingriff durch Gesetz, aber auch durch Rechtsverordnung erfolgen kann. Letzteres setzt eine Ermächtigung gemäß Art. 80 GG voraus. Der formelle Gesetzesvorbehalt für Grundrechtseinschränkungen gehört zum Rechtsstaat wie zum demokratischen Prinzip (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 14 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 110 ff.; i.d.S. BVerfGE 80, 60 (71 ff.); 89, 155 (171 ff., 181 ff.)). Dieser Gesetzesvorbehalt ist der freiheitlichen Rechtsstaat und der demokratischen wie rechtsstaatlichen Gewaltenteilung der Republik geschuldet. Der Gesetzgeber kann und muß schon wegen des Vorranges der Gesetze vor Maßnahmen der Exekutive (Art. 20 Abs. 3 GG) Grundrechtsbeschränkungen vornehmen, wenn diese denn erlaubt sind (insoweit auch BVerfG, Notbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 268). Wegen des Wesentlichkeitsprinzips müssen die Grundrechtseingriffe in die durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechte im Gesetz selbst stehen. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG begründet keinen Exekutivvorbehalt.

Die Formel in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „auf Grund eines Gesetzes“ schließt somit trotz der nicht konsistenten Formulierungen im Grundgesetz Grundrechtseinschränkungen durch Rechtsverordnungen aus. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG erlaubt somit nur Grundrechtseinschränkungen durch Gesetz. Die Maßnahmen der Verwaltung einschließlich von Rechtsverordnungen dürfen nur Ausführung von Gesetzen sein, nicht aber eigenständige Eingriffe in die geschützten Rechte.

Art. 104 Abs. 1 GG stellt das Wesentlichkeitsprinzip jedenfalls für die Freiheit der Person, die in der Praxis auf die körperliche Bewegungsfreiheit durch unmittelbaren oder physischen Zwang restringiert wird (BVerfGE 2, 21 (26); 149, 293 (318 Rn. 65 m.w.N.); 156, 63 (127 Rn. 222); BVerfG, Notbremse-Beschluss vom 19. November, Rn. 241), mit der Formulierung „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ klar. Das besagt, daß in die „Freiheit der Person“, die Art. 104 Abs. 1 GG schützt, nur „auf Grund eines förmlichen Gesetzes“, also durch Verwaltungsakt eingegriffen werden darf. Eine Rechtsverordnung darf allenfalls in engen Grenzen den an sich hinreichend bestimmten Tatbestand des Eingriffsgesetzes

nähere materialisieren (Christoph Degenhart, in: M. Sachs, Kommentierung des Art. 104 GG, Rn. 10). Das für die Freiheit essentielle Prinzip der körperlichen Freiheit, das vornehmlich die Freiheitsgeschichte Englands kennzeichnet (habeas corpus act 1679), gebietet größtmögliche Zurückhaltung des Staates vor Freiheitsentzug. Jede Vollzugsmaßnahme der Verwaltung, auch jeder Verwaltungsakt, materialisiert das Gesetz durch die Anwendung auf einen bestimmten Sachverhalt. Die im Grundgesetz meist gebrauchte Formulierung ist „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“. Diese Formulierung bezieht Rechtsverordnungen als Regelungen von Grundrechtseingriffen ein. Rechtsverordnungen sind keine Gesetze. Gesetze sind Vorschriften der Legislative.

Das Wesentlichkeitsprinzip (verstärkend: Wesentlichkeitsschutz greift auch unabhängig vom Gesetzesvorbehalt, BVerfGE 84, 212 (228); 93, 352 (360)) genügt dem Wortlaut der Grundrechtstexte und bezweckt den vom Rechtsstaatsprinzip und dem demokratischen Prinzip gebotenen Grundrechtsschutz. BVerfGE 84, 212 ff., Rn. 40:

„Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lehre, daß der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muß (Wesentlichkeitstheorie, vgl. etwa BVerfGE 49, 89 [126 f.] m.w.N.), gilt für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Bei Eingriffen in die grundrechtliche Freiheitssphäre unterliegt der Staat dem Vorbehalt des Gesetzes. Er darf in weiten Bereichen nur tätig werden, wenn er durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz dazu ermächtigt ist. Die Tragweite dieses Grundsatzes wird durch die Rechtsprechung zur Wesentlichkeitstheorie näher bestimmt.“

bb) Ermächtigungsgesetze Mißachtung des Wesentlichkeitsprinzips

Die Infektionsschutzmaßnahmen mißachten dieses Wesentlichkeitsprinzip. Die Ermächtigungseinheit des § 32 IfSG und des § 28 c IfSG wird dem (selbst wenig bestimmten) Prinzip, wonach der Gesetzgeber Grundrechtseinschränkungen im Wesentlichen selbst bestimmen muß und nicht auf die Exekutive übertragen darf (BVerfGE 34, 165 (192 f.); st. Rspr., BVerfGE 84, 212 (228, Rn. 40); 93, 352 (360)); 101, 1 (34); 108, 282 (311); 134, 141, Rn. 129; 139, 19, Rn. 52 ff.; 139, 148, Rn. 51; 143, 38, Rn. 38; 150, 1, Rn. 124; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 124 ff.), nicht gerecht.

c) Zweckverwirklichung zu Lasten des demokratischen Rechtsstaates

aa) Flexible Anforderungen

aaa) Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluß vom 27. April 2022 über die Verfassungsbeschwerden gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht, die grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nachzuweisen, zu Rdn. 125 bis 127 die Anforderungen an das demokratische und rechtsstaatliche Prinzip, daß die wesentlichen Regelungen eines Gesetzes der Gesetzgeber selbst treffen muß, herabgesetzt:

125

aa) Demokratie- (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gebieten, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen selbst regelt. „Wesentlich“ bedeutet zum einen „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Eine Pflicht des Gesetzgebers, die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst zu bestimmen, kann etwa dann bestehen, wenn miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinandertreffen, deren Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Der Gesetzgeber ist zum anderen zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind (vgl. BVerfGE 139, 19 <45 f. Rn. 52>; 150, 1 <97 Rn. 194>).

Die Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes werden durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG näher konkretisiert (vgl. BVerfGE 150, 1 <99 Rn. 199>), der die mit einer Delegation auf den Ordnungsgeber verbundenen Bestimmtheitsanforderungen ausdrücklich normiert. Danach kann die Bundesregierung durch Gesetz nur dann ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes bestimmen. Der Grad der dabei jeweils zu fordernden Bestimmtheit einer Regelung hängt auch davon ab, in welchem Umfang der zu regelnde Sachbereich einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist und wie intensiv die Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen sind. Insoweit berührt sich das Bestimmtheitsgebot mit dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der fordert, dass der Gesetzgeber die entscheidenden Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs, die den Freiheits- und Gleichheitsbereich wesentlich betreffen, selbst festlegt und dies nicht dem Handeln der Verwaltung überlässt (vgl. BVerfGE 56, 1 <13>; 141, 143 <170 Rn. 59>; 147, 253 <309 f. Rn. 116>; 150, 1 <99 ff. Rn. 199 ff.>). Das Grundgesetz kennt allerdings keinen Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts. Die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG normierte organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen. Vor diesem Hintergrund kann auch die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte den Umfang der Regelungspflicht des Gesetzgebers begrenzen (BVerfGE 150, 1 <99 Rn. 197>; 157, 30 <172 f. Rn. 260>).

Sollen Regelungen ergehen, die Freiheits- und Gleichheitsrechte der Betroffenen wesentlich betreffen, ist daher die Einbindung des Ordnungsgebers in die Regelungsaufgabe nicht schlechthin ausgeschlossen (vgl. BVerfGE 147, 310 <311 f. Rn. 120>). Insbesondere in Rechtsbereichen, die ständig neuen Entwicklungen und Erkenntnissen unterworfen sind und in denen es darum geht, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit diesen Entwicklungen und Erkenntnissen Schritt zu halten, kann die gesetzliche Fixierung starrer Regelungen dem Grundrechtsschutz auch abträglich und damit kontraproduktiv sein; insoweit kann im Sinne eines „dynamischen Grundrechtsschutzes“ das Gesetzeserfordernis zurücktreten (vgl. BVerfGE 49, 89 <137>; 157, 30 <174 Rn. 262>).

Zweckmäßigkeitserwägungen wie die im letzten zitierten Absatz zu Rn. 127 öffnen den Entscheidern, der Exekutive wie vor allem der Judikative, zumal dem Bundesverfassungsgericht, einen allzu weiten Spielraum, das demokratische Prinzip, das mit dem rechtstaatlichen Gesetzesprinzip untrennbar verbunden ist (dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff.), so zu praktizieren, daß seine Funktion weniger den „dynamischen Grundrechtsschutz“ behindert. Grundrechtsschutz ist wesentlich statisch. Seine Unveränderlichkeit gewährleistet seine Beachtung. Dynamischer Grundrechtsschutz verführt zu Relativierung desselben, die schließlich in den gänzlich unbestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzip und der subsumtionsfernen Rechtserkenntnismethoden der Abwägung zwischen und des Ausgleichs von gegenläufigen Rechte und Pflichten führen (dazu zu IV 2), wie auch in diesem Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d). Das Bundesverfassungsgerichts hat das politisch so gut wie nicht korrigierbare Letzte Wort zum Recht in streitigen meist hochpolitischen Rechtlagen, weder der Gesetzgeber und auch nicht das Verfassungsgesetz. Das ist nicht der Rechtsstaat, der die Freiheit der Bürger schützt. Nur Dogmatik auf Grund von Interpretation de lege artis, nach den bewährten Interpretationsmethoden, sichert die Verbindlichkeit der Grundrechte gegenüber der Politik

und vor allem gegen zeitgeistliche Ideologien. Denen scheint auch das Bundesverfassungsgericht nicht immer widerstehen zu können, wie u. a. dieser Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) zur Impfpflicht, aber auch der Beschluß zum grundrechtlichen Schutz gegen Klimaveränderungen zeigt (Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18; dazu K. A. Schachtschneider, Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021, verfaßt 24. Mai/6. Juni 2021, Homepage)

bbb) Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts erklärt in seinem Beschluß vom 27. April 2022 zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht (siehe A II 1 d) immunisierender Impfung zu den Rdnr. 129 bis 133 die Ermächtigung der Bundesregierung in § 22 a Abs. 4 IfSG, mit Zustimmung des Bundesrates von den Regelungen in Art. 22 a Abs. 1 bis 3 IfSG abzuweichen (Vorschrift im Anhang zu I e wiedergegeben), für hinreichend bestimmt und hat deswegen gegen diese Regelung keine Bedenken. Damit relativiert es sogar den Vorrang der Gesetze der Legislative vor den Rechtsverordnungen der Exekutive (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Erörterungen des Beschlusses vom 27. April 2022 zu Rdnr. 129 bis 133 lauten:

129

(1) Mit der in § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG geregelten einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht hat der Gesetzgeber selbst die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien festgelegt und die hier miteinander konkurrierenden Freiheitsrechte gegeneinander abgewogen. Er hat das Erfordernis einer Impfung oder Genesung derjenigen Personen bestimmt, die in einer in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtung oder einem dort genannten Unternehmen tätig sind, und davon nur Personen mit einer medizinischen Kontraindikation ausgenommen (vgl. § 20a Abs. 1 Satz 2 IfSG). Damit werden der grundlegende Pflichtenumfang und der Adressatenkreis der Regelung bestimmt. § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG regelt zudem die Verpflichtung zur Vorlage eines entsprechenden Nachweises. Das Gesetz sieht auch selbst vor, dass ein Nachweis durch Zeitablauf seine Gültigkeit verlieren und dann die Vorlage eines neuen Nachweises erforderlich werden kann (vgl. § 20a Abs. 4 IfSG). Die konkreten Anforderungen an den vorzulegenden Impf- oder Genesenennachweis werden in § 22a Abs. 1 und 2 IfSG geregelt und damit die Voraussetzungen dafür, wann dem Zweck des Gesetzes entsprechend von einer ausreichenden Immunität der Betroffenen auszugehen ist.

130

(2) Dabei begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Bundesregierung in § 22a Abs. 4 IfSG ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Forschung von § 22a Abs. 1 und 2 IfSG abweichende Anforderungen an einen Impf- und Genesenennachweis zu regeln.

131

(a) Hinsichtlich des Impfnachweises kann der Ordnungsgeber abweichend von § 22a Abs. 1 IfSG die Intervallzeiten regeln, die nach jeder Einzelimpfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und die höchstens zwischen den Einzelimpfungen liegen dürfen, sowie die Zahl und mögliche Kombination der für einen vollständigen Impfschutz erforderlichen Einzelimpfungen und die nach Absatz 1 anerkannten Impfstoffe. Hinsichtlich des Genesenennachweises kann die Bundesregierung abweichend von § 22a Abs. 2 IfSG die Art des Nachweises regeln, mit der die vorherige Infektion nachgewiesen werden kann, die Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, sowie die Zeit, die die Testung höchstens zurückliegen darf.

132

(b) Damit können zwar fast alle im Gesetz geregelten Anforderungen an einen Impf- oder Genesenennachweis durch den Ordnungsgeber abweichend geregelt werden. Gleichwohl werden Inhalt und Reichweite und die erforderliche Begrenzung des Spielraums für den ausfüllenden Ordnungsgeber durch das ermächtigende Gesetz selbst klar vorgegeben. Die Ermächtigung betrifft ein eng umrissenes Feld und lässt hinreichend klar erkennen, worauf sie sich bezieht. Die abweichenden Anforderungen sind nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Forschung zu regeln, womit der Gesetzgeber den erforderlichen Schutzstandard selbst vorgibt. Die Anknüpfung an den Status als geimpft oder genesen lässt erkennen, dass der Gesetzgeber nur bei solchen Personen von einem ausreichenden Immunschutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ausgeht. Dem entsprechen Sinn und Zweck der Regelung, denen die Annahme des Gesetzgebers zugrunde liegt, dass das Risiko, das von Geimpften oder Genesenen ausgeht, deutlich geringer ist als dasjenige von Personen, die über keine ausreichende Immunisierung aufgrund eines vollständigen Impfschutzes oder einer durchgemachten Infektion verfügen (vgl. BTDrucks 20/188, S. 37). Entsprechend lässt auch die amtliche Überschrift des § 20a IfSG „Immunitätsnachweis gegen COVID-19“ erkennen (vgl. dazu BVerfGE 78, 249 <274 f.>; 107, 104 <124>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 129), dass es dem Gesetzgeber darauf ankam, solche Personen zu erfassen, die über einen ausreichenden Immunschutz verfügen. Insofern ist aufgrund der Ermächtigung auch vorhersehbar, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden kann und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen grundsätzlich haben können, so dass sich die Normunterworfenen mit ihrem Verhalten darauf einstellen können (vgl. dazu BVerfGE 139, 19 <47 Rn. 55>; stRspr).

133

(c) Durch die Verordnungsermächtigung hat der Gesetzgeber aber auch der Komplexität des in Rede stehenden Sachbereichs Rechnung getragen, weshalb seine eigene Regelungspflicht insoweit von vornherein begrenzt ist (vgl. dazu BVerfGE 150, 1 <99 Rn. 197>).

Den in- und ausländischen Sach- und Fachverstand, dessen Einschätzungen sich ständig ändern, für die Regelungen zu nutzen, überläßt das Gericht der Bundesregierung, die von dem Robert Koch Institut (RKI), dem Paul Ehrlich Institut (PEI) und der Ständigen Impfkommision (STIKO) unterstützt werde. Das wird zu den weiteren Randnummern des Beschlusses vom 27. April 2022 näher dargelegt. Auch die Vorschriften des § 20 a IfSG zur Nachweispflicht der Impfung sind dem Gericht hinreichend bestimmt (Rdnr. 141 ff.), selbst die Kriterien, nach denen das Gesundheitsämter aufgrund des Absatz 5 Satz 2 des § 20 a IfSG ihr Ermessen über Tätigkeitsverbote für Mitarbeiter der Einrichtungen und Unternehmungen ausüben können, obwohl das Gesetz keinerlei Aussage macht.

bb) Zweckverwirklichung entgegen fundamentalen Verfassungsprinzipien

Die Prinzipien des Föderalismus, des Rechtsstaates und der Demokratie werden der politische Zweckmäßigkeit unterworfen. Das Bundesverfassungsgericht paßt die Verfassung mittels fragwürdigen Verständnisses der Prinzipien des Grundgesetzes den Bedürfnissen diktatorischer Infektionsabwehr an (dazu auch zu IV 2). Sonst hätte das Gericht die Ermächtigung der Bundesregierung in § 22 a Abs. 4 IfSG in den Regelungen des Infektionsschutzgesetzes und die Schutzmaßnahmenverordnungen für verfassungswidrig erkennen und für nichtig erklären müssen. Das Gericht hilft der Politik über die verfassungsrechtlichen Klippen hinweg. Verfassungsgerecht wären Regelungen der Gebote und Verbote im Gesetz gewesen, die die erleichterten oder geänderten Schutzmaßnahmenpflichten angeordnet hätten, wie sie auf Grund der Ermächtigungen nach § 28 c IfSG die Landesregierungen, freilich mehr oder weniger unterschiedlich, getroffen haben. Vor allem das Ausmaß der Ermächtigung, das der

Gesetzgeber nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG im Ermächtigungsgesetz bestimmen muß, ergibt sich wesentlich aus den im Gesetz formulierten Vorgaben, ausgerechnet dem „grundlegenden Pflichtenumfang und Adressatenkreis“ (Rn. 129). Von diesem erlaubt § 22 a Abs. 4 IfSG der Bundesregierung abzuweichen, obwohl das Bundesverfassungsgericht einräumt, daß „damit fast alle im Gesetz geregelten Anforderungen an einen Impf- oder Genesenennachweis durch den Ordnungsgeber abweichend geregelt werden können“ (Rn. 132). Die Bundesregierung darf an die Stelle der Erkenntnisse des Gesetzgebers von den gebotenen Maßnahmen ihre Auffassung verbindlich machen. Diese Befugnis entspricht den Machtverhältnissen zwischen Regierung und Parlament im entwickelten Parteienstaat. Der Bundesrat muß zustimmen. Die vertikale, föderalistische Gewaltenteilung, die in den Machtverhältnissen meist parteienstaatliche Realität hat, ist immerhin gewahrt. Der Bundesgesetzgeber hätte auch die Landesregierungen mit seinen materiellen Vorgaben ermächtigen können, Gebote und Verbote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen, wie sie schließlich in den späteren Novellen des Infektionsschutzgesetzes seit dem Machtwechsel in der 20. Legislaturperiode in den Absätzen 7 und auch 8 des § 28 a getroffen worden sind, nachdem die epidemische Lage von nationaler Tragweite vom Deutschen Bundestag nicht mehr festgestellt worden war.

Die Rechtsverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 auf Grund des § 28 c IfSG enthielt auch ‚Erleichterungen‘ insbesondere von den Vorschriften des § 28 b IfSG in der Fassung vom 7. Mai 2021, die im Mai 2021 noch möglich waren, weil diese Vorschrift nach ihrem Absatz 10 erst am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten ist. § 28 b Abs. 6 IfSG ermächtigt die Bundesregierung nicht mehr, wenn und soweit § 28 b IfSG (in der Fassung vom 22. April 2021) nicht mehr gilt, also ab 1. Juli 2021.

cc) Funktionswidrigkeit der Ermächtigung der Landesregierungen

Angesichts der epidemische Lage von nationaler Tragweite, die vom Deutschen Bundestag festgestellt war und die nach allgemeiner Auffassung der Fachleute wie der zuständigen staatlichen Einrichtungen RKI und STIKO weiterbesteht, war und ist die Überantwortung der „Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit (Covid 19)“ nach Absatz 7 von § 28 a IfSG auf die Länder bzw. der Feststellung der „konkreten Gefahr der epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) und der Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 des § 28 a IfSG“ nach Absatz 8 der Vorschrift auf die Parlamente der Länder im Bundesstaat und Rechtsstaat sowie nach dem demokratischen Prinzip nicht tragfähig. Mit den Feststellungen sind erhebliche Grundrechtseinschränkungen verbunden, die schon wegen ihrer Wesentlichkeit für das Recht der Corona-Schutzmaßnahmen der Bund, der die Gesetzgebungszuständigkeit des Art 74 Abs. 1 Nr. 19 GG für die Bewältigung der epidemischen Infektion in Anspruch genommen hat, selbst hinreichend materiell regeln muß. Die Ausführung des wegen des Wesentlichkeitsprinzips notwendigen Bundesgesetzes ist damit gemäß Art. 83 GG Landesangelegenheit.

Wenn der Bund ausweislich der so gut wie unbestimmten, sogar unbestimmten Ermächtigungen der Landesregierungen zeigt, daß die Schutzmaßnahmen zu treffen Sache der Länder ist, wäre es mehr als fragwürdig, wenn der Bund die Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG in Anspruch nimmt, um dann doch den Länder die Regelungen zu überlassen. Aber der Bund hat im Infektionsschutzgesetz vor allem in § 28 IfSG, § 28 a IfSG und § 28 b IfSG in alter und neuer Fassung, auch bindende Regelungen zu den Corona-Schutzmaßnahmen getroffen. Im übrigen ist das Infektionsschutzgesetz eine Einheit

von Bestimmungen über „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“. Demgemäß hat es seine Richtigkeit, daß der Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 72 Abs. 1 GG in Anspruch genommen hat. Allerdings ist ihm das gründlich mißlungen.

Jedenfalls nimmt § 28 a Abs. 7 und Abs. 8 IfSG der Ermächtigung der Landesregierungen die tatbestandlich hinreichende Bestimmung des Inhalts, Zwecks und Ausmaßes der Ermächtigung, wie diese Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlangt, zumal die Feststellung der „konkreten Gefahr der epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) nach der Rechtsprechung und durchaus geboten einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum erfordert. Nicht der Bundesgesetzgeber entscheidet somit, ob die Grundrechte eingegriffen werden soll, sondern die Landesregierungen durch Rechtsverordnungen. Der Erlaß von Rechtsverordnungen ist keine Ausführung von Gesetzen im Sinne des Art. 83 Abs. 1 GG, sondern exekutive Rechtsetzung (i. d. S. Armin Dittmann/ Daniela Winkler, Kommentierung des Art. 83 GG, in: M. Sachs, GG, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 83 Rnrn. 19, 21). Aber das Infektionsschutzgesetz verpflichtet die Länder zu einem wesentlichen Teil einer bestimmten Gesetzgebung zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2, insbesondere durch § 28 a Abs. 1 IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 „für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag“, aber auch durch § 28 a Abs. 7 IfSG dieser Fassung „unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ und durch § 28 a Abs. 8 IfSG der genannten Fassung „unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, über den Absatz 7 hinaus auch folgende Maßnahmen 1., 2., 3. 4.... notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt“..

ff) Quintessenz

aaa) Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung in § 11 (§ 7) der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung, Erleichterungen und Ausnahmen von den auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten oder Verboten für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen zu regeln, scheidet an mehreren föderalistischen und rechtsstaatlichen Prinzipien und Regeln des Grundgesetzes.

Ohne die Bestimmungen der Corona-Schutzmaßnahmenverordnungen der Länder über die Erleichterungen oder Ausnahmen von den Geboten und Verboten zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 verlieren die Regelungen zur Abwehr des Virus wesentlichen Teil ihrer Substanz und widersprechen dem Zweck des Infektionsschutzgesetzes und der Corona-Schutzmaßnahmenverordnungen, den Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 sachgerecht und grundrechtsgemäß zu regeln, so sehr das auch mißlungen ist. Insbesondere finden 2 G-Regeln/Bedingung keine Ermächtigungsgrundlage. Die Verordnungen der Länder genügen nicht der Politik des Bundesgesetzgebers. Allein die Ermächtigung der Landesregierung durch § 32 in Verbindung mit §§ 28, 28 a IfSG trägt die Verordnungen

nicht. Die Gebots- und Verbotsregelungen können schlechterdings nicht allein gelten. Sie sind eine Einheit mit den Regelungen der Erleichterungen oder Ausnahmen.

Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, das zu den rechtsstaatlichen und vor allem demokratischen Essentialen des Grundgesetzes gehört, ist durchgehend mißachtet.

bbb) Die Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen der Länder, zumal die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021/18. Januar 2022 wie auch die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 in der Fassung der Vierten und der Fünften Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 23. Juni 2022 bzw. 19. Juli 2022 sind wegen der Ermächtigungsmängel verfassungswidrig und nichtig. Nichts anderes gilt für die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022.

3. „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ in § 28 c IfSG

Das Nebeneinander der Tatbestandsmerkmale „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ von „Geboten und Verboten“ in § 28 c IfSG ist irreführend.

„Erleichterungen“ von Geboten und Verboten können nur als materielle Einschränkungen der Gebote und Verbote verstanden werden, die für alle gelten, die die vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllen, nämlich bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests über eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können. Ein Beispiel für eine solche „Erleichterung“ ist etwa die Aufhebung der Ausgangssperren in der Nacht und die Kontaktsperren, die in § 28 b Abs. 1 und 2 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 standen, durch § 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung für geimpfte Personen und genesene Personen auch für die Länder. Diese Verbote bestanden vom 1. Juli 2021 an durch die Begrenzung der Wirksamkeit des § 28 b IfSG in der ersten Fassung dieser durch Art. 1 des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (4. COVIDAnpG) in der Fassung vom 22. April 2021 eingefügten Vorschrift (beibehalten in den Fassungen vom 7. Mai 2021 (Artikel 6 des Gesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. I S. 850), vom 27. September 2021 und vom 10. Dezember 2021), ohnehin nicht mehr.

„Ausnahmen“ von Geboten und Verboten können dem Begriff nach, weil ersichtlich ein Unterschied zu „Erleichterungen“ normiert sein soll, bestimmen, daß die Gebote und Verbote für bestimmte Personen nicht angewendet werden sollen, also personelle Ausnahmen, oder von den Geboten oder Verboten abweichende Regelungen treffen, die keine Erleichterungen sind, sondern andere materielle Ausnahmen, die auch Erschwerungen sein können. Der Begriff „Ausnahme“ läßt außer der Ausnahmehaftigkeit, also der Möglichkeit, von der gesetzlichen Bestimmung abzuweichen, nicht erkennen, welchen „Inhalt, Zweck“ und welches „Ausmaß“ die Ausnahme haben soll. Folglich ist das Ermächtigungsgesetz des § 28 c IfSG jedenfalls insofern mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht vereinbar.

§§ 3 bis 6 und §§ 8 und 9 des Dritten Abschnitts der Rechtsverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021, der mit „Erleichterungen und Ausnahmen“ benannt ist, überschreiben die Regelungen durchgehend mit „Ausnahmen von der Beschränkung“, § 10 mit „Ausnahmen von Absonderungspflichten“. Dabei ist es bei den Änderungen der Rechtsverordnung der Bundesregierung, die die Verordnung gekürzt haben, ausweislich der §§ 4, 5 und 6 verblieben. (vgl. Anhang zu 2). Die Ausnahmen von Geboten und Verboten für Personen, die ein negatives Ergebnis eines Tests mittels eines anerkannten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen, sollen ohne diesen Testnachweis gelten, wenn das etwa von dem Verantwortlichen im Sinne des § 9 Abs. 1 Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 (§ 8 a Dritte VO) „ermöglicht“ wird. Das ist die 2 G-Bedingung, ein anderer Ausdruck für 2 G-Regel. In den meisten Maßnahmenregelungen werden im Zusammenhang mit der 2 G-Regel Ausnahmen zugelassen. Ob das von den Ordnungsgebern als Erleichterungen angesehen wird, ist nicht recht klar. Ein Beispiel ist § 18 Abs. 1 S. 1 dieser Verordnung, wonach „Gaststätten (nur) unter 2 G-Bedingung geöffnet werden können“.

Die 2 G-Regel ist eine Erschwerung, keine Erleichterung. Das Wort „Erleichterungen“ in den Schutzmaßnahmenausnahmenregelungen einschließlich des § 28 c IfSG hat augenscheinlich auch eine propagandistische Konnotation. Die Ermächtigung, „durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln“, zielt, wie der Wortlaut ergibt, auf Erleichterungen für immunisierte oder negativ getestete Personen, nicht aber auf Erschwerungen.

Verbote für nichtgeimpfte Personen, die Handlungsmöglichkeiten zu nutzen, die negativ getestete Personen haben oder hatten, wenn die 2 G-Bedingung durch die „Verantwortlichen“ im Sinne des § 9 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins (§ 8 a Dritte VO) zur Geltung gebracht wird, sind keine „Erleichterungen“, sondern „Ausnahmen“. Unter der 3 G-Regelung hätten die mangels Impfung gegen Coronavirus SARS-CoV-2 oder mangels Genesung nach Erkrankung an der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von der 2 G-Bedingung ausgeschlossenen Personen die ihnen unter der 2 G-Bedingung verwehrten Handlungsmöglichkeiten (dazu auch zu 1 und 2). Die Erschwerungen konnten somit nur als Ausnahmen von den Geboten und Verboten eingeführt werden. Dem widerspricht der Zweck des § 28 c IfSG, der darin zum Ausdruck kommt, daß „für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist“, Ausnahmen getroffen werden können sollen. Wenn jemand immunisiert ist, ist eine Erschwerung der Gebote und Verbote nicht tragfähig, weil er, unabhängig von der unten III erörterten Fragwürdigkeit einer Gefahr durch jedweden Menschen, der nicht erkennbar infektiös ist, durch seine Immunität nach der propagierten Auffassung, daß jedenfalls die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 weitgehend immunisiere, nicht mit Erschwerungen belastet werden darf, jedenfalls nicht werden sollte.

Demnach sollen die Ausnahmen Erleichterungen sein. Somit unterscheiden sich die beiden Tatbestandsmerkmale in ihrem regelnden Gehalt nicht voneinander. Jedenfalls ist das nicht ihr Zweck. Die Worte ergeben als Rechtsbegriffe entweder erleichternde Ausnahmen oder ausnahmsweise

Erleichterungen, die der Sache nach eine identische Regelung schaffen. Ohnehin bezweckt § 28 c IfSG auch nach seiner Entstehungsgeschichte die Entlastung der in ihren Grundrechten eingeschränkten, sprich weitgehend verletzten, Menschen. Sinn und Zweck des § 28 c IfSG, dessen teleologische Interpretation, ergibt, daß mit der Formulierung „Erleichterungen oder Ausnahmen“ nur Ausnahmen ermöglicht werden, die Erleichterungen bewirken, nicht aber Erschwerungen. Was Erleichterungen und was Erschwerungen sind, kann streitig sein. Die 2 G-Regel ist allemal eine Erschwerung für die reglementierten Menschen, weil unter den 2 G-Regel/Bedingung die Möglichkeit, durch den Nachweis eines negativen Testes den Zugang zum allgemeinen Leben in gleicher Weise finden zu dürfen wie durch eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder Genesung von einer ‚Krankheit‘ durch das Virus nicht mehr möglich ist und dadurch eine Nötigung zur Impfung bewirkt wird, wie diese im übrigen auch bezweckt war und ist (dazu auch zu VII 6).

Freilich sind die Begriffe Erleichterungen wie auch die Begriffe erleichternde Ausnahmen oder ausnahmsweise Erleichterungen nicht mit Rechtsprinzipien vereinbar, wie noch dargelegt werden wird.

Folglich haben alle Regelungen in den Rechtsverordnungen des Bundes und der Länder, die unmittelbar oder mittelbar auf § 28 c IfSG gestützt sind, den Begriff erleichternde Ausnahmen oder den rechtlich damit identischen Begriff ausnahmsweise Erleichterung zur Grundlage. Die Worte „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ sind in dieser Vorschrift Synonyma. Wenn die Ausnahmen Erschwernisse sind, sind sie nicht nur nicht mit § 28 c IfSG vereinbar, sondern bewirken weitgehende Grundrechtseinschränkungen, die weder bezweckt sind noch gar gerechtfertigt werden können.

Die Unklarheit, die das Nebeneinander der Tatbestandsmerkmale „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ mit sich bringt, bewirkt einen Mangel an Bestimmtheit, weil nach dem Wortlaut „Ausnahmen“ auch „Erschwerungen“ sein können. Einen solchen Mangel läßt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht zu. Das führt bereits zur Verfassungswidrigkeit des § 28 c IfSG und damit der 2 G-Regel, die auf der Grundlage dieser Ermächtigungsnorm als 2 G-Bedingung in die Dritte und Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins Eingang gefunden hat. Die 4. SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 enthält die 2 G-Bedingung nicht mehr.

Diese Regelungen sind mangels hinreichender Bestimmtheit der Begriffe der Immunisierung und der Ausnahmen sowie des trotz einer gewissen Materialität ebensowenig bestimmbareren Begriffs der Erleichterungen mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, zu dessen Prinzipien die Bestimmtheit der rechtlichen Regelungen gehört (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 273 ff.), zumal die von Grundrechtseinschränkungen, ohnehin nicht vereinbar und somit verfassungswidrig und nichtig.

4. Unbestimmtheit des Begriffs „Immunisierung“

a) Fingierte Immunisierung

Das Tatbestandsmerkmal des § 28 c IfSG „für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist“, ist unbestimmt, es sei denn, es wird mit den nachgewiesenen ‚immunisierenden‘ Impfungen gegen das Virus oder der durch Zeitablauf oder negativen Test nachgewiesenen Genesung von der Erkrankung an dem Virus oder auch nur der Infektion (dazu zu III 6 a) an dem Virus identifiziert. So verfährt die Praxis und das liegt auch den Verordnungen des

Bundes und der Länder zugrunde. So steht es aber nicht in § 28 c IfSG und wäre auch mit der immunologischen Wirklichkeit, soweit diese wissenschaftlich erkannt ist, unvereinbar, wie zu b) dargelegt wird. Wenn die Identifizierung der ‚grundimmunisierenden‘, auch in der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins und lange im öffentlichen Sprachgebrauch „vollständig“ genannten Impfungen, mit der Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 gemeint wäre, hätten die Kriterien der nachgewiesenen (‚grundimmunisierenden‘ oder aufgefrischten) Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder die nachgewiesene Genesung von einer Erkrankung/Infektion an bzw. mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 als Tatbestandsmerkmale genannt sein müssen. Unterschiedliche Begriffe und Tatbestandsmerkmale gebieten deren unterschiedliches Verständnis und schaffen damit unterschiedliche Regelungen. Begründende Worte in dem Sinne, mit Immunisierung seien Impfungen oder Genesung gemeint, sind keine tragfähigen Tatbestandsbegriffe. Schon gar nicht gehören propagandistische Worte in ein Gesetz. Gesetzesbegriffe dienen der Regelung. Sie sollten möglichst verständlich, aber auch dank hinreichender Bestimmtheit rechtssicher anwendbar sein. Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und durch negativen Test oder Zeitablauf von einer Infektion/Erkrankung mit/an dem Virus fingierte Genesung wären als Tatbestandsmerkmale bestimmt. Die Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist“ ist somit auch rechtsstaatswidrig. Die Rechtsstaatswidrigkeit führt zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift des § 28 c IfSG und damit zu deren Nichtigkeit.

b) Tatsächliche Immunisierung

aa) Gesetzlicher Tatbestand versus Wirklichkeit

Allerdings erfassen die Tatbestandsmerkmale Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und Genesung von Erkrankung am Coronavirus SARS-CoV-2 nicht die Wirklichkeit einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wenn es eine solche überhaupt gibt. Die gesetzliche Identifizierung der nachgewiesenen Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder der nachgewiesenen Genesung von einer Infektion/Erkrankung mit/an dem Coronavirus SARS-CoV-2 mit der Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die nach § 28 c IfSG erklärtermaßen „Erleichterungen“ gewähren sollen, ist nicht geeignet, dem Begriff der Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 Bestimmtheit zu verschaffen. Das Tatbestandsmerkmal des § 28 c IfSG „Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist“ wird in der Rechtsverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 materialisiert. Freilich ist dieses Tatbestandsmerkmal in der Ermächtigung nicht nach „Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt“, wie es Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erfordert. Die Ermächtigung ist schon dadurch verfassungswidrig.

bb) Medizinische Immunität

Der medizinische Begriff Immunität umschreibt einen biologischen Zustand eines Organismus, in welchem ausreichende Abwehrmechanismen gegenüber krankmachenden Antigenen (z.B. Viren, Bakterien) bestehen. Niemand ist immun gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Ganz im Gegenteil, bei jedem Menschen könne, wird von Fachleuten erklärt, das Coronavirus SARS-CoV-2 festgestellt werden, wenn danach gesucht wird. Das hängt beispielsweise von den Umdrehungen des Teststabes in den Schleimhäuten der Nase oder des Rachens ab. Das ist bekannt. Das RKI räumt ein (Hinweise zur Testung von Patienten auf Infektion mit dem neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2, 22. September 2021): „Falsche negative Ergebnisse können z. B. aufgrund schlechter Qualität der Probennahmen,

unsachgemäßem Transport oder ungünstigem Zeitpunkt (bezogen auf den Krankheitsverlauf) der Probenentnahme nicht ausgeschlossen werden“. Das hat das Bundesverfassungsgericht übernommen (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrrn. 192 ff.). Freilich können alle Menschen mit mehr oder mit weniger Coronaviren SARS-CoV-2 belastet sein. Welche Menge zur Erkrankung führt, ist nicht hinreichend erforscht. Jedenfalls kann je nach Konstitution und Immunität des Menschen die Belastung mit Coronaviren zur mehr oder weniger schweren Erkrankung oder auch zum Tod führen.

Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 nach Impfung gegen das Virus wird Impfdurchbruch genannt. Das RKI hat für die Meldewochen (MW) 5 bis 52/ 2021 538.318 Impfdurchbrüche angegeben. Im gesamten Zeitraum von MW 05/2021 – 39/2022 waren aus den übermittelten Angaben für 87 % der symptomatischen COVID-19-Fälle der Impfstatus, (grundimmunisiert, nach 1, 2 oder mehr Auffrischimpfungen) bekannt. In diesem Zeitraum wurden unter den gemeldeten symptomatischen Fällen mit bekanntem Impfstatus insgesamt 2.922.234 Impfdurchbrüche identifiziert (RKI-Monitoring, Monatsbericht vom 3. November 2022). Das sind nur die Impfdurchbrüche mit Symptomen der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Die Impfdurchbrüche insgesamt sind nicht bekannt.

Nicht wenige Menschen, die zweimal, dreimal oder öfter geimpft sind, mußten in Krankenhäuser eingeliefert werden, viele von diesen Menschen liegen in Intensivstationen, nicht wenige sind trotz bestmöglicher Behandlung gestorben. Es sollen 50 % der über 60-jährigen, von den Jüngeren 15 % sein, die nach vermeintlich immunisierenden Impfungen in Intensivstationen behandelt worden sind, hat das ZDF berichtet. Von einer Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 kann somit bei keinem Menschen ausgegangen werden, eben auch nicht bei gegen die Infektion/Erkrankung mit/an dem Coronavirus SARS-CoV-2 grundimmunisierten, lange zweimal, dann dreimal, viermal oder öfter geimpften oder von einer Infektion/Erkrankung mit/am dem Virus fiktiv genesenen Menschen. Allerdings erkranken mehr Menschen an dem Virus, wird berichtet, die nicht geimpft sind, gut zwei Drittel der Erkrankten in den Intensivstationen der Krankenhäusern. Laut RKI waren in der Zeit vom 13. September 2021 bis zum 10. Oktober 2021 20,3 % der hospitalisierten Personen geimpft, eine steigende Anzahl, die ein statistischer Effekt sei und vor allem Menschen im Alter von 80 Jahren und mehr sowie über 60-Jährige mit Vorerkrankungen erfasse (RKI MW 49 bis 52/2021, Datenstand vom 4. Januar 2022, Wöchentlicher Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit vom 6. Januar 2022, S. 24). Der Anteil der Impfdurchbrüche nach ‚Grundimmunisierung‘ durch zwei Impfungen an den hospitalisierten symptomatischen COVID-19-Fällen, nach Altersgruppen: 5 bis 11 Jahre 0,0%, 12 bis 17 Jahre 16,9%, 18 bis 59 Jahre 32,7%, 60 Jahre und älter 38,7% . RKI: „Im Zeitraum MW 32-35/2022 war für ungeimpfte Personen das Risiko, aufgrund von COVID-19 in einem Krankenhaus behandelt zu werden 2,7-fach (18- bis 59-Jährige) bzw. 4,2-fach (ab 60-Jährige) erhöht im Vergleich zu Personen mit einer Auffrischimpfung“ (Monitoring des COVID-19-Impfgeschehen in Deutschland, Monatsbericht des RKI vom 3. November 2022). In dem angeführten Monitoring und auch weiterer Monatsberichte finden sich weitere Informationen. Zu berücksichtigen ist freilich, daß die Richtigkeit der Zählungen, möglicherweise auch wegen des Zwecks, die Impfbereitschaft aller Menschen zu propagieren, wenig seriös zu sein scheint. Das RKI vom 24. September 2021: „Die 7-Tage-Hospitalisierungsinzidenz berechnet sich aus der Anzahl der an das RKI übermittelten COVID-19-Fälle mit Meldedatum innerhalb der sieben vorhergehenden Tage und der Bevölkerungszahl der entsprechenden Altersgruppe des

Bundeslandes (bzw. des gesamten Bundesgebiets). Zur einheitlichen Darstellung wird die Inzidenz auf 100.000 Bevölkerung normiert“ (§ 28a Abs. 3 n. F. IfSG).

c) Fingierte Genesungsimmunität

Die Fiktion der schutzrechtlichen Relevanz, etwa die der 2 G-Regel für von der Infektion/Erkrankung mit/an dem Coronavirus SARS-CoV-2 Genesene, hat das RKI von sechs Monaten auf 90 Tage verkürzt. Ermächtigungsgrundlage des RKI war § 6 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Absatz 1 des Artikel 1 der Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen.Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022, der lautet:

„2. § 6 Absatz 2 wird wie folgt gefasst.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn

1. nach den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/ kontaktpersonenmanagement unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben eine Absonderung auch für bestimmte geimpfte Personen oder genesene Personen möglich ist, oder 2....“

Diese Maßnahme hat heftige Kritik ausgelöst. Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022:

„Es ist gegen jede wissenschaftliche Logik, den Genesenenstatus auf drei Monate zu verkürzen und auf der anderen Seite den Impfstatus bei neun Monaten anzusetzen. Die aktuellen Impfstoffe sind ja auch auf die Wuhan-Variante abgestimmt, als aktuell Genesener haben Sie also einen besseren Schutz gegen Omikron. Aus wissenschaftlicher Sicht hätte man also eher den Impfstatus verkürzen müssen.“

Die Anordnung des RKI soll rückgängig gemacht und dem RKI die Befugnis, diese Fragen zu regeln, wieder entzogen werden. Das RKI ist pflichtgemäß den immunologischen Erkenntnissen unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft gefolgt, wie das die zitierte Vorschrift vorsieht. Es hat, angeblich ohne den Bundesgesundheitsminister vor der Maßnahme zu informieren, für deutsche Behörden ungewöhnlich schnell gehandelt. Die Öffentlichkeit konnte sich nicht recht auf die Änderung, die die Handlungsmöglichkeiten der genesenen Personen überraschend verkürzte, einrichten. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Eilbeschluß zur Impfpflicht in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen vom 10. Februar 2022 Bedenken gegen die „doppelte dynamische Verweisung“, anklingen lassen (vgl. zu A II 1 c).

Das Verwaltungsgericht Osnabrück hat in einem Eilverfahren (Beschluss vom 4. Februar 2022 - 3 B 4/22) die zeitliche Verkürzung des Genesenenstatus in Niedersachsen von sechs auf drei Monate als Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, die körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (psychische Gesundheit) und gegen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sowie gegen weitere Grundrechte und damit als verfassungswidrig erkannt. Das Gericht hat an der wissenschaftlich fundierten Grundlage des RKI Zweifel gehegt.

d) Immunitätsfiktion nach negativem Test

Schon gar nicht kann bei Menschen von einer Immunität gegen das Coronaviren SARS-CoV-2 ausgegangen werden, die auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in den letzten 24 Stunden

negativ getestet wurden. Die zeitliche Immunitätsrelevanz auch dieser Testung ist willkürlich festgelegt. Es gibt keinerlei wissenschaftliche Stringenz dieses Zeitraumes. Er ist in der Annahme gewillkürt, daß nach längerem Zeitablauf eine erneute Infektion näherliegt. Zudem sind die Testungen auf die Belastung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 unzuverlässig (dazu zu A I, B VI 3 b), nicht nur wegen der keinesfalls sicheren Handhabung der Testung, sondern auch, weil ein Großteil der Tests, wie vorgetragen, zu falschen Feststellungen führt.

e) Infektionsmöglichkeit trotz Impfung oder Genesung

Alle Menschen können somit unabhängig davon, ob sie geimpft, zweifach, dreifach oder vierfach geimpft sind, von der Infektion/Erkrankung mit/an dem Coronavirus SARS-CoV-2 genesen oder auf diese Belastung negativ getestet sind, Coronaviren in sich tragen (dazu VII 5). Der Nachweis der Impfung, der Genesung oder der Testung gibt keine Gewähr, daß von den Menschen wegen eines solchen Nachweises nicht dennoch die Gefahr oder auch nur die Möglichkeit ausgeht, andere Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren. Die Annahme einer solchen Gewähr ist eine Fiktion. Das ist von den Immunologen wissenschaftlich geklärt (dazu zu VI 3). Diese Fiktion ist aber die wesentliche ‚Rechtfertigung‘ für die verschiedenen Grundrechtsbeschränkungen der Menschen in Deutschland. Die fingierte Infektionsgefahr (dazu zu 4 b, VII 1, passim), jedenfalls die Fiktion der größeren Infektionsgefahr durch nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpfte als durch dagegen geimpfte Personen für die Gesundheit und das Leben in Deutschland, zumal durch weitere Wellen der Corona-Pandemie, ist die wesentliche Rechtfertigung für die Ausweitung, gegenständlich und zeitlich, der grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen zur Corona-Abwehr. Man befürchtet eine Verstärkung der ‚Pandemie‘ durch die Menschen, die nicht geimpft sind (Slogan: „Pandemie der Ungeimpften“), obwohl längst bekannt und mehr oder weniger vom RKI zugestanden ist, daß die geimpften Personen nicht weniger Coronaviren SARS-CoV-2 in sich tragen können als die gegen das Virus nicht geimpften Personen. Eine sichere Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 gibt es somit nicht, jedenfalls keine Sicherheit, daß jemand nicht mit dem Virus infiziert ist.

f) Nichtigkeit des § 28 c IfSG

Das für die Corona-Abwehrmaßnahmen tragende Tatbestandsmerkmal des § 28 c IfSG für „Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln“ ist untauglich und damit § 28 c IfSG wegen der relevanten Unvereinbarkeit eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals, nämlich der „Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, von der auszugehen“ sei, mit der Wirklichkeit, wie gesagt, rechtsstaatlich untragbar. Damit ist auch die Anordnung von Grundrechtsbeschränkungen, welche wegen der Immunität, von der gegebenenfalls auszugehen sei, Erleichterungen erfahren sollen und somit Voraussetzung der Regelung des § 28 c IfSG sind, verfassungswidrig und nichtig.

5. Unbestimmtheit des Begriffs „Erleichterungen“

a) „Erleichterungen“ als Rechtsbegriff

Was sollen Erleichterungen sein? Mehr finanzielle Unterstützung über die bisher schon geleisteten Unterstützungen wie Kurzarbeitergeld hinaus, völlige Übernahme der Lebenshaltungskosten,

finanziert durch Kreditaufnahmen des Staates, Schnelltests oder gar Eigentests anstelle der PCR-Tests, beide vom Staat bezahlt? Vielerlei Erleichterungen sind denkbar. Vermutlich ist die völlige oder begrenzte Rücknahme von Grundrechtseinschränkungen wegen der Abwehr von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gemeint. Wenn das die Erleichterungen sein sollen, hätte der Gesetzgeber es auch sagen können, ja sagen müssen. Das gefällige Wort „Erleichterungen“ ist wohl wiederum benutzt, um den aus den ständigen Verlautbarungen von Politikern, zumal des früheren Bundesgesundheitsministers, und den ‚Berichterstattungen‘ der Medien euphemistischen Wortgebrauch aufzugreifen. Das genügt populistischer Propaganda, nicht aber gesetzgeberischer Normsetzung.

Das Wort „Erleichterungen“ ist kein tragfähiger Rechtsbegriff und vermag den Anforderungen einer Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht zu genügen. „Inhalt“ und „Zweck“ und schon gar nicht das „Ausmaß“ der Ermächtigung zu „Erleichterungen“ sind durch das Ermächtigungsgesetz nicht bestimmt.

Der Begriff „Erleichterungen“ ist einer normativen Bestimmtheit nicht fähig, jedenfalls nicht in einem Rechtsstaat, dessen Rechtlichkeit wesentlich in der Verwirklichung der Grundrechtsverfassung und auch im demokratischen Prinzip der Gesetzlichkeit besteht. Rechtssätze in Gesetzen und Verordnungen müssen so genau wie möglich definieren, was geboten, verboten oder erlaubt ist, um den allgemeinen Willen des Volkes erkennbar zu machen und der Verwaltung, aber auch der Rechtsprechung nicht Willkür zu ermöglichen. Die Willkür, grobe Unsachlichkeit, kann nicht notorisch mit dem Argument Einschätzungs-, Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum gedeckt werden. Diesen ‚Spielraum‘ hat im Rahmen der Verfassung der Gesetzgeber, der diesen mittels Erkenntnis der Wirklichkeit und Richtigkeit, also in Sachlichkeit, zu nutzen hat.

Der Zweck des § 28 c IfSG, „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ von den Verboten und Geboten der Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu regeln, ist vornehmlich, wie dargelegt, wegen der unzureichenden Bestimmtheit der Begriffe „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ verfassungswidrig. Inhalt und Ausmaß der „Erleichterungen“ von den Geboten und Verboten der Corona-Schutzmaßnahmen des Bundes und der Länder, die in Rechtsverordnungen von den Regierungen geregelt werden können sollen, sind durch nichts bestimmt.

b) Ermächtigungen der Regierungen des Bundes und der Länder

Allein schon die Ermächtigung der Bundesregierung, „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ von den Geboten und Verboten der Schutzmaßnahmen zu regeln, ist verfassungswidrig. Die Ermächtigung der Bundesregierung, die Landesregierungen zu entsprechenden „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ zu ermächtigen, ist es erst recht.

Die Ermächtigungen übertragen Rechtsetzungsbefugnisse auf die Bundesregierung. Die Ermächtigung der Landesregierungen durch die Bundesregierung gemäß Satz 4 des § 28 c IfSG, Infektionsschutzrecht zu verordnen, ist, wie zu 2 dargelegt, verfassungswidrig. Dennoch regeln die Landesregierungen die Gebote und Verbote zum Schutz vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, erleichtert oder nicht. Satz 4 des § 28 c IfSG:

„Wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 und 2 Gebrauch macht, kann sie zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften

Abschnitt dieses Gesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln“.

Die Bundesregierung „kann“, muß aber nicht „zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ... Die Erleichterungs- und Ausnahmeregelungen stehen zwar dem Text nach im Ermessen der Bundesregierung und der Landesregierungen, sind aber weitgehend durch die Grundrechte geboten. Die Regelungen könnten den Regierungen übertragen werden, denen auch ein begrenzter Erkenntnispielraum wegen der geringen Eindeutigkeit der Infektionsgefahren zuzugestehen ist. Sie können aber materiell nicht in deren Ermessen gestellt werden, weil und insoweit Grundrechte nicht verletzt werden dürfen und demgemäß Grundrechtsbeeinträchtigungen aufgehoben werden müssen, wenn sie von der Lage nicht mehr gerechtfertigt sind. Demgemäß werden die Corona-Schutzmaßnahmenverordnungen jeweils nur für begrenzte Zeit erlassen, wie das vom Bundesverfassungsgericht als Postulat der Grundrechte festgestellt worden ist (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20 -, Rn. 1-16; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Juni 2020 - 1 BvR 1230/20 -, Rn. 19; u. ö)

Das „Ausmaß“ der „Erleichterung“ von den Geboten und Verboten wegen der Gefahren des Coronavirus SARS-CoV-2, das zu regeln die Bundesregierung und von dieser die Landesregierungen ermächtigt werden könnten, wenn letztere Ermächtigung Art. 80 Abs. 1 GG entspräche, ist in der Ermächtigung des § 28 c IfSG gänzlich unbestimmt. Für welche Gebote oder Verbote sollen welche Erleichterungen gegeben werden? Diese können nicht nur die Regierungen von Bund und Ländern bestimmen. Das Ausmaß der Regelungen muß bereits der Ermächtigung im Wesentlichen entnommen werden können (BVerfGE 1, 14 (60); 41, 251 (265 f.); 80, 1 (20), u. ö, Vorhersehbarkeit; BVerfGE 5, 71 (77); 8, 274 (307,131); 80, 1 (20), Programm der Politik; BVerwG, Urteil vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.02), zitiert unten zu III 4 b, aa), um dem demokratischen Prinzip und dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere dem Prinzip der Gewaltenteilung, zu genügen.

6. „Erleichterungen“ von Grundrechtseinschränkungen

Rücknahmen von Grundrechtsbeschränkungen, seien diese berechtigt oder nicht, sind keine Erleichterungen. Sie regeln, was durch die Grundrechte geboten ist. Jede andere Politik des Gesetzgebers wäre grundrechts- und damit verfassungswidrig. Die Einhaltung seiner Grundrechte ist in einem Rechtsstaat Recht jeden Bürgers und wesentliche Pflicht des Staates und damit der Regierung und des Gesetzgebers. Mit dem Wort „Erleichterungen“ versucht die Politik den Bürgern zu suggerieren, daß sie ihnen eine Wohltat gewährt. Sie suggeriert das wohl vor allem sich selbst. Davon kann keine Rede sein. Sie tut ihre Pflicht, die Gebote und Verbote, die sie, um der Corona-Pandemie zu wehren, ausgesprochen und durchgesetzt hat, rückgängig zu machen. Das gebieten Grundrechte und praktische Vernunft. Auch die Beeinträchtigungen der Wirtschaft erfordern diese grundrechtsgebotenen Maßnahmen, weil die Gebote und Verbote die Unternehmensfreiheit aus Art. 12 GG (so BVerfGE 7, 377 (400 ff.); st. Rspr.; BVerfGE 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.); 82, 209 (228 f.), u. ö.), richtiger aus Art. 14 GG, der Eigentumsgewährleistung, und Art. 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit, aber auch aus der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verletzen, wenn die Maßnahmen nicht durch Schutzpflichten des Staates, besser der Pflicht des Staates, die innere und äußere Sicherheit zu gewährleisten, gerechtfertigt werden können. Letztere bedarf eigenständiger Erörterung (vgl. zu IV 1 c).

Grundrechtsverwirklichung hat nichts mit „Erleichterungen“ zu tun. Die Gebote und Verbote wegen der Gefahren des Coronavirus SARS-CoV-2 für die Gesundheit und das Leben der Bevölkerung in Deutschland finden in der elementaren Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Menschen in Deutschland zu sichern, also zu schützen, ihre Rechtfertigung. Das erfordert Eingriffe in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, die Satz 3 des Art. 2 Abs. 2 ermöglicht. Diese Eingriffe müssen dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (dazu zu IV 2 e und V 4; allgemein zum Verhältnismäßigkeitsprinzip K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 342 ff., ausführlich A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000). Ebenso müssen Grundrechtseinschränkungen aufgehoben werden, wenn sie nicht mehr zu rechtfertigen sind. Grundrechtsverwirklichung ist Rechtsverwirklichung, nicht aber Erleichterung und auch nicht Erschwernis. Grundrechtsverwirklichung ist keine Wohltat des Staates oder gar der ‚Politiker‘, sondern deren Aufgabe und Verpflichtung. Politik nennt Immanuel Kant „ausübende Rechtslehre“ (Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, 1968, Bd. 9, S. 229; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 248, 593, 633). Was sollte Politik in der Republik, deren wesentliches Prinzip die Rechtsverwirklichung um der Freiheit der Bürger willen ist, auch anderes sein? Etwa die Befugnis der Vertreter des Volkes, ihre Neigungen/Ideologien zur Maxime der Gesetze zu machen? Nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG sind „die Abgeordneten Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden (schon gar nicht an die ihrer Parteien) und nur ihrem Gewissen unterworfen“. Das Gewissen ist der Gerichtshof der Sittlichkeit (Kant, Metaphysik der Sitten, S. 531 f., 572 ff.). Die für das Leben und die Gesundheit notwendigen Verbote verwirklichen die allgemeine Freiheit nicht anders als die Aufhebung oder Einschränkung dieser Verbote. Sie sind der allgemeine Wille des Volkes im Sinne Kants (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, 1968, S. 59; Metaphysik der Sitten, S. 317, 332; Kritik der praktischen Vernunft, S. 144 ff.; u. ö.; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 40 ff., 70 f.), die *volonté générale* Jean-Jacques Rousseaus (Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique, 1762, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, ed. Brockhard, 1986, II, 1 ff., 5, S. 27 ff., 43 ff.; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 36, 40, 167, 560).

Dem Tatbestandsmerkmal, „Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes oder aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln“ fehlt es nach Inhalt, Zweck und Ausmaß an der Bestimmtheit, die Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wegen des demokratisch gebotenen Prinzips der Gewaltenteilung gebietet.

§ 28 c IfSG ist verfassungswidrig, rechtsstaatswidrig, insbesondere grundrechtswidrig, demokratiewidrig und bundesstaatswidrig.

7. Rechtsetzung der Länder durch den Bund

Die Ermächtigung der Länder zum Erlaß von Verordnungen führt regelmäßig zu unterschiedlichen Regelungen. Das ist die ‚Logik‘ des Föderalismus. Diese Eigenständigkeit der Länder stört die Zentralisten, die einheitliche Vorschriften im Gesamtstaat, dem Bund, für geboten halten und darauf gedrängt haben. Den Wünschen ist der Bund zum Teil gefolgt und hat gewisse Vorschriften der Länder selbst geändert.

a) Eingriffe der Bundesregierung in Landesgesetze und -verordnungen

§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 in der Fassung von 10. Dezember 2021, zuletzt geändert am 14. Januar 2022 wie schon § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 9 und § 10 Abs. 1 des Dritten Abschnitts der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 haben Regelungen getroffen, die unmittelbar bestimmte Regelungen der Schutzmaßnahmenausnahmenverordnungen der Länder, jedenfalls Berlins, verändern. Diese Eingriffe in die Landeshoheit sind mit der Rechtshoheit der Länder, die sich aus deren Staatseigenschaft ergibt (BVerfGE 1, 14 (34); 81, 310 (331); st. Rspr.; K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 402 ff.) unvereinbar. Die Länder sind als Mitglieder des Bundesstaates Deutschland Staaten, deren Bürger ihre Souveränität als ihre Freiheit nicht nur in dem Land ausüben, in dem sie als Deutsche leben, sondern auch im Bund, in dem sie ebenfalls gemeinsam die Ausübung ihre Souveränität für die Aufgaben organisiert haben, die bundesweit einheitlich bewältigt werden sollen. In ihrer eigenständigen Staatlichkeit wollen und sollen die Länder nicht nur ihrer Besonderheit gerecht werden können, sondern auch ihren eigenständigen Verfassungsordnungen, die freilich nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG dem Gebot der Homogenität mit dem Grundgesetz genügen müssen (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 408). Sie müssen wie der Bund dem republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. In der Staatlichkeit der Länder verwirklicht sich die föderale, vertikale Gewaltenteilung Deutschlands (dazu K. A. Schachtschneider, Souveränität. S. 412 f.), die für die Gewährleistung der allgemeinen Freiheit der Bürger nicht weniger essentiell ist als die funktionale, horizontale Gewaltenteilung der Staatsorgane der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Eine zentrale Staatsgewalt in einem Staat einer großen Zahl von Bürgern birgt die Gefahr einer diktatorischen Ausübung der Staatsgewalt. Das erweist sich auch in der Politik der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Der politische Druck auf bundesweit einheitliche Abwehrmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 war derart stark, daß nicht nur das verfassungswidrige Gremium der Ministerpräsidentenkonferenz mit der Bundeskanzlerin Dr. Angelika Merkel (jetzt mit dem Bundeskanzler Olaf Scholz), sich um einheitliche Maßnahmen bemüht hat, die nach Möglichkeit von den Ländern in deren Verordnungen umgesetzt werden sollten. Sondern einerseits wurden auch Maßnahmen vorgeschrieben, die kraft des Vorranges des Bundesrechts vor dem Landesrecht weitgehend eine einheitliche Ordnung der Corona-Schutzmaßnahmen geschaffen haben, und andererseits wurden durch Vorschriften des Bundes die Regelungen der Länder in gewissen Grenzen vereinheitlicht. Die letzteren Vorschriften sind föderalistische Mißgriffe. Art. 72 Abs. 2 GG, der die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse durch das Gesetzgebungsrecht des Bundes sicherstellen will (Subsidiaritätsprinzip), ist für die Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren) nicht einschlägig.

Die Hoheit der Länder schließt es schlechterdings aus, daß ihre Gesetze oder Verordnungen durch Bundesgesetz oder gar Verordnungen des Bundes verändert werden. Das ist durch §§ 3, 4, 5 und 6 in der jetzt gültigen Änderung (vorher in §§ 7, 8, 9 und 10) der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung geschehen. Derartige Verordnungen der Bundesregierung sind Maßnahmen des Bundes, die über Weisungen hinausgehen. Einzelweisungen kann die Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 5 S. 1 GG den Ländern allenfalls zur Ausführung der Bundesgesetze und im

Rahmen der Auftragsgesetzgebung nach Art. 85 Abs. 3 GG geben. Die unmittelbare Veränderung der Landesrechtssätze durch den Bund ist Usurpation von Rechtsetzungsmacht der Länder. Der Bund hat aber lediglich ein begrenztes Aufsichtsrecht über die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder dem geltenden Recht gemäß, das ihm bestimmte Befugnisse der Bundesaufsicht auf Grund des Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG gibt. Wenn die Bundesregierung Mängel bei der Ausführung der Bundesgesetze in den Ländern feststellt, kann der Bundesrat beschließen, ob das Land das Recht verletzt hat. Gegen diesen Beschluß kann nach Art. 84 Abs. 4 GG das Bundesverfassungsgericht angerufen werden (K. A. Schachtschneider, Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht in Bund-Länder-Streitigkeiten, 1969, S. 76 ff., 119 ff.). Notfalls kann die Bundesregierung nach Art. 37 Abs. 1 GG mit Zustimmung des Bundesrates Bundeszwang gegen das Land üben, damit das Land seine Bundespflichten erfüllt.

Eingriffe wie durch die Rechtsverordnung der Bundesregierung mißachten auch das demokratische Prinzip. Die demokratische Legitimation der Rechtsetzung der Länder geben die Bürger der jeweiligen Länder, die der Rechtsetzung des Bundes die Bürger des Bundes. Der Bund kann Gesetze geben, die die Länder gemäß Art. 83 GG auszuführen haben, nicht aber deren Rechtsetzung übernehmen, die die Landesregierungen zu erlassen nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG durch Gesetz ermächtigt sind. Der Bund könnte, wiederum in föderalistischen Grenzen, auch in dem Ermächtigungsgesetz die Corona-Schutzmaßnahmen im Bund vereinheitlichende Vorschriften machen, die die Länder in ihren Gesetzen und Verordnungen und, je nach Politik der Länder, gemäß Art. 80 Abs. 1 GG materialisieren können und sollen, aber eben nicht die Landesrechtsetzung ganz oder teilweise usurpieren, schon gar nicht durch Regelungen, die unmittelbar die landesrechtlichen Vorschriften ändern. Die genannten Regelungen sind verfassungswidrig. Weil sie sich einer verfassungskonformen Auslegung entziehen, ist die gesamte Rechtsverordnung der Bundesregierung verfassungswidrig und nichtig.

b) Mißachtung der föderalen Gewaltenteilung

Angemerkt sei auch, daß die bundesrechtlichen Vorschriften im Infektionsschutzgesetz und in der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung tief in die Befugnis der Länder nach Art. 83 Abs. 1 GG, die Bundesgesetze auszuführen, hineinwirkt und im Bestreben nach bundesweit einheitlicher Abwehrpolitik gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 die föderale Gewaltenteilung verletzt (vgl. Ch. Waldhoff, Der Bundesstaat in der Pandemie, NJW 2021, 38/2021, 2772 ff., 2773 ff.). Auch diese Mißachtung des Grundgesetzes führt zur Verfassungswidrigkeit der Verordnung der Bundesregierung und folglich auch der Vierten wie schon der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins; denn Berlin ist erst in der Verordnung der Bundesregierung ermächtigt worden, seine SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung zu erlassen. Nichts anderes gilt für SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 und die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022.

II

Voraussetzungen der Corona-Schutzmaßnahmen

§ 5 Abs. 1 IfSG lautet:

„(1) Der Deutsche Bundestag kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 vorliegen. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 nicht mehr vorliegen.“

Die Feststellung nach Satz 1 gilt als nach Satz 2 aufgehoben, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellt; dies gilt entsprechend, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Fortbestehen erneut feststellt. Die Feststellung des Fortbestehens nach Satz 3 gilt als Feststellung im Sinne des Satzes 1. Die Feststellung und die Aufhebung sind im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen.

Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder
2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.

Solange eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt ist, unterrichtet die Bundesregierung den Deutschen Bundestag regelmäßig mündlich über die Entwicklung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.“

1. Epidemische Lage von nationaler Tragweite

Der Bundesgesetzgeber hat im Infektionsschutzgesetz vielfältige Gebote und Verbote zur Bekämpfung der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erlassen und durch Ermächtigungen der Bundesregierung und der Landesregierungen weitere Gebote und Verbote zu erlassen ermöglicht. Die Anwendung der Gebote und Verbote des § 28 a IfSG hängen von der Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag“ ab. § 32 IfSG, die Ermächtigungsgrundlage in Verbindung mit § 28 a IfSG, ist die wichtigste Grundlage der Schutzmaßnahmen des Bundes und der Länder gegen das Coronavirus SARS-CoV-2.

Die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag“ hat nach § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG am 25. November 2021 ihre Wirkung verloren. Die Feststellung wurde nicht erneuert, entweder weil „die epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ in Wahrheit nie bestand oder weil sie nach Auffassung des Bundestages der 20. Legislaturperiode (Mehrheit der Ampelkoalition) nicht mehr besteht. Jedermann ist klar, daß die Entscheidung des Bundestages, die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nicht erneut festzustellen, mit der Sache nichts zu tun hatte und hat. Sie war und ist allein durch das politische Interesse der Ampelkoalition nach der Wahl vom 26. September 2021 motiviert, ihre neue Macht der Öffentlichkeit zu präsentieren, eine ‚Schaufensterentscheidung‘ also. Das erweist sich darin, daß die Länder, in denen Parteien der Ampelkoalition die Politik bestimmen, die Infektionsschutzmaßnahmen nach den Absätzen 1 bis 6 des § 28 a IfSG neuer Fassung gemäß Absatz 8 dieser Vorschrift auch „nach dem Ende der durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite anwenden, soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt hat“. Die materielle Voraussetzung der Schutzmaßnahmen unterscheidet sich von der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nur dadurch, daß sie nur landesweit bestehen muß. Aber es ist nicht bekannt, daß die Infektionsgefahr sich in den Ländern wesentlich von der des Bundes unterscheidet. Es wurden, weil es zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 erforderlich erschien und wohl auch war, mannigfache Regelungen erlassen, die u. a. Folgerungen aus

der Entscheidung gezogen haben, die „epidemische Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag“ nicht mehr festzustellen. Die Relevanz der Ermächtigungen des § 32 für die Landesregierungen ist, soweit sie auf § 28 a IfSG ohne Rückgriff auf dessen Absatz 8 gestützt wurden und werden müssen, ebenfalls von der Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ abhängig. Die weiteren vielen Änderungen des Infektionsschutzgesetzes betreffen Vorschriften in anderen Gesetzen (Strafgesetzbuch, Sozialgesetzbuch, Sars-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung und verschiedene weitere sozialpolitische Gesetze), für die die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes selbst nicht bedeutsam sind. Sie haben keine Relevanz für diese Schrift. Die Ermächtigung des § 32 IfSG in Verbindung mit § 28 IfSG war und ist von der Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag“ nicht abhängig.

2. WHO: „Gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“

a) Gefahr für die „öffentliche Gesundheit“

Eine „ernsthafte Gefahr“ u. a. wegen einer „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ im Sinne des § 5 Abs. 1 IfSG gibt es nicht, obwohl die Infektiosität des Coronavirus SARS-CoV-2 nicht in Frage gestellt werden kann, wenn der polizeirechtliche Begriff der Gefahr, die Polizeigefahr (dazu zu III 1 und ff.), zugrunde gelegt wird. Die immunologische Infektiosität eines Virus macht noch keine „ernsthafte Gefahr“ in diesem Sinne für die „öffentliche Gesundheit“ aus. Eine solche bedarf neben den immunologischen Erkenntnissen vor allem der rechtlichen, rechtsdogmatischen, Erkenntnisse. Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite in Deutschland im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 6 erster Satzteil IfSG setzt, wenn diese polizeirechtlich dogmatisiert wird, voraus, daß „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“, wie sie das § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG bestimmt. Zu III, insbesondere zu 6, wird erläutert, daß für die ganze Bevölkerung niemals eine Polizeigefahr der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bestand, schon gar nicht eine „ernsthafte Gefahr“.

Wenn mit dem Bundesverfassungsgericht die Dogmatik der Infektionsgefahr (dazu zu III 6) zugrundegelegt wird, ist der Begriff der „ernsthafte Gefahr“ kein Hindernis, § 5 Abs. 1 IfSG zu praktizieren. Eine „konkrete Gefahr“, wie sie § 28 a IfSG neuer Fassung in Absatz 8 zur Voraussetzung der Infektionsschutzmaßnahmen nach den Absätzen 1 bis 6 des § 28 a IfSG neuer Fassung macht, als Infektionsgefahr zu verstehen, wenn eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ im Sinne des § 5 Abs. 1 IfSG nicht festgestellt ist, ist mehr als fragwürdig, wie die Erörterung des Begriffs der konkreten Gefahr zu III 5 zeigen wird. Gerade die Nutzung des Begriffs der „konkrete Gefahr“ ist ein gewichtiges Argument dafür, daß das Infektionsschutzgesetz die herkömmlichen polizeirechtlichen Begriffe der Gefahr aufgegriffen hat. Die Allgemeinheit, die durch die Länder zu Infektionsschutzmaßnahmen verpflichtet wird, ist keine konkrete Gefahr. Das können nur bestimmte Personen, einzelne oder mehrere, sein. Die Möglichkeit vieler Infektionen, die das Bundesverfassungsgericht als Infektionsgefahr erfaßt, zeigt sich zwar an Tatsachen, nämlich an vielen einzelnen Infektionen irgendwelcher Menschen im Lande mit einem infektiösen Virus, aber sie ist jedenfalls im polizeirechtlichen Sinne nicht konkret, nämlich keine hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit von Schäden. Sie ist allenfalls insofern konkret, daß die Möglichkeit allseitiger Infektion nicht aus der Luft gegriffen ist, sondern besteht.

§ 5 Abs. 1 S. 6 IfSG sieht die Feststellung einer „ernsthaften Gefahr“ vor. Eine solche besteht nach § 5 Abs. 1 S. 6 Nr. 1 IfSG entweder darin, „daß die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht“, oder nach § 5 Abs. 1 S. 6 Nr. 2 IfSG darin, „daß eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet“. Die Feststellung des Gesundheitsnotstandes von internationaler Tragweite ist mit einer „Empfehlung“ gemäß Art. 15 Abs. 2 und 18 IGV (Internationale Gesundheitsvorschriften) verbunden, den Gesundheitshotstand zu bekämpfen³.

b) Bundesnotbremse-Beschluß

Das Bundesverfassungsgericht stellt im Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) fest, daß die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu einer übertragbaren Krankheit führen kann. Zu den Randnummern 124 bis 126 des Beschlusses führt das Gericht aus:

Rn. 124

(1) Krankheit im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG ist ein pathologischer Zustand, der im Regelfall der Behandlung bedarf (vgl. Axer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Art. 74 Rn. 14 (April 2011); Broemel, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 70; Oeter, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 135; Wittreck, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 86). Eine übertragbare Krankheit beim Menschen liegt vor, wenn sie durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte verursacht wird, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden (vgl. Axer a.a.O. Rn. 15; Broemel a.a.O. jeweils unter Hinweis auf § 2 Nr. 3 IfSG). Das ist bei Infektionskrankheiten jedenfalls dann gegeben, wenn sie einen gewissen Grad an Schwere der Erkrankung mit sich bringen können (vgl. Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 84; Wittreck a.a.O.). Der Begriff der Maßnahme im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG umfasst sowohl Instrumente zur Bekämpfung bereits aufgetretener Krankheiten als auch solche zur Vorbeugung (vgl. Broemel und Oeter jeweils a.a.O. sowie Rengeling, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 264).

Rn. 125

(2) Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG geregelten Beschränkungen, damit auch die Kontaktbeschränkungen nach dessen Nr. 1, waren als Maßnahmen gegen die bei Menschen übertragbare Krankheit COVID-19 dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuzuordnen.

Rn. 126

³ Gem. Art. 18 Abs. 1 IGV können die von der WHO in Bezug auf Personen gegebene Empfehlungen (recommendations) an die Vertragsstaaten u.a. folgende Ratschläge (advice) beinhalten: Den Reiseverlauf in betroffenen Gebieten überprüfen; eine Impfung oder eine andere Prophylaxe verlangen; Quarantäne- oder andere Gesundheitsmaßnahmen für verdächtige Personen durchführen; eine Absonderung betroffener Personen durchführen; eine Nachverfolgung der Kontakte verdächtiger / betroffener Personen durchführen; die Einreise verdächtiger und betroffener Personen verweigern; die Einreise nicht betroffener Personen in betroffene Gebiete verweigern; und bei der Ausreise von Personen aus betroffenen Gebieten ein Screening durchführen und/oder Beschränkungen auferlegen. Im Zuge der COVID-19-Pandemie gab die WHO Empfehlungen zur Durchführung von Corona-Tests und zum Tragen von Mundschutzmasken ab. Empfehlungen zu Massenquarantänen (lock-downs) wurden dabei nicht ausgesprochen, obwohl dies nach Art. 18 Abs. 1 IGV möglich gewesen wäre. Bereits im Februar 2020 verfasste sie einen Bericht über den Ausbruch des Virus in China und gab – sowohl gegenüber China als auch gegenüber den damals noch nicht vom Corona-Virus betroffenen Staaten entsprechende Empfehlungen ab: ...

(a) COVID-19 ist eine Infektionskrankheit, die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 hervorgerufen wird und damit eine übertragbare Krankheit. Die an ihr Erkrankten müssen in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen stationär und auch intensivmedizinisch behandelt werden; die Krankheit kann trotz Behandlung zum Tode führen. Eine Infektion kann zudem zu langfristigen Leiden führen“

Diese Feststellung ist nicht zu kritisieren. Sie sind offensichtlich.

Das Bundesverfassungsgericht konnte im Beschluß zur Bundesnotbremse nicht berücksichtigen, daß im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes die Rechtslage noch eine andere war: Deutschland hat die Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, die im Zeitpunkt, in dem der Verfassungsbeschwerde gegen die Ausgangs- und gegen die Kontakteinschränkungen eingelegt wurde, bestand (BVerfG, Beschluß von 19. November 2021, Vortrag der Antragsteller Rnrn. 14 ff., 18 ff.; Begründungen des Gerichts: Kontaktbeschränkungen, Rnrn 105 ff., Ausgangsbeschränkungen, Rnrn 238 ff.), über den 25. November 2021 hinaus nicht verlängert, doch wohl, weil nach Auffassung des Deutschen Bundestages eine solche Feststellung keine Rechtfertigung mehr in Tatsachen fand.

c) Befugnisse der Weltgesundheitsorganisation

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist keine nationale Behörde, die verbindlich für Deutschland „eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite auszurufen“ befugt ist. Deutschland muß allein feststellen, ob eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ besteht. Dieses Tatbestandsmerkmal ist von erheblicher Relevanz für einschneidende Maßnahmen in die Grundrechte der Bevölkerung in Deutschland. Dafür hat Deutschland die alleinige Verantwortung. Der WHO sind keine Hoheitsrechte Deutschlands übertragen, auch nicht den Vereinten Nationen (UNO), zu denen die WHO gehört. Die WHO hat demgemäß keine Hoheit in Deutschland. Für die Europäische Union (EU) regelt das in Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG anders, wenn auch verfassungsrechtlich fragwürdig (K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 460 ff.). Darauf kommt es hier nicht an. Wenn die WHO für Deutschland für gesetzliche Rechtsfolgen relevante Entscheidungen trifft, ist das eine Souveränitätsverletzung der Bürger Deutschlands. Art. 24 GG gibt derartigen Befugnissen keine Rechtsgrundlage. Die Verfassung der Weltgesundheitsorganisation ermöglicht dieser nicht, Regelungen gegenüber den Mitgliedstaaten zu treffen, die die Mitgliedstaaten auszuführen oder in ihre Rechtsordnung aufzunehmen verpflichtet sind.

Gemäß dem allgemeinen Völkerrecht begründen die Regelungen der Gesundheitsversammlung nach Art. 21 und 22 der WHO-Verfassung keine verpflichtende Bindung an Feststellungen der WHO (vgl. Wiener Übereinkommen vom 23. 5. 1969; Romann Schmidt-Radefeldt unter Mitarbeit von Helena Krüger, Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts (Teil 2), Völkerrechtliche Pflichten der Staaten und die Rolle der Weltgesundheitsorganisation, Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, WD 2 - 3000 - 038/20 , 2. Juli 2020, S. 3 ff., 14 ff., 23 ff.; allgemein zur Verbindlichkeit von Entschlüssen internationaler Organisationen W. Heintschel von Heinegg, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 18, Rn. 21; A. von Bogdandy, Die WHO, die Pandemie und die multilaterale Weltordnung, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg vom 24. April 2020). Auch der Exekutivrat hat nach seinem Aufgabenkatalog in Art. 28 der WHO-Verfassung derartige Befugnisse nicht, auch nicht das Sekretariat nach Art. 30 ff. WHO-Verfassung.

Eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ ist nicht schon gegeben, wenn, wie dargelegt, „die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“ ausruft und (eine kumulative Voraussetzung der epidemischen Lage) „die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht“, wie sie in § 2 Nr. 3 a IfSG definiert ist. Wenn diese Umstände vorliegen, besteht noch „keine epidemische Lage von nationaler Tragweite“. Das kann allenfalls eine solche Lage bewirken, so daß diese droht. Diese Drohung kann aber verhindert werden, wenn die Grenzen geschlossen werden oder nur Menschen nach Deutschland einreisen dürfen und können, die keine „bedrohliche übertragbare Krankheit einschleppen“ werden. Das kann durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden.

Deutschland kann nicht Feststellungen der WHO zur verbindlichen Regelung eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals seiner Vorschriften machen, wie das in § 5 Abs. 1 IfSG geschehen ist (A. von Bogdandy, a.a.O.), jedenfalls, wie gesagt, nicht zur Regelung von Maßnahmen, die mit erheblichen Grundrechtseinschränkungen verbunden sind. Das läßt die Souveränität Deutschlands nicht zu. Die wesentlichen Gegebenheiten, die eine Regelung rechtfertigt, müssen der Deutsche Bundestag oder die Landtage Deutschlands in eigener Verantwortung erkennen. Das gebietet das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG vor allem für Gesetze, die Grundrechte einschränken. Rechtsetzung setzt in der Republik voraus, daß erkannt wird, was auf der Grundlage der Wahrheit für das gemeinsame Leben des Volkes richtig ist (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 164 ff., 267, 415, u. ö). So geschieht es ja auch im Großen und Ganzen in Deutschland. Gesetzgeberische Verantwortung in einem Staat wird verkannt, wenn sie lediglich fremde Politik und damit die Erkenntnisse oder auch nur Machtinteressen staatsfremder Organe umsetzt, insbesondere finanziell wichtige Entscheidungen anderer Länder. So sieht das in der Sache auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 129, 124 ff., Rnrm. 127, 136 f.; BVerfG, Urteil zum PSPP vom 5. Mai 2020, BVerfG 2 BvR 859/15, 20, Rn. 227); K. A. Schachtschneider, Staatsschulden. Wider die Schuldenbremse, 2021, S. 93 ff. (insb. S. 96), S. 100 ff.).

Das demokratische Defizit der WHO kann nicht durch die Feststellung des Bundestages ausgeglichen werden, daß eine epidemische Lage von nationaler Tragweite bestehe. Die Feststellung durch Beschluß ist kein Gesetz. Grundrechte dürfen nur durch Gesetze eingeschränkt werden, „die allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten“. Zudem „muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen“. Es genügt jedoch nicht, daß das Infektionsschutzgesetz die Grundrechte ohne Bezug auf eine bestimmten Eingriff in ein Grundrecht nennt, beispielsweise in § 5 Abs. 5 IfSG, nämlich das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das es einschränkt. Es gibt im Infektionsschutzgesetz weitere Grundrechtseinschränkungen, die mit dem betroffenen Artikel genannt sind. Es kommt auf die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite an, weil erst auf Grund dieser Feststellung die Schutzmaßnahmen getroffen werden, deren wesentliches Tatbestandsmerkmal die von der WHO ausgerufene „gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“ ist. Damit wird die WHO ein wesentliches Organ der Gesetzgebung Deutschlands.

Die Feststellungen des Deutschen Bundestages sind zudem rechtswidrig und nichtig, wenn sie den Tatsachen nicht entsprechen. Jedenfalls hat der Bundestag die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG aufzuheben, wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht mehr besteht. Der Bundestag

hat einen Beurteilungsspielraum für die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, darf diese aber nicht auf Grund des § 5 IfSG nicht fingieren.

Die ‚Beendigung‘ der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, sprich die Entscheidung des Bundestages der 20. Legislaturperiode, diese Lage nicht erneut festzustellen, ändert die Rechtslage wesentlich (dazu zu 4).

3. Ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit/ schwerwiegende für die Allgemeinheit

a) Ausbreitung einer übertragbaren Krankheit

Eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ besteht allenfalls, wenn auf die „Ausbreitungsweise der Krankheit“ an dem Coronavirus SARS-CoV-2 durch das Virus abgestellt wird. Dann droht eine „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland“ (Nr. 2 des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG).

„Eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder findet“ nach § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG 2. Alternative auch „statt“, wenn die Krankheit an dem Coronavirus SARS-CoV-2 Krankheit bedrohlich und übertragbar ist. Die Krankheit „breitet“ sich mittels der Infektionen nicht schon „dynamisch aus“, weil nur wenige Infektionen zur Krankheit führen. Die Infektionen gehören zur „Ausbreitungsweise der Krankheit“. Die Infektion ist nicht schon eine „Krankheit“ gemäß § 2 Nr. 1, 2 und Nr. 4 IfSG, die Tatbestandsmerkmal der Definition der „Gefahr“ in § 2 Nr. 3 a IfSG ist. Eine Infektion ist nach den Definitionen des § 2 Nr. 1 und 2 IfSG die „Aufnahme eines Krankheitserregers“, etwa eines Virus (Nr. 1), die eine „übertragbare Krankheit verursachen“ kann.

„1. Krankheitserreger ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann.“ „2. Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.“ „4. Kranker ist eine Person, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist.“

Eine Infektion ist somit keine Krankheit. Die Definitionen unterscheiden den Krankheitserreger, etwa ein Virus wie das Coronavirus SARS-CoV-2, von der übertragbaren Krankheit. Eine Infektion kann nach § 2 Nr. 3 a IfSG, der wegen der Corona-Pandemie in das Infektionsgesetz eingefügt worden ist, zu einer bedrohlichen Krankheit führen:

„3a. Bedrohliche übertragbare Krankheit ist eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann.“

Die „übertragbare Krankheit“ muß eine „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen können“. Schon die Verwirklichung dieses Tatbestands ist bereits zweifelhaft. Nach den klassischen Gefahrbegriffen des Polizeirechts ist die „übertragbare Krankheit keine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit.

Mit der Ausbreitung der Infektion breitet sich die Möglichkeit der Erkrankung aus. Diese Möglichkeit wird gemäß § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG 2. Alternative als „Drohen oder Stattfinden“ der dynamischen Ausbreitung der Krankheit an dem Coronavirus SARS-CoV-2 gesehen. Das ist nicht von der Hand zu weisen. Die Möglichkeit, die Viren ohne Erkrankung an jedermann weiterzugeben, ist aber nicht schon eine „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit.“ Die Möglichkeit ist keine „Gefahr“ im Sinne des Polizeirechts (B. Drews/ G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 223; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739), Sie ist nicht schon die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens, nämlich der Erkrankung an dem Virus. Es „droht“ weder eine konkrete Gefahr der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 oder der Erkrankung an dem Virus. Die „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit“ an dem Virus ist keine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer konkreten, also individuellen Erkrankung eines bestimmten Menschen durch eine Infektion mit dem Virus, aber auch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer abstrakten Gefahr der Erkrankungen durch ein Infektionen in Lagen, die erfahrungsgemäß derartige Infektionen mit sich bringen. Es gibt ohne nähere tatsächliche Anhaltspunkte keine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Infektion eines bestimmten Menschen. Erstrecht finden solche konkreten oder abstrakten Gefahren nicht statt. Sie sind möglich, wenn die „bedrohliche übertragbare Krankheit“ sich „dynamische auszubreiten“ erwarten läßt. Die Möglichkeit ist keine Wahrscheinlichkeit eines Schadens, also einer Infektion und Erkrankung. Die Infektion und Krankheit kann jeden erreichen, aber ist für niemanden wahrscheinlich, auch nicht in besonderen Lagen, schon weil nur von den Menschen, die sich in Lagen zu begeben pflegen, die Infektion erwartet werden kann, aber es keinerlei Anhaltspunkte gibt, welche solcher Lagen wahrscheinlich von Infektionen betroffen sein werden.

Das Bundesverfassungsgericht benutzt das Wort „drohen“ unspezifisch, wie die verschiedenen Zitate im folgenden Text zeigen.

Allenfalls wenn ein anderer Gefahrenbegriff als der des Polizeirechts auch für den Begriff der „ernsthaften Gefahr“ in § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG dogmatisiert wird, kann von einer „schwerwiegenden Gefahr für die Allgemeinheit“ durch die Erkrankung wegen ihrer Ausbreitungsweise die Rede sein. Das ist, jedenfalls der Sache nach, die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts. Ich nenne den Gefahrbegriff des Bundesverfassungsgerichts epidemische Infektionsgefahr, wie zu III 1 definiert. Man könnte auch von epidemischer Krankheitsgefahr sprechen.

Die Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 lassen sich jedoch kaum als eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ einstufen (anders BVerfG Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn.154 u. ö.). Die Möglichkeit der Infektion ist das nicht, weil sie jedenfalls nach dem herkömmlichen Begrifflichkeit des Polizeirechts nach keine Gefahr ist, wie zu III 3 und 5 erörtert wird, die Krankheit nicht, weil sie sich als solche weder „dynamisch ausbreitet“ noch trotz aller Infektionen droht, sich dynamisch auszubreiten. Nur die Infektion „breitet sich dynamisch aus“. Eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ besteht jedoch nur und bestand jedenfalls am 10. September 2021 nur, wenn der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr herangezogen wird. Die Zahl der Erkrankungen

an Coronavirus SARS-CoV-2 war geringer als die an Grippeviren oder die an multiresistenten Keimen (MRE) in Krankenhäusern.

Die Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist nicht deswegen eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“, weil zu wenig dafür getan worden ist, daß in den Krankenhäusern genügend Pflegekräfte arbeiten. Das hat Gründe, die nicht der Ausbreitung des Virus zugerechnet werden können, sondern ausschließlich dem Ausbildungspolitik in Deutschland, die dafür verantwortlich ist, daß jedem das Abitur, gewissermaßen als Sozialleistung, derart erleichtert worden ist, daß sich nur sehr wenige junge Menschen für einen Pflegedienst oder auch für ein Handwerk als Beruf entscheiden. Fast alle wollen studieren, weil sie studieren dürfen, oft ohne jede Befähigung zu einem hinreichend brauchbarem Studium. Dieses Ausbildungssystem war und ist keine ausreichende Vorsorge für das Gesundheitssystem. Deswegen die gesamte Bevölkerung mit grundrechtseinschränkenden Maßnahmen, gar mit einer Impfpflicht, zu belasten, ist mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht zu vereinbaren. Das ginge allenfalls im Rahmen einer Notstandsverfassung (dazu zu IX). Die kann das Infektionsschutzgesetz nicht ersetzen. Hinzu kommt das Geschäftsinteresse der privatisierten Krankenhausanstalten als privatwirtschaftliche Unternehmen, die Kosten minimieren wollen.

b) Kapazitäten der Krankenhäuser und Triage

Die unzureichenden Kapazitäten der Krankenhäuser bringen in der Tat ernsthafte Gefahren für das Gesundheitswesen mit sich, bis zur Notwendigkeit der Triage. Der wesentliche Grund dafür ist aber nicht die die Pandemie oder die Epidemie durch Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2, auf die § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG mit dem Wort „weil“ abstellt, sondern die mangelhafte Vorsorge im Gesundheitswesen, das man weitgehend der Gewinnmaxime von Unternehmern, gar von internationalen Investoren, ausgeliefert hat. Die Menge der schweren Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 war eine gewissen Zeit wegen der vielen Hospitalisierungen durchaus kausal für den Notstand in den Krankenhäusern, zumal den Intensivstationen, aber nicht der wesentliche Grund dafür. Die Maßnahmen des Staates müssen die sachgerechte Gefahrenvorsorge bewirken, nämlich die ausreichende Kapazität der Krankenhäuser bereitstellen. Die verspätete Versuch, der Überlastung der Krankenhäuser mit Pflichten der Allgemeinheit entgegenzuwirken, die zudem weitestgehend ihren Zweck nicht erreichen können, ist nicht nur hilflos, sondern erweist das Staatsversagen im Interesse von Geschäften.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sich im Beschluß vom 16. Dezember 2021 - 1 BvR 1541/20 -, gemäß seiner Menschenrechtsdogmatik zur Triage gegen die Benachteiligung von Behinderten zu Rnrn. 123, 127 und 128 ausgesprochen:

Rn.123:

„Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte befinden sich im Fall einer pandemiebedingten Triage in einer extremen Entscheidungssituation. Sie müssen entscheiden, wem die nicht ausreichend zur Verfügung stehenden intensivmedizinischen Ressourcen zukommen sollen und wem nicht. In dieser Situation kann es besonders fordernd sein, auch Menschen mit einer Behinderung die notwendige medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Das gelingt nur, wenn sichergestellt ist, dass allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenschance entschieden wird.“

Rn. 127:

„Geleitet und begrenzt wird der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum durch die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und die zu beachtenden Grundrechte aller Betroffenen. Dabei hat der Gesetzgeber auch zu berücksichtigen, dass die für die Behandlung zur Verfügung stehenden begrenzten personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitswesens nicht zusätzlich in einer Weise belastet werden, dass das letztendlich angestrebte Ziel, Leben und Gesundheit von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen wirkungsvoll zu schützen, in sein Gegenteil verkehrt würde. Gleiches gilt im Hinblick auf die durch den Gesetzgeber zu beachtenden Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit der anderen Patientinnen und Patienten. Hierbei hat der Gesetzgeber die Sachgesetzlichkeiten der klinischen Praxis, etwa die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen, ebenso zu achten wie die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt“.

Rn.128:

Innerhalb dieses Rahmens hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, ob er Vorgaben zu den Kriterien von Verteilungsentscheidungen macht (vgl. zu Kriterien des Zugangs zu staatlichen Leistungen BVerfGE 134, 1 <15 f. Rn. 42>). Dass aufgrund der Achtung vor der Unantastbarkeit der Menschenwürde Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf (vgl. BVerfGE 115, 118 <153 ff., 158>), steht einer Regelung von Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, wie knappe Ressourcen zur Lebensrettung verteilt werden, nicht von vornherein entgegen; ein Kriterium, das den inhaltlichen Anforderungen der Verfassung genügt, kann vom Gesetzgeber vorgegeben werden (zur Diskussion vgl. ...). Der Gesetzgeber kann auch Vorgaben zum Verfahren machen (vgl. zu staatlichen Entscheidungen BVerfGE 147, 253 <311 Rn. 120>). Sofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht, kann er sich für ein Mehraugen-Prinzip bei Auswahlentscheidungen (so die DIVI-Empfehlungen 3.1. und 3.3.2.) oder für Vorgaben zur Dokumentation (so die Stellungnahme BAND oben Rn. 38 f.) entscheiden. Denkbar sind auch Regelungen zur Unterstützung vor Ort. Dazu kommt die Möglichkeit spezifischer Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung in der Medizin und Pflege und insbesondere des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer Triage-Situation hinzuwirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2i BRK und oben Rn. 113). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, welche Maßnahmen zweckdienlich sind (vgl. BVerfGE 142, 313 <342 Rn. 81> m.w.N.).“

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht mit dem Beschluß vom 16. Dezember 2021 die Triage, aber schiebt den Schwarzen Peter dem Gesetzgeber zu, der Kriterien entwickeln und vorgeben soll, welches Leben die Ärzte im Krankenhaus retten sollen, wenn wegen des Mangels an Behandlungsmöglichkeiten nicht alle Patienten lebensrettend behandelt werden können. Alle Bemühungen um Sachlichkeit helfen nicht darüber hinweg, daß das Leben der einen geopfert wird um das Leben anderer zu retten. Wenn es um Leben oder Tod geht, gibt es keine Rechtfertigung. Tote, also auch klinisch Tote, sind nicht mehr behandlungsfähig. Wer zuerst in ein Krankenhaus kommt, muß dort als erster behandelt werden, wenn das Kriterium staatlicher Gleichbehandlungspflicht maßgebend sein soll. Ansonsten greift das Warteschlangenprinzip. Wenn auf das private Marktprinzip des höchsten Preises abgestellt wird, wird versorgt, wer am meisten zahlt. Jedenfalls ist der Staat verpflichtet, für hinreichende Kapazitäten sowohl an Personal als auch an Sachmitteln zu sorgen. Darin hat er versagt, vor allem weil das Ausbildungswesen sachwidrig geworden ist. Freilich kann eine Epidemie oder auch

Pandemie oder auch ein sonstiges Ereignis, etwa ein feindlicher Einsatz von ABC-Waffen, eine derartige Kapazität des Gesundheitswesens erfordern, daß dafür ausreichende Vorsorge ausgeschlossen ist. Dann können keine Rechtsprinzipien mehr greifen. Vielmehr kommt es in einer solchen Notlage auf die Zufälligkeit von Hilfen an.

c) Unbestimmter Begriff „ernsthafte Gefahr“

Eine „ernsthafte Gefahr“ ist unabhängig vom Gefahrbegriff, der zu III erörtert wird, nicht hinreichend bestimmt, weil der Begriff „ernsthaft“ zwar eine größere Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nahelegt, aber keinen Maßstab dafür gibt. Die „öffentliche Gesundheit“ ist ebenfalls kein subsumtionsfähiger Begriff. Gesundheit ist individuell und die Gesundheit einiger oder vieler Menschen kann der Öffentlichkeit bekannt sein, aber die Öffentlichkeit kann nicht gesund oder krank sein, vielleicht im übertragenen politischen Sinne. Allenfalls kann die gesamte Bevölkerung oder fast die gesamte Bevölkerung gesund und nicht krank sein, aber die Bevölkerung insgesamt ist nicht die Öffentlichkeit.

Die „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ besteht nicht schon, wenn die Tatbestandsmerkmale der Ziffer 1 des Satzes 6 oder auch der Ziffer 2 dieses Satzes von § 5 Abs. 1 IfSG erfüllt sind, wie das Wort „weil“ nahe legt. Dann hätte nicht eigens die „ernsthafte Gefahr“ zum Tatbestandsmerkmal gemacht werden müssen und schon gar nicht eine „ernsthafte“ Gefahr für eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vorausgesetzt werden dürfen. Die Ziffern 1 und 2 würden als Tatbestandsmerkmale für die epidemische Lage von nationaler Bedeutung genügen. Das Tatbestandsmerkmal „ernsthafte Gefahr“ hat somit eigenständige Relevanz als Voraussetzung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

d) Schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit

§ 2 IfSG definiert, wie schon zu a zitiert, in Nr. 3a die „bedrohliche übertragbare Krankheit“ als „eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann“.

§ 5 Abs. 1 S. 6 IfSG hat das Tatbestandsmerkmal „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“, nicht das des § 2 Nr. 3a IfSG „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit“. „Gefahr für die Allgemeinheit“ ist nicht dasselbe wie „öffentliche Gesundheit“, „schwerwiegend“ nicht dasselbe wie „ernsthaft“.

Die Grenzen der Belastbarkeit des deutschen Gesundheitssystems sind keine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“. Das setzt nach Nr. 2 des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG nicht nur voraus, daß „eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen und übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet“. Dieses Tatbestandsmerkmal ist verwirklicht, wenn die Ausbreitungsweise der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mit der Ausbreitung der Krankheit an dem Virus gleichgesetzt wird. Das ist zu a erörtert. Die Krankheit selbst breitet sich nicht dynamisch aus, für die Infektion mit dem Virus ist das möglich. Das macht jedoch noch keine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ aus.

Diese Überlegungen sind erst recht für die Omikron-Variante des Virus bedeutsam, die sich schnell ausbreitet, wie die Inzidenzen zeigen, aber seltener zu Krankheiten führt, zumal nicht zu schweren Krankheiten oder Tod wie die Delta-Variante und nach fachkundigen Bekundungen die Omikron BA5-Variante sowie vorherige und zukünftige Varianten. Intensivbetten und Pflegekräfte werden weniger beansprucht. Erwartet werden auch neue Mutationen des Coronavirus SARS-CoV-2, die erneut schwere Krankheitsverläufe nach sich ziehen könnten.

Das Gesundheitssystem mag in der Ausgestaltung der Zeit der Delta-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 überlastet gewesen sein, wenn die Darstellungen auf Tatsachen beruhten und nicht nur vorgeschobene Begründungen für weitere Finanzierungen der um der Geschäfte willen gemeinwohlwidrig privatisierten Krankenhausunternehmen waren. Dem Gesundheitssystem ist durch diese Privatisierung geschadet worden. Derzeit wird weniger von einer Überlastung des Gesundheitssystems gesprochen. Die Inzidenzen geben keine Auskunft über die Patientenzahlen, schon gar nicht über die Zahlen der Patienten, die der Intensivpflege bedürfen. Die Inzidenzen sind schlicht die Zahlen der (vermeintlich) positiv PCR-getesteten Personen. Es versteht sich, daß nicht alle Menschen, die mit dem Virus infiziert sind, daraufhin getestet worden sind. Es stehen mehr Intensivpflegebetten zur Verfügung, als genutzt werden, auch wegen der Notfallreserven von 10.000 Betten. Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022:

„Dafür (sc. für die Überlastung der Intensiv-Pflegemöglichkeiten) gibt es ganz konkret bei Omikron keine Anzeichen. Weltweit ist die Welle ja in einigen Ländern schon durchgelaufen, und die Intensivkapazitäten wurden bislang nie überlastet. Im Vergleich zu anderen Ländern haben wir in Deutschland außerdem wesentlich mehr Kapazitäten. Deshalb ist auch bei uns keine massive Überlastung der Intensivstationen zu erwarten, die theoretisch eine allgemeine Impfpflicht begründen könnte. Wenn überhaupt würde dieses Argument nur bei den Über-60-Jährigen Sinn machen, denn das Risiko für Jüngere, schwer zu erkranken, ist gering.“

Das RKI hat die Zahl der Intensivpflegebetten nach dem Stand der Zahlenreihe von DIVI (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin) am 13. Dezember 2021 für Deutschland mitgeteilt:

4.895 Einweisungen in Intensivstationen (nicht nur wegen der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2); gemeldete Intensivbetten mit Notfallreserve 8.297, freie Betten 2.510; freie Kapazität für invasive Beatmung, für Corona-Kranke 815).

Es fehlen nach allen Berichten und eigenen Erfahrungen Pflegekräfte, nicht Sachmittel (Intensivpflegebetten), die ohne größere Schwierigkeiten beschafft werden können. Pflegekräfte können rekrutiert werden, etwa durch Aktivierung aus Altersgründen ausgeschiedenen Pflegekräften oder durch Dienstverpflichtungen fachkundiger Menschen oder durch hinreichend zügige Ausbildung für Dienste im Krankenhaus, zudem mit möglichst motivierendem Entgelt. Allemal wäre das der geringere Eingriff in Grundrechte, zumal Deutschland schon den Zivildienst anstelle der Wehrpflicht eingerichtet hatte. Die ohnehin wenig tragfähige Aufhebung der allgemeinen Wehrpflicht läßt sich rückgängig machen. Es müssen nicht alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen mit erheblichen bis schweren Grundrechtseingriffen verpflichtet werden, weil der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems durch

mißlungene, weitgehend aus geschäftlichen Interessen der Effizienz des Gesundheitssystems schädende ‚Reformen‘ geschwächt worden ist. Insbesondere sind für eine (vermeintliche) Gefahr für das Gesundheitssystem (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 188, 192, 202, 229), einem „Gemeingut von überragenden Bedeutung“ (so BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rn. 231) nicht die gesamte Bevölkerung verantwortlich und damit die Gefährder/Störer dieses Systems im polizeirechtlichen Sinne, sodaß alle Menschen im Lande zur Gefahrenabwehr verpflichtet werden können, die nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind und schon gar nicht an dem Virus erkrankt oder der Hospitalität und der Intensivpflege bedürftig sind oder werden könnten.

e) Gefahr für die Allgemeinheit

Eine Gefahr für die Allgemeinheit gibt es im Gefahrenabwehrrecht der Sicherheits- und Ordnungsgesetze, des Polizeirechts im weiteren Sinne, und in deren Praxis nicht, sondern nur konkrete Gefahren und abstrakte Gefahren. Abstrakte Gefahren setzen auch eine Konkretheit der Gefahrenlage voraus, die nicht auf Grund von Tatsachen die Wahrscheinlichkeit eines Schadens erkennen lassen, sondern in der konkreten Lage auf Grund von Erfahrungen mit solchen Lagen (dazu zu III 1). Diese Begrifflichkeit wird zu III 5 näher erörtert. Diese Konkretheit der Gefahr im polizeirechtlichen Sinne besteht nicht in der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, schon gar nicht eine Gefahr durch alle Menschen im Lande. Eine Epidemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 besteht konkret, wenn immunologisch eine Epidemie festgestellt ist. Das ist, wenn auf Erkrankungen abgestellt wird, bei der Omikron-Variante und deren Mutanten fragwürdig, zumal die Epidemie von nationaler Tragweite vom Bundestag rechtlich relevant nicht mehr festgestellt ist.

Gegen die „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit“, wenn die „übertragbare Krankheit“ diese wegen ihrer „Ausbreitungsweise“ verursachen kann (dazu zu a), soll das Infektionsschutzgesetz nach der Definition in § 2 Nr. 3 a Schutzmaßnahmen zu treffen ermöglichen. Die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ ist in § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG neben anderen Tatbestandsmerkmalen als „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ definiert. Der Gefahrbegriff kann in beiden Vorschriften im Sinne der klassischen Gefahrendefinitionen verstanden werden, ohne daß die Regelungen einen vernünftigen Sinn verlieren, aber die Verpflichtung der Allgemeinheit zu Schutzmaßnahmen wäre bereits begrifflich nicht begründbar. Die „öffentliche Gesundheit“ ist gänzlich unbestimmt, so daß auch nicht bestimmt ist, was eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ bedeutet. Die Nummern 1 und 2 des Satzes 6 von § 5 Abs. 1 IfSG geben dem Begriff wenig zusätzliche Materie. Jedenfalls machen die Erläuterungen („weil“) das Tatbestandsmerkmal „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ nicht überflüssig.

Mit dem Gefahrbegriff im Infektionsschutzgesetz kann ein spezifischer epidemiologischer Begriff der Gefahr als im klassischen Recht der Sicherheit und Ordnung gemeint sein. Das Bundesverfassungsgericht hat, wie schon gesagt, einen solchen epidemiologischen Begriff der Gefahr im Infektionsschutzgesetz für seinen Beschluß zur „Bundesnotbremse“ vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) zugrundegelegt, ohne ihn zu definieren oder die Besonderheiten gegenüber den polizeirechtlichen Begriffen darzulegen. Die die ganze Bevölkerung verpflichtenden Schutzmaßnahmen könnten nicht auf eine Gefahr durch jeden Menschen im Lande gestützt werden, zumal gut 99 % der Bevölkerung in Deutschland nicht infiziert, geschweige denn an dem Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt sind. Ein Begriff „Gefahr

für die Allgemeinheit“, für den die Allgemeinheit verantwortlich gemacht wird, müsste den Grundrechten standhalten. Eine Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe zu Lasten der ganzen Bevölkerung, die für die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht verantwortlich ist, ist nicht recht erkennbar. Dazu wird näher zu III 5 und 6 Stellung genommen. Das Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlins kennt die Begriffe der „Gefahr für die Allgemeinheit“ oder der „Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ oder eben ein anderes öffentliches Schutzgut nicht.

4. Relevanz der epidemische Lage von nationaler Tragweite

Von der Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ durch den Deutschen Bundestag hängen die deutschlandweiten „Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit“ nach § 28 a Abs. 1, 1. Teilsatz IfSG und nach verschiedenen weiteren Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes ab. Wenn diese Feststellung nach § 5 Abs. 1 IfSG nicht besteht, fehlt den Maßnahmen des Bundes nach § 28 a IfSG und auch der Befugnis der Länder auf Grund der Ermächtigung durch § 32 IfSG, Maßnahmen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu treffen, eine wesentliche Voraussetzung. Dem Bund bleiben die Schutzmaßnahmen erlaubt, die § 28 IfSG ihm ermöglicht. Diese sind ausweislich des Wortlautes der Vorschrift nicht von der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite abhängig. Nach § 28 a Abs. 7 IfSG alter Fassung konnten die Länder die Absätze 1 bis 6 des § 28 a IfSG weiter anwenden, „soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt“. Sie konnten auf diese Feststellung hin die Regelungen treffen, die sie ohnehin in ihren Verordnungen zu ihrem Corona-Schutz getroffen hätten. Nach § 28 a Abs. 8 IfSG neuer Fassung können die Länder, „nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Absätze 1 bis 6 anwenden, soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt, mit der Maßgabe, dass folgende Schutzmaßnahmen ausgeschlossen sind: 1....“ (siehe zu 5).

5. Novelle des § 28 a IfSG

a) ‚Beendigung‘ der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Die ‚Beendigung‘ der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, sprich die Entscheidung des Deutschen Bundestages der 20. Legislaturperiode, diese Lage nicht erneut festzustellen, hat die Rechtslage geändert.

Zunächst einmal hat die Novelle des Infektionsschutzgesetzes vom 18. November 2021 im geänderten § 28 a IfSG die Verantwortung für die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 um ein Weiteres vom Bund auf die Länder verlagert.

§ 28 a IfSG ist in neuer Fassung im Anhang zu 1 f wiedergegeben.

Hinzu kommt die Regelung des § 28 Abs. 1 IfSG neuer Fassung, die weitestgehend mit der alten Fassung übereinstimmt. Auch diese Vorschrift ist im Anhang zu 1 e wiedergegeben.

Wegen der Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite können die Landesregierungen nach § 32 IfSG die Schutzmaßnahmen nicht treffen, die § 28 a IfSG an sich zuläßt. Erst wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite vom Bundestag wieder festgestellt wird, leben die Befugnisse der Länder aus § 28 a IfSG wieder auf.

Das bedeutet beispielsweise, daß Ausgangssperren, wie sie, als die Inzidenzen von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in der Omikron-Variante sich rasant steigerten, vorgeschlagen wurden, erst wieder bundesweit in den Ländern angeordnet werden dürfen, wenn der Bundestag die epidemische Lage von nationaler Tragweite erneut feststellt. Das dürfte der Ampel-Koalition schwer fallen, weil die Unterlassung der erneuten Feststellung ihre erste recht spektakuläre politische Maßnahme war, mit der sie ein Zeichen ihres „Aufbruchs“, sprich ihrer Machtübernahme, gesetzt hat. Der novellierte § 28 a IfSG läßt in den Absätzen 7 und 8 läßt Ausgangssperren nicht zu.

Nach § 28 a Abs. 2 Nr. 2 IfSG ist die „Anordnung von Ausgangsbeschränkungen nach Absatz 1 Nummer 3 des § 28 a IfSG, nach der das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken zulässig ist“, „nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre. Die Ausgangsbeschränkungen sind nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG noch einschneidender, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war.

Die Corona-Schutzpolitik der Ampel-Mehrheit in 20. Deutschen Bundestag noch vor der Regierungsübernahme, vor allem die Unterlassung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit den angesprochen Konsequenzen, ist verfassungswidrig. Mit der Unterlassung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite hat der Bundestag einen politischen Akt der Gestaltung der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unternommen, nicht aber realiter „festgestellt“, daß die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht besteht. Wenn jedenfalls vor der 20. Legislaturperiode die epidemische Lage von nationaler Tragweite bestanden hat, dann bestand sie nach der Wahl am 26. September 2021 weiter und mußte demgemäß festgestellt werden. Die epidemische Lage hat sich nach den Erkenntnissen aller Immunologen verbösert. Die Intensivstationen der Krankenhäuser haben mitgeteilt, sie seien überlastet und überfordert. Der Intensivbetreuung dürftige Kranke mußten von Bayern in andere Länder Deutschlands geflogen werden, weil die Kapazitäten in Bayern nicht ausreichten. Die Inzidenzen der Infektionen mit der Delta-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 wuchsen schnell. Jedenfalls hat die Lage sich nicht gebessert. Die Variante Omikron des Virus, nach WHO-Äußerungen sehr bedrohlich, hat auch Deutschland wegen mangelnden Grenzschutzes erreicht. Folglich hätte die epidemische Lage von nationaler Tragweite erneut festgestellt werden müssen, wenn die Feststellung nicht vorher irrig war. Davon war nicht die Rede. Die Feststellung muß ein empirischer Erkenntnisakt sein, den der Bundestag zu treffen hat, durchaus mit fachlichem Einschätzungsspielraum, aber keine Fiktion. Der Bundestag ist um des gemeinen Wohls willen den Tatsachen und dem Recht verpflichtet, nicht etwa den Wählern der Mehrheit oder gar dem politischen Willen zum „Aufbruch“ oder zum „Fortschritt“. Der Bundestag hat den Erkenntnissen der

Wissenschaft zu folgen, also dem Stand der Wissenschaft, nicht den politischen Illusionen. Das hat er erkennbar nicht getan. Seine erste Maßnahme war und ist verfassungswidrig. Wenn der Bundestag in seiner neuen Mehrheit die Corona-Schutzmaßnahmen seiner Willkür unterwirft, gibt er gleich am Beginn seiner Legislaturperiode den Rechtsstaat auf.

Die gleiche Kritik gilt für die Ermächtigungsoptionen des § 28 a IfSG für Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum (Nr. 3), Untersagung oder Beschränkung von Übernachtungsangeboten (Nr. 12), Untersagung oder Beschränkung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen des Gesundheits- oder Sozialwesens (Nr. 15).

Für enge Angehörige von in „Einrichtungen im Sinne von Absatz 1 Nummer 15, wie zum Beispiel Alten- oder Pflegeheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe, Entbindungseinrichtungen oder Krankenhäusern usw. behandelten, gepflegten oder betreuten Personen darf die Untersagung oder Beschränkung nach Nr. 15 freilich nicht zur vollständigen Isolation von einzelnen Personen oder Gruppen führen; ein Mindestmaß an sozialen Kontakten muss gewährleistet bleiben (so BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 - Rn. 7). In Betracht kommt die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33, Hochschulen, außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung oder ähnlichen Einrichtungen (Nr. 16).

b) § 28 a Abs. 7 IfSG

Absatz 7 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 22. November, der wegen des Auslaufens der Feststellungswirkung der epidemische Lage von nationaler Tragweite seit dem 25. November 2021 relevanten Novelle, hat die Ermächtigung der Länder, Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu verordnen, begrenzt. In dem am 22. November 2021 novellierten Absatz 7 des § 28 a IfSG stand die Regelung der Nr. 4 in der Fassung vom 10. Dezember 2021 in Nr. 3. In Absatz 7 waren die Nummern 2 und 6 hinzugekommen. Nr. 8 war ergänzt worden. Außerdem war ein Satz 2 angefügt. Die vollständige Wiedergabe des Absatzes 7 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 22. November 2021 findet sich im Anhang zu 11

„(7) Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind:

1. die Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum, insbesondere in öffentlich zugänglichen Innenräumen,
2. ...

(8) Nach dem Ende einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können die Absätze 1 bis 6 auch angewendet werden, soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt, mit der Maßgabe, dass folgende Schutzmaßnahmen ausgeschlossen sind:

1. die Anordnung von Ausgangsbeschränkungen,
2. ...

Absatz 7 bleibt unberührt. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als aufgehoben, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 die weitere Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt; dies gilt entsprechend, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung der weiteren Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 die weitere Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 erneut feststellt.“

Die Regelung in Nr. 4 des novellierten Absatzes 7 des § 28 a IfSG lautet:

„4. die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in den oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen“ ...

§ 20 a IfSG in der Fassung vom (letzte Änderungen Art. 4 G v. 18.März 2022, Art. 3a G v. 28.Juni 2022) macht engmaschige Vorschriften zu „dem „Impfnachweis gegen Covid-18“:

„(1) Folgende Personen müssen ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein:

1. Personen, die in folgenden Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind:“

Es folgen eine lange Auflistung dieser Personen und deren näheren Verpflichtungen.

Diese Vorschriften können und müssen in dieser Schrift nicht erörtert werden.

Nr. 4 des Absatzes 7 des novellierten § 28 a IfSG ermöglicht als notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG neben der 3 G-Regel auf Grund des Absatz 6 S. 1 des § 28 a IfSG auch die 2 G-Regel, „unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, wie sogleich dargelegt wird.

Der Impfpflicht, die, wenn nicht genesen, aus der 2 G-Regel folgt, kann allenfalls in besonderen Lagen der konkreten oder abstrakten Gefahr (dazu zu V 5) die Verhältnismäßigkeit zugesprochen werden, wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht festgestellt ist, nicht jedoch allgemein.

Der erste Satzteil der Nr. 4 des Absatzes 7 des § 28 a IfSG (Nr. 3 der Fassung des Infektionsschutzgesetzes 18. November 2021) ist kaum verständlich:

„Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs....“ (dazu auch I 1 b)

Die zweite Regelungsbefugnis der Nr. 4 des § 28 a Abs. 7 IfSG kann besagen, daß an die „Vorlage solcher Nachweise“, also Impf-, Genesenen- oder Testnachweise, „Beschränkungen des Zugangs...“ „anknüpfen“ dürfen. Wer also die Nachweise vorlegt, würde danach als notwendige Schutzmaßnahme von den Ländern Beschränkungen des Zugangs zu Betrieben, Gewerben...unterworfen werden können. Diese Verpflichtung zur Beschränkung des Zugangs wäre das Gegenteil von Erleichterungen, die auf Grund der Impfnachweise zugestanden werden dürfen. Sinn einer Erleichterungsregelung im Sinne

des § 28 c IfSG kann nur sein, daß, wer die Nachweise vorlegt, den Beschränkungen des Zugangs nicht oder nicht so wie andere ohne den Nachweis unterworfen werden muß. Die Bestimmung ist eine Begrenzung der Verordnungsermächtigung. Den Ländern wird überlassen, wie sie Beschränkungen des Zugangs regeln, wenn einer der (wenig verlässlichen) Nachweise vorgelegt wird, also Regelungen über Beschränkungen mehr oder weniger grundrechtsbeschränkend treffen, die von der Vorlage des einen oder anderen Nachweises, der eine gewisse Immunität erwarten läßt, abhängig gemacht werden, somit an die „Vorlage solcher Nachweise anknüpfen“. Verkrampfter kann eine Gesetzesbestimmung kaum formuliert werden. Sie weckt Zweifel, ob derartige Unverständlichkeit noch mit dem Bestimmtheitsprinzip eines Rechtsstaates vereinbar ist.

§ 28 a Abs. 1 Nr. 2 a IfSG der Fassung vom 18. November 2021, der durch die Änderungen vom 10. Dezember nicht berührt ist, lautet:

- 1) Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere sein
 1. ...
 2. ...
 - 2a. Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises.
 - 3..., 4... usw.

In dieser Nr. 2 a steht, wie zitiert, „Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises“. Das Wort „eines“ in Verbindung mit dem Wort „oder“ und dem Genitiv der Nachweisformen kann nur bedeuten, daß eine Form des Schutznachweises genügt, also entweder ein Impfnachweis oder ein Genesenenachweis oder ein Testnachweis, so wie das auch praktiziert wird. In Nr. 4 des Absatzes 7 des novellierten § 28 a IfSG steht demgegenüber: „Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise“. Das läßt die Auslegung zu, daß die Nachweise auch kumulativ gefordert werden können, beispielsweise der Impfnachweis und der Testnachweis, der Genesenenachweis und der Testnachweis. Der Impfnachweis und der Genesenenachweis liegen nicht nahe, weil in fast allen Vorschriften sonst der Impf- mit dem Genesenenachweis gleichgestellt, also austauschbar ist. Die Kumulativität der Nachweise des § 28 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a IfSG ermöglichen das Wort „von“, der Plural der Nachweisformen und die Worte „solcher Nachweise“. Sonst hätte stehen müssen: die Vorlage eines der Nachweise, oder: eines solcher Nachweise. Noch klarer wäre gewesen: Die Vorlage eines Impfnachweises oder eines Genesenenachweises, jeweils mit oder ohne Testnachweis. In der Praxis wird aus der Formulierung die Ermöglichung der 2 G-Regel gefolgert. Der Wortlaut ist keinesfalls zwingend, aber vertretbar. Für die Möglichkeit, die Schutzmaßnahmen kumulativ anzuordnen, spricht jedoch Absatz 6 S. 1 des § 28 a IfSG:

„Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und nach den §§ 29 bis 31 können auch kumulativ angeordnet werden, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist.“ (so auch BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 209)

Freilich muss die kumulative Anordnung erforderlich sein. Das muss gemäß dem rechtsstaatlichen, zumal grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip im Einzelfall geprüft werden. In der Praxis wird die jeweilige Erforderlichkeit nicht festgestellt, sondern die Anordnung für bestimmte infektionsnahelegende Lagen für nicht festgelegte Zeit und für alle Personen angeordnet, die in die jeweilige Lage kommen. Die lagegerechte Anordnung kumulativer Anordnung der Schutzmaßnahmen ist, wenn überhaupt, schwer zu praktizieren.

An die Vorlage „solcher Nachweise“, also entweder einer oder zwei oder drei der aufgeführten drei Nachweise, kann für Beschränkungen des Zugangs in Betriebe usw. angeknüpft werden. Die 2 G-Regel bedeutet, daß der Zugang nur den gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 Geimpften oder den von Erkrankung an dem Virus Genesenen gewährt wird. Nach der Regelung der Nr. 4 des Absatzes 7 des novellierten § 28 a IfSG kann der Zugang auch abgesehen von dem Genesenennachweis von dem Impfnachweis und außerdem dem Testnachweis abhängig gemacht werden (2 G a-Regel, jetzt meist 2 G Plus-Regel genannt). Freilich kommt auch in Frage, daß, wie bisher meist, nur ein Testnachweis für den Zugang genügt.

Für eine eher die Alternativität der Nachweisformen ermöglichende, aber keineswegs die Regelung des Nr. 2 a des § 28 a Abs. 1 S. 1 IfSG klärende Auslegung, spricht die Begründung der Änderung des § 28 a Abs. 7 Nr. 3 IfSG, die am 17./18. November 2021 von Bundestag und Bundesrat beschlossen worden ist (in der Fassung vom 10. Dezember 2021 Nr. 4):

„Zu Nummer 3

Nach Nummer 3 kann in den oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen eine Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises und eine daran anknüpfende Beschränkung des Zugangs angeordnet werden. Es ist ebenfalls die Vorgabe möglich, dass ausschließlich ein Impf- oder Genesenennachweis vorzulegen ist. Die Art und Weise des Testnachweises ist bundesgesetzlich nicht vorgegeben, d. h. auch die Pflicht zur Vorlage etwa eines PCR- statt eines Schnelltestes kann angeordnet werden. Dazu gehören u. a. Betriebe, Einrichtungen oder Angebote mit Publikumsverkehr, Freizeitveranstaltungen, Betriebe und Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung zuzurechnen sind, Kultureinrichtungen, Sportveranstaltungen und Einrichtungen, in denen Sport ausgeübt wird, Versammlungen und andere Zusammenkünfte, touristische Reisen, Übernachtungsangebote, gastronomische Einrichtungen, Einzel- und Großhandel, Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens sowie Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung oder ähnliche Einrichtungen. Diese Einrichtungen, Betriebe und Settings haben gemeinsam, dass es dort zu größeren Menschenansammlungen mit z. T. viel Fluktuation kommen kann, wodurch die Gefahr eines Ausbruches erheblich steigt. Bei geimpften, genesenen und getesteten Personen ist das Risiko, dass diese Personen das Virus eintragen könnten und neue Infektionsketten dadurch entstehen könnten, erheblich reduziert. Daher ist es aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt, in bestimmten Situationen den Zugang zu bestimmten Angeboten von der Vorlage entsprechender Nachweise abhängig zu machen.“

Insbesondere die Begründung: „Es ist ebenfalls die Vorgabe möglich, dass ausschließlich ein Impf- oder Genesenennachweis vorzulegen ist“, stellt klar, daß die Nachweismöglichkeiten nebeneinander bestehen können, aber ist kein Argument gegen die Relevanz des Absatz 5 S. 1 des § 28 a IfSG, der

die Kumulativität der Nachweise anzuordnen erlaubt, „soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist“.

III Gefahr

1. Gefahrbegriffe

Für die Rechtslage der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind unterschiedliche Gefahrbegriffe zu bedenken. Der Gefahrbegriff ist für die Rechtslage wesentlich und jeder der Begriffe kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Zu unterscheiden sind die Gefahrbegriffe des Polizeirechts von dem Gefahrbegriff, den das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Infektionsschutzrecht der Sache nach anwendet, obwohl weder das Infektionsschutzgesetz noch das Bundesverfassungsgericht diesen Begriff genannt haben, den Begriff der epidemischen Infektionsgefahr. Für den Begriff Polizeigefahr im Infektionsschutz spricht durchgehend, daß die einschlägigen Texte das übliche Wort „Gefahr“ für dies Infektionsabwehrvorschriften benutzen. Für den Begriff epidemische Infektionsgefahr spricht die Schutzaufgabe, wie diese im Infektionsschutzgesetz zum Ausdruck kommt.

Der herkömmliche Gefahrenbegriff des Polizeirechts ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Dieser Begriff ist auch der Gefahrenbegriff des Berliner Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung:

„Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz - ASOG Bln)

§ 1 ASOG Bln – Aufgaben der Ordnungsbehörden und der Polizei

- (1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr). Sie haben im Rahmen dieser Aufgabe auch die erforderlichen Vorbereitungen für die Hilfeleistung und das Handeln in Gefahrenfällen zu treffen.
- (2) Die Ordnungsbehörden und die Polizei haben ferner die Aufgaben zu erfüllen, die ihnen durch andere Rechtsvorschriften übertragen sind.
- (3) Die Polizei hat im Rahmen der Gefahrenabwehr auch Straftaten zu verhüten sowie für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten).
- (4) Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde.
- (5) Die Polizei leistet anderen Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen Vollzugshilfe. (§§ 52 ff. bis 54).“

Eine Polizeigefahr ist nach Jahrhunderte alter Rechtsprechung die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Preuß. OVG, OVG 77, 333 [338]; 77, 341 (345); 81, 301 (310); BVerwGE 28, 310 (315); 45, 51 (57); BVerwG DÖV 1970, 713 (714 f.); BVerwG Urteil vom 28. Juni 2004, BVerwG 6 C 21.03, „klassischer“, „überlieferter“ Gefahrbegriff des Polizeirechts; st. Rspr.; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auf. 1995, Rnrn.

140 ff., S. 59 ff.; J. Schwabe, Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen: in: I. von Münch/P. Selmer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 419 ff. 426 ff.; K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Herausgeber), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage, 1995, S. 101 ff., Rdnr. 33 ff., 44 ff., S. 118 ff., 125 ff.; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel. in: Jochum/Fritzemeyer/Kau (Hrsg.), Grenz-überschreitendes Recht-Crossing Frontiers, Festschrift für Kay Hailbronner, 2013, S. 737 f.); zu den vielfältigen Differenzierungen der Gefahr K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik im Atom- und Immissionsschutzrecht“, in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 81 ff., 87 ff. mit Fn. 16, S. 94 f., mit Fn. 30 zum Wahrscheinlichkeitsbegriff). Auf das Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadens wird im Begriff der epidemischen Infektionsgefahr verzichtet.

Als Polizeigefahr wird auch jede Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf erkennbar zu einem Schaden als der Minderung eines tatsächlichen Bestandes an rechtlich geschützten Lebensgütern durch äußere Einflüsse führen würde (vgl. Preuß. OVG, OVGE 77, 333 [338]; BVerwGE 45, 51 (57)) oder, besser könnte, definiert. Diese Definition enthält nicht ausdrücklich den Begriff der Wahrscheinlichkeit. Aber dieses Kriterium des polizeilichen Gefahrenbegriffs ist als „erkennbar ungehinderter Ablauf zu einem Schaden“ erfaßt. Wahrscheinlichkeit ist nicht Wirklichkeit. Wenn die Gefahrenabwehr auf einem Irrtum über die tatsächliche Lage beruht, ist die Abwehr der vermeintlichen Gefahr nicht rechtswidrig. Die Pflicht zur Abwehr des Schadens kann wegen eines solchen Irrtums nicht in Frage gestellt werden. In den umgekehrten Fällen wären die Lebensgüter, gegebenenfalls auch das Leben, schlecht geschützt. Demgemäß ist die klassische Definition bestmöglich.

Die konkrete Gefahr ist die individualisierte hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die abstrakte Gefahr ist die noch nicht individualisierte, also noch nicht konkrete Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die in einer bestimmten Lage nach der Erfahrung zu werden pflegt. Diese konkrete und abstrakte Polizeigefahr werden zu 5 näher erörtert werden.

Die Polizei hat damit im Wesentlichen die Aufgabe, Rechtsbrüche abzuwehren, auch im privaten Bereich, in diesem aber nur nach Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips, wenn Schutz vor privatem Schaden zivilrechtlich und zivilprozessual nicht zu erreichen ist (dazu V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auf. 1995, Rn. 94 bis 96, S. 43 f.). § 1 Abs. 4 ASOG Berlin ist soeben wiedergegeben.

Die Polizei schützt vornehmlich elementare Güter der Menschen vor Schaden. Sie hat auch Straftaten zu verhüten und als ‚Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft‘ Straftaten zu verfolgen.

Die epidemische Infektionsgefahr ist die Möglichkeit einer Infektion und wegen der Infektion die Möglichkeit eines Schadens, nämlich der Erkrankung an dem Krankheitserreger oder der Tod infolge der Erkrankung, aber nicht deren Wahrscheinlichkeit. Das Coronavirus SARS-CoV-2 ist der Krankheitserreger. Die Infektion wird in der Praxis schon als Krankheit an dem Coronavirus SARS-CoV-2 gesehen. Die Infektionsgefahr ist genauso wenig wie die konkrete Gefahr oder die abstrakte Gefahr der

Schaden, der verhindert werden soll. Das Virus abzuwehren ist das Mittel, den Schaden zu verhindern, Krankheit und Tod.

Die Gefahrbegriffe benenne und definiere ich wie folgt:

Den Begriff der Gefahr im polizeirechtlichen Sinne nenne ich vielfach der Einfachheit halber Polizeigefahr. Wenn eine Gefahr im weiten Sinne des üblichen Sprachgebrauchs angesprochen wird, wie ihn das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrrn. 170 ff. zur Abwehr der Infektionen, der Krankheiten und des Todes mit bzw. durch das Coronavirus SARS-CoV-2 wie auch im Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrrn. 161 ff. und in weiteren Judikaten zum Infektionsschutzordnung benutzt, spreche ich von epidemischer Infektionsgefahr oder schlicht von Infektionsgefahr, die zu 6 näher erörtert wird. Der Begriff Infektionsgefahr impliziert keine Gefahr im Sinne des Polizeirechts, sondern läßt im Gegensatz zur Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit des Schadens, sprich die Möglichkeit der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 und des Todes durch das Virus, genügen. Die Gefahr für das Gesundheitssystem allerdings, die das Bundesverfassungsgericht in seine Rechtserkenntnisse einbezieht, operationalisiert beide Begriffe und findet nicht zur Klarheit. Von Infektionsgefahr sollte im Falle der Epidemie oder auch der Pandemie gesprochen werden, wenn für jedermann durch die Infizierung mit einem Virus, sei es durch Menschen, Tiere oder sonstwie, zu erkranken oder zu sterben die Möglichkeit besteht, ohne daß Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen von konkreten oder abstrakten Gefahren im Sinne des Polizeirechts abhängig gemacht werden. So kann der Gefahrbegriff im Infektionsschutzgesetz teleologisch verstanden werden und so wird er vom Bundesverfassungsgericht verstanden. Die Anwendung dieses Gefahrbegriffs stößt allerdings auf erhebliche verfassungsrechtliche, zumal grundrechtliche Bedenken.

Wenn wegen einer Infektionsgefahr Schutzmaßnahmen durch Gesetz oder Verordnung vorgeschrieben sind, ist die Mißachtung dieser Vorschriften als solche ein Schaden für die Sicherheit und Ordnung. Die Sicherheit und Ordnung ist die allgemeine Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens in einem Staat, sei es im Bereich des Privaten oder des Staates (V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 1955, S. 42 ff., 42 ff.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 354). Wenn ein Schaden an der Sicherheit und Ordnung wahrscheinlich ist, besteht eine Polizeigefahr, nicht lediglich eine Infektionsgefahr, wie sie das Infektionsschutzgesetz um der Verhinderung von Krankheit und Tod willen zu unterbinden aufgibt. Die Polizeigefahr abzuwehren ist Aufgabe der allgemeinen Polizei, im weiteren Sinne Aufgabe aller Behörden, die der Sicherheit und Ordnung dienen, die also die Gesetze für Sicherheit und Ordnung zu vollziehen haben (zu gefahrenabwehrrechtlichen Begriffen mit umfangreichen Nachweisen K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: W. Thieme (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S. 81 ff.).

2. Gefahrenlage

a) Ermittlungsunsicherheit der Corona-Gefahren

Die Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind im Vergleich zu anderen ansteckenden Krankheiten, wie der Grippe, nicht häufiger, eher seltener, wie die Inzidenzen, die bekanntlich auch

nicht hinreichend genau ermittelt werden, zeigen. Die jährlichen Grippewellen haben eher mehr als weniger Tote zur Folge, als durch die Infektion mit dem Coronavirus zu beklagen sind, zumal des Virus in der Omikron-Variante. Gegen die jährlichen Grippewellen sind noch nie Abwehrmaßnahmen wie gegen das Coronavirus getroffen worden. Für den Impfschutz gegen Grippe war und ist jeder selbstverantwortlich. Die alle Menschen im Lande erfassende Annahme oder Vermutung, sie seien durch die Möglichkeit einer Infektion an dem Coronavirus SARS-CoV-2 und damit der Möglichkeit der Infizierung anderer Menschen eine Gefahr für andere Menschen und letztlich für die ganze Menschheit, ist nicht tragfähig, um grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen des Staates wegen einer vermeintlichen abstrakten Gefahr rechtfertigen zu können, wenn der herkömmliche polizeirechtliche Begriff der Gefahr (dazu zu 5) zugrundegelegt wird.

Der besondere Begriff der epidemischen Infektionsgefahr (dazu zu 6) vermag allenfalls die Schutzmaßnahmen mittels einer Schutzpflichtdogmatik (dazu zu IV 1) gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vor den Grundrechten des Grundgesetzes zu rechtfertigen. Auch als Notstandsbegriff ist der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr als Voraussetzung von Maßnahmen zur Bewältigung eines Infektionsnotstandes sachgerecht. Er setzt dann eine Notstandsverfassung voraus (dazu zu IX). Die Gebote und Verbote der Schutzmaßnahmenvorschriften für alle Menschen im Lande sind nur rechters, wenn es möglich ist, das Coronavirus SARS-CoV-2 weiterzugeben, also die allgemeine Möglichkeit, andere Menschen mit dem Virus zu infizieren, an dem die infizierten Menschen erkranken oder sterben und zudem mit dem Virus weitere Menschen infizieren können. Schließlich kann die Infektion des ganzen Landes und darüber hinaus von Menschen in weiteren Ländern herbeigeführt werden.

Das Coronavirus SARS-CoV-2 ist, wie gesagt, in Deutschland keine allgemeine Gefahr im Sinne des herkömmlichen und gebräuchlichen Begriffs der Gefahr für die Gesundheit und das Leben der Bevölkerung, auch nicht für das Gesundheitssystem. Ohne einen Feststellungsbeschluss des Deutschen Bundestages gibt es wegen des Coronavirus SARS-CoV-2 keine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“, wie sie auf Grund des § 5 Abs. 1 IfSG der Bundestag am 25. März 2020 „festgestellt“ und am 18. November 2020, am 4. März 2021, am 11. Juni 2021 und am 10. September 2021 fortzubestehen beschlossen hatte. Die Feststellung der „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ ist am 25. November 2021 unwirksam geworden. Sie wurde vom Bundestag in dessen neuen Mehrheit nach der Bundestagswahl vom 26. September 2021 nicht erneuert. obwohl die ‚Notlage‘ in Deutschland, nach Erkenntnissen der Immunologen wegen der Delta-Variante des Coronavirus nie größer war. Ein erhebliches Maß an Unsachlichkeit, sprich Willkür, kann diese Maßnahmenpolitik gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht verbergen. Inzwischen beginnt bereits die fünfte Welle durch die Omikron-Variante des Virus. Immunologen erwarten weitere Wellen der Pandemie mit neuen Mutanten und rechnen mit einer Dauer der Pandemie von 10 Jahren oder auch länger. Noch kein Staat hat es geschafft, zumal nicht China mit rigorosen Maßnahmen, das Virus in seinem Land auszumerzen. Auch Impfungen gegen das Virus haben das, jedenfalls bisher (dazu zu b und zu VII 5) nicht bewirkt. Es ist zu hoffen, daß gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ein wirksames Medikament entwickelt wird.

Bis zum Herbst 2021 waren die im Sommer gesunkene Zahl der Covid-19-Fälle und die mit den Infektionen mit dem Virus verbundenen Erkrankungen und Todesfälle in Deutschland zurückgegangen. Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 wurden spürbar gelockert. Allerdings stand auch die Bundestagswahl ins Haus. Es hätte eine solche recht günstige Infektionslage ohne die

staatlichen Gebote und Verbote zur Eindämmung der ‚Gefahren‘ durch die Infizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wohl nicht gegeben. Seit dem Herbst 2021 waren die Infektionen und Erkrankungen wieder stark gestiegen, diesmal mit der Delta-Variante. Im Sommer und Herbst und Winter hat sich dieses Pandemiegeschehen mit der Omikron-Variante in ähnlicher Weise wiederholt. Diese Variante hat zu außerordentlich hohen Inzidenzen geführt. Aber die Hospitalisierungen waren und sind gesunken. Die Erkrankungen sind meist weniger schwer. Dennoch gab und gibt es Erkrankungen, die der Intensivpflege bedürfen, und auch Todesfälle. Im ungewöhnlich heißen Sommer des Jahrs 2022 waren zwar die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in der Omikron-Variante sehr hoch. Die Schutzmaßnahmen sind dennoch erheblich gelockert worden. Sie sind vor allem auf den Schutz gegen besondere Infektionsgefahren in bestimmten Einrichtungen wie Krankenhäuser und Pflegeheimen zum Schutz der vulnerablen Gruppen und bestimmte Unternehmungen, wie etwa in Berlin dem öffentlichen Personennahverkehr, auf Mund-Nasen-Schutz beschränkt worden.

Der wirkliche Grund des Todes, der auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zurückgeführt wird, ist selten bekannt, weil nur wenige der verstorbenen Personen obduziert wurden. Oft, keineswegs immer, haben die vermeintlich an dem Virus verstorbenen Menschen Vorerkrankungen oder Schwächen des Alters. Man spricht von Todesfällen „an“ oder „mit“ oder „im Zusammenhang mit“ Corona. Es wird auf Grund von Zahlen der Gesundheitsministerien der Länder (Recherche von Filipp Piatov bei BILD Live vom 18. Januar 2022) berichtet, daß von den Corona Toten vom Dezember 2021 bis Mitte Januar 2022 in Rheinland-Pfalz 83%, in Bayern 84 %, in Sachsen-Anhalt 64% der ‚Corona-Toten‘ nicht an dem Coronavirus SARS-CoV-2 gestorben seien, sondern aus anderen, zum Teil nicht bekannten Gründen, aber mit dem Virus. Die Motive für die fehlerhaften Berichte der Zahlen in den Medien trotz Verfügbarkeit richtiger Zahlen sind undurchsichtig. Die verbreiteten Zahlen der an dem Coronavirus gestorbenen Menschen sind somit wenig gewiß. Diese und auch andere Zahlen wie die noch viel weniger seriösen Zahlen der Corona-Inzidenzen sind allenfalls geeignet, Grundrechtseingriffe wegen einer Infektionsgefahr im definierten Sinne zu rechtfertigen, weil die Zahlen keine zur Abwehr berechtigenden Polizeigefahren begründen. Ohne hinreichende Wahrscheinlichkeit von Schäden, also Krankheiten oder gar Tod, besteht keine Polizeigefahr, die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu rechtfertigen vermag. Die Infektion mit dem Virus, die nicht erkannt und nicht durch Symptome der Erkrankung erkennbar ist, ist keine Polizeigefahr. Niemand kann verpflichtet sein, die Infektion, auf die nichts hinweist, abzuwehren, weil er im polizeilichen Sinne Störer ist. Ein Schaden an Leben und Gesundheit ist nicht wahrscheinlich. Die epidemische Infektionsgefahr kann freilich bestehen, aber sie muß eine Notstandslage sein, die nur auf Grund einer Notstandsverfassung bekämpft werden darf.

Eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne kann jedoch bestehen, wenn die Regelungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2, soweit diese rechtmäßig sind, mißachtet werden, weil die Verletzung der Regeln die Sicherheit des Landes verletzt. Sicherheit ist die Achtung des Rechts.

b) Unsicherheit der Schutzwirkung der Impfungen

Die Immunologen beurteilen die Gefahrenlage medizinisch unterschiedlich. Die zweifache Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, 2021, nach Erklärungen des RKI und weiterer staatlicher Behörden von etwa 80 % der deutschen Bevölkerung (Stand 5. Oktober 2021 bis zu 80%, am 26.

Dezember 2021 allerdings erst 73, 8 %, am 14. Januar 2022 74, 9 % einmal, 72, 5 % zweifach, 46 % dreifach geimpft), sollte der Erwartung nach die ‚Gefahr‘ der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 verringert haben. Deswegen sind die durch § 28 c IfSG ermöglichten „Erleichterungen“ von den Geboten und Verboten zur Eindämmung der Infektionen mit dem Virus nach grundimmunisierender Impfung erfolgt. Augenscheinlich wurde diese ‚Gefahr‘ von der Bundesregierung und den Landesregierungen nach grundimmunisierender Impfung wie auch nach Genesung nicht mehr als „ernsthaft“ eingestuft. In den Stadtteilen Berlins, jedenfalls denen, die außerhalb des S-Bahnringes liegen, gab es nur noch wenige Krankheits- und so gut wie keine Todesfälle wegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.

Heute ist unbestritten, daß die grundimmunisierende, sogenannte vollständige Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 weder die passive Infektion relevant einschränkt, noch die aktive Infektion mit dem Virus (dazu zu VII 5). Es wird stetig behauptet, daß nach der grundimmunisierenden Impfung die Erkrankung an dem Virus weniger schwer verläuft und so gut wie keine Todesfälle wegen der Erkrankung an dem Virus gibt. Die Hoffnung, daß diese Behauptung stimmt, ist groß, die Wahrscheinlichkeit gering. Das ZDF hat am 13. Januar 2022 in der Sendung Panorama berichtet, daß nach einer neuen Statistik von DIVI und RKI etwa zwei Drittel der Intensiv-Patienten nicht geimpft, also ein Drittel grundimmunisiert oder sogar dreimal geimpft seien.

Die Schutzwirkung der Impfung soll weniger lange als erwartet und keineswegs sechs Monate, wie lange von einigen Parteipolitikern behauptet, anhalten. Gut drei Monate nach der zweiten Impfung soll die Wirkung der beiden Impfungen geschwunden sein und die betroffenen Personen sollten deswegen als ungeimpft eingestuft werden. Grundimmunisiert sind im November 2022 76, 3 % der Bevölkerung in Deutschland. Auffrischimpfungen (Dritte oder Vierte Impfung, sog. Boosterimpfung; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 174 f., 177 ff., 200, Rn. 239, Schutzdauer nicht hinreichend erforscht) war im November 2022 an 62,4 % der Menschen in Deutschland vollzogen. Vier Impfungen haben bis zum November 2022 13, 3 % der Menschen in Deutschland erhalten (RKI. Impfdashboard.de Stand: 18. November 2022). Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022:

„Zwei aktuelle Studien der Centers for Disease Control and Prevention (eine Behörde des US-amerikanischen Gesundheitsministeriums, Anm. d. Red.) haben noch einmal belegt, dass die Boosterung der Risikogruppen viel wichtiger ist als wahllose Drittimpfungen in allen Altersschichten.“

Die vierte Welle der ‚Pandemie‘ mit der Delta-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 hat in Deutschland die Bedrohungslage durch das Virus wieder geändert. Die fünfte Welle mit der Variante Omikron ist hochinfektiös. Die Erkrankungen an dieser Variante des Virus sollen leichter verlaufen. Todesfälle gibt es dennoch, aber weniger, jedenfalls geringere Inanspruchnahme der Intensivstationen.

Sorgen bereitet vor allem der Mangel an geeigneten Pflegekräften in den Krankenhäusern, so daß deren sonstigen Kapazitäten nicht ausgeschöpft werden können. Grund ist das völlige Versagen der sogenannten Bildungs-, besser Ausbildungspolitik in Deutschland, in dem nicht darauf geachtet wurde und wird, daß die Ausbildung notweniger Fachkräfte gefördert wird. Die übermäßige Vermittlung der Hochschulreife, zunehmend entgegen der Studierfähigkeit der ‚Abiturienten‘, schadet auch der

Vorsorge Deutschlands für die Bewältigung der für das Gemeinwesen unausweichlichen Aufgaben durch die dafür notwendigen Befähigungen, freilich auch die unzureichende Entlohnung der Arbeitnehmer im Pflegedienst.

Selbst wenn eine epidemische Lage von nationaler Tragweite vom Bundestag nach den Kriterien des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG festgestellt ist, sind Maßnahmen des Bundes und der Länder gegen die Infektionen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 allenfalls in besonderen Einrichtungen und Unternehmungen mit großer Infektionsgefahr insbesondere für vulnerable Gruppen gerechtfertigt, nicht aber die ganze Bevölkerung belastende Grundrechtseinschränkungen, erst recht nicht eine Impfpflicht.

c) „Ernsthafte Gefahren“ als Voraussetzung der Schutzmaßnahmen

aa) Infektionsmöglichkeit keine Gefahr

Die „Gefahr“ durch das Coronavirus SARS-CoV-2 ist die Voraussetzung der Schutzmaßnahmen gegen das Virus. Das erweist § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG, der die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ als „eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ definiert. Der Anfang der Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG lautet:

„Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil 1...,2...“

Es kommt für die Rechtslage der Schutzmaßnahmen darauf an, welcher Gefahrbegriff dieser Definition zugrunde gelegt wird, der der Polizeigefahr oder der der epidemischen Infektionsgefahr (dazu zu 5 und zu 6, auch zu II 3, VII 6 und IX). Das Infektionsschutzgesetz hat das, wie zu 1 angesprochen, nicht klargestellt.

Die allseitige Infektionsmöglichkeit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist keine Gefahr im Sinne der klassischen Gefahrbegriffe. Sie erlaubt es nicht, jedermann als Polizeigefahr für andere einzustufen. Der in Pflicht genommene Mensch muß aber kein Störer im Sinne des Polizeirechts sein, wenn und weil der Staat wegen der epidemischen Infektionsgefahr ein Schutzmaßnahmengesetz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unabhängig von dem Polizeirecht geben kann und darf, wie er das mit dem Infektionsschutzgesetz getan hat. Das gebietet der Rechtsstaat wegen der allgemeinen Infektionsmöglichkeit, die zurückgedrängt werden muß, um Leben und Gesundheit der Menschen im Lande zu schützen. Dieser Schutz ist Zweck, Aufgabe und Pflicht des Staates (dazu zu IV 1 c). Es kommt, um das zu wiederholen, nicht darauf an, ob die zu Schutzmaßnahmen verpflichtete Person eine Infektion erkennen oder auch nur vermuten läßt. Es liegt in der Natur der Pandemie oder Epidemie, daß der polizeirechtliche Gefahrenbegriff ungeeignet ist, eine pandemische oder epidemische Infektionsgefahr zu bewältigen, gerade weil niemand weiß, wer infiziert ist und andere infizieren kann, meist nicht einmal die infizierte Person selbst. Aber die Notmaßnahmen für den Ausnahmezustand der Pandemie setzten eine Notstandsverfassung voraus (dazu zu IX 1).

bb) Schutzmaßnahmen ‚ernste‘ Gefahr für das Gemeinwesen

Die Gefahr muß nach § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG „ernsthaft“ sein. Die staatlichen Schutzmaßnahmen beeinträchtigen das gesamte Leben im Gemeinwesen. Der weitgehende Stillstand der Arbeit (lock down)

beeinträchtigt die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung, die Finanzierung der Unternehmen und die Steuereinnahmen des Staates, der u. a. in etwa mit der Hälfte seines Haushalts (2020 gut 360 Mrd. Euro) Sozialleistungen (2020: Soziales etwa 180 Mrd. Euro, bis 2023 etwa 200 Mrd. Euro erwartet) zu finanzieren hat. Die ideologisch fehlgeleitete Energiepolitik mindert zusätzlich die Effizienz der Wirtschaft. Die vermutete allgemeine Gefahr führt nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung zu einem Schaden, nämlich zur Erkrankung oder für einen noch geringeren Teil zum Krankenhausaufenthalt oder sogar zum Tode. Jeder Tod eines Menschen, der hätte vermieden werden können, ist zu beklagen. Aber viele Todesfälle haben wesentlich andere, oft vermeidbare Ursachen.

Wenn der Staat durch gesetzlich vorgeschriebene Schutzmaßnahmen eine vermeintlich landesweite allgemeine Gefahr abzuwehren bemüht ist, ist das in jedem Einzelfall ein erheblicher Eingriff des Staates in die Grundrechte und ein schwerer Eingriff wegen der alle Menschen im Lande verpflichtenden Gebote und Verbote. Das allgemeine Leben des Landes wird weitgehend stillgestellt. Nicht nur die jeweils einschlägigen Grundrechte des einzelnen zu Schutzmaßnahmen verpflichteten Menschen werden eingeschränkt, sondern die durch die Grundrechte des Rechtsstaates geprägte freiheitliche Ordnung des Gemeinwesens wird ängstlich gegängelt. Das setzt voraus, daß eine Verfassungslage besteht, die alle Menschen Deutschlands verpflichtet, der allgemeinen „ernsthaften Gefahr“ abzuhelfen, indem die staatlichen Gebote und Verbote zum Schutz vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 eingehalten werden. Das verlangt nach einer Notstandsverfassung (dazu zu IX).

d) Erkrankungen und Todesfälle durch das Coronavirus

Es wurden seit Beginn der Corona-Infektionen 2020 in Deutschland etwa 133.000 Tote (16. April 2022) im Zusammenhang mit einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gezählt. In einer großen Zahl von Todesfällen in Deutschland ist die Ursache der gesundheitlichen Schwächen mangelnde Sorge von Menschen für ihre Gesundheit. Hoch verbreitet ist, nicht übertragbar, Adipositas vor allem durch Überernährung, Fehlernährung sowie Bewegungsmangel; RKI Journal of Health Monitoring · 2017 2(2), abgefragt am 16. März 2023: 18,1 % der Bevölkerung in Deutschland (BMI 30, kg/m² und mehr), Übergewicht über 25 kg/m² plus Adipositas, Männer 43,3 %, Frauen 28,8 %. Im Jahr 2017 entfielen in Deutschland rund 10,9 Prozent der Todesfälle auf Folgeerkrankungen von Fettleibigkeit (Statista). In Deutschland gestorben sind in diesem Jahr knapp 1.000.000 Männer, Frauen und Kinder. Folglich sind auf Adipositas etwa 110.000 Todesfälle zurückzuführen. Das entspricht nahezu der Zahl der durch das oder mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gestorbenen Menschen seit dem Ausbruch dieser Krankheit in Deutschland am Jahresbeginn 2020, nämlich laut RKI 108.352 (Stand 15. Oktober 2021), 115.000 (Stand 13. Januar 2022). Es waren somit pro Jahr mehr als doppelt soviel Todesfälle durch Adipositas als durch das Coronavirus SARS-CoV-2 zu beklagen. Auch die multiresistenten Krankenhauskeime, derentwegen die Gesundheit vieler Menschen vielfach schwer, oft dauerhaft geschädigt wird und viele Menschen auch sterben, könnten und müßten etwa durch mehr Hygiene und Säuberung der Krankenhäuser wirksam bekämpft werden, wie das in anderen Ländern, etwa den Niederlanden, erfolgreich geschieht, jedenfalls geschehen ist. Die Zahl der Todesfälle durch Infizierung mit MRE, insbesondere MRSA, ist unnötig hoch. Sanierung der Krankenhäuser würde zwar viel Geld kosten, aber eher weniger als die Krankenhauskosten der Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2, insbesondere die Folgekosten der Infektionsschutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-

CoV-2, ohne daß die Bevölkerung mit diktatorischen Maßnahmen an ihrer freien Entfaltung der Persönlichkeit behindert würde. Das Wort diktatorisch ist nicht zu verwechseln mit despotisch, wie es regelmäßig geschieht, sondern im Sinne der römischen Diktatur als Einrichtung der res publica für Fälle einer Notlage (dazu zu IX).

Jeder Mensch ist gehalten, sein Leben und seine Gesundheit selbst zu schützen, insbesondere durch Vorsichtsmaßnahmen. Die meisten Menschen machen das mehr oder weniger aus sich heraus um ihrer selbst willen. Hätte der Staat eine allgemeine Schutzpflicht für die Menschen vor deren gesundheitswidrigen oder gar lebenswidrigen Lebensweise und wollte er diese beachten, müßte er den Mißbrauch von Zigaretten, von Alkohol, von Drogen und Rauschgift, aber auch von Risiko-Sport, usw. unterbinden (ganz so A. Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022), auch den übermäßigen Verzehr von Nahrungsmitteln, Zucker (schon die Kleinkinder werden an diesen im Übermaß gewöhnt), Fett, Fleisch usw. Er würde anstreben, daß die Menschen sich so ernähren, wie es ihrem Leben und ihrer Gesundheit zuträglich ist. Aber damit würde der Staat den Menschen die letzte Selbstverantwortung streitig machen, wie durch den grünen Veggie Day der Verbotspartei. Adipositas ist eine Volkskrankheit, deren Grund fast immer Mangel an Ernährungsdisziplin ist. Der übermäßige Zuckerverbrauch bereichert die Zuckerindustrie, schadet aber der Gesundheit. Er führt insbesondere zu Diabetis. Aber zu deren Bekämpfung ist noch keine diktatorische Ordnung geschaffen worden. Ich bin weit davon entfernt, eine solche Ordnung zu empfehlen.

Der Staat hat als soziale Vorsorge ein leistungsfähiges Gesundheitssystem vorzuhalten, in dem erkrankte Menschen behandelt werden können. Wenn überhaupt, sind verpflichtende Abwehrmaßnahmen gegen Gefahren durch das Coronavirus SARS-CoV-2 nur gerechtfertigt, um gefährdete Menschen vor dem Virus zu schützen. Das aber vermag jedenfalls die Impfung gegen das Virus nicht zu leisten, wie zu VII 5 näher dargelegt wird.

Die epidemische Besonderheit der Infektionskrankheit Coronavirus SARS-CoV-2 ist jedenfalls in Deutschland, daß Regierungen und Medien verbreitet haben, jeder könne infiziert werden und jeder werde infiziert werden. Die Angst vor der Corona-Krankheit und dem vorzeitigen Tod an dieser Krankheit wurde kräftig geschürt. Das hatte und hat erhebliche Auswirkungen auf die Politik und somit auf die Intensität der von Bund und Ländern vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen. Nur vergleichsweise wenige Menschen werden aber, wie gesagt, von der Corona-Krankheit betroffen, noch weniger sterben daran. Nur für wenige Menschen verwirklicht sich somit die hohe Infektiosität des Coronavirus SARS-CoV-2, auch dessen Variante Omikron als Schaden für ihre Gesundheit oder ihr Leben. Das RKI hat bis zum 21. Februar 2021 insgesamt 2.386.559, bis zum 14. April 2022 23.182.447 Fallzahlen von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ermittelt. 67.841 sind bis zum 21. Februar 2021, 132.688 sind bis zum 14. April 2022 an oder mit der Infektion gestorben. Das sind deutlich weniger als 1%. Zu berücksichtigen ist, daß nicht alle Infektionen bekannt werden, schon weil die Infektionen von vielen Menschen nicht bemerkt werden und keine Veranlassung zu einem Test auf die Infektion geben. Freilich ist die gemeldete Fallzahl wegen falscher Testergebnisse, aber auch wegen betrügerischer Meldungen (in etwa 1.000 Strafverfahren, April 2022, Betrugsvolumen weit mehr als eine Millionen Euro) mehr als ungewiß. Weiterhin ist nicht bekannt, ob die Todesfälle auf die Infektion mit dem Virus zurückzuführen sind. Von den Patienten in der Intensivpflege wegen der Erkrankung an

dem Corona-Virus versterben nach einem ZDF-Bericht von Nils Metzger vom 21. Dezember 2020, etwa 50 %. Die letztere Zahl wurde stetig wiederholt und wird auch gegenwärtig bestätigt. Eine allgemeine Möglichkeit von Gefahren im herkömmlichen polizeirechtlichen Sinne, die sich begrifflich in konkreten Schäden verwirklichen kann, besteht nicht. Nicht in allen allgemeinen Lebenslagen sind im großen Umfang konkrete oder abstrakte Polizeigefahren wahrscheinlich, die polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahmen des Staates rechtfertigen würden. Die Möglichkeit eines Schadens ist keine Wahrscheinlichkeit des Schadens, wie sie der polizeiliche Gefahrbegriff verlangt (dazu 2 bis 6, auch 7). Die Schutzmaßnahmen gegen die Infektionsmöglichkeit mit ihren aufgeführten Folgen können jedenfalls nur auf der dogmatischen Grundlage der epidemischen Infektionsgefahr gerechtfertigt werden, die eine Notstandsverfassung voraussetzt (dazu zu IX). Angemerkt sei auch, daß die Incidenzen derzeit (später Sommer und Herbst 2022) ungleich höher sind als in den vorherigen Zeiten, in denen umgekehrt die Schutzmaßnahmen drastischer waren als gegenwärtig. Freilich ist die Hospitalität und Mortalität durch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nach den Zahlen des RKI geringer geworden.

Die Schutzmaßnahmen sind zum Teil drastische Grundrechtseinschränkungen, die aber dazu beitragen, die Infektionsgefahr zu verringern. Um gerechtfertigt werden zu können, müssen diese Grundrechtseingriffe durch die Schutzmaßnahmen mit dem Grundrechtsschutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, zu denen der Staat sich auf Grund der aus Grundrechten hergeleiteten sicherheitsrechtlichen Schutzpflicht (dazu zu VI 1 und 2), vom Bundesverfassungsgericht verpflichtet wird, zu einem tragfähigen, sachgerechten Ausgleich gebracht werden (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 166 ff., 217 ff.; Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 217 ff.; st. Rspr). Die Fragwürdigkeit dieser von der herrschenden Lehre übernommenen Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts, das die Schutzpflichten auf die Grundrechte, insbesondere das des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stützt (zuletzt BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 155), ist zu IV 1 und 2 dargelegt. Die Sachgerechtigkeit der Schutzpflichtregelungen ist Bund und Ländern in Deutschland nicht zufriedenstellend gelungen. Die Schutzmaßnahmen gehen für viele Lebenslagen und Handlungen zu weit, etwa Ausgangsverbote in der Nacht und Sportverbote an der frischen Luft mit hinreichendem Abstand wie das Golfen. Für andere Lebenslagen sind sie unzureichend, etwa für Einreise nach Deutschland. Die übermäßige Offenheit der Grenzen hat zur Einschleppung aller Varianten des Coronavirus SARS-CoV-2, zuletzt der hochansteckenden Omikron-Variante aus Südafrika geführt. Auch die Freizügigkeit in der Europäischen Union (Art. 21 AEUV) müßte eingeschränkt werden, um das Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren. Aber der europäistische Zeitgeist ist machtvoll und hat erheblichen Einfluß auf die Abwägung zum Ausgleich des Grundrechtsschutzes und der Schutzpflicht des Staates, die beide auf denselben Verfassungstext gestützt werden. Menschen, die bestimmte ganz alltägliche Handlungen ausführen wollen, müssen sich zuvor nicht nur testen lassen oder grundimmunisiert sein oder, je nach Vorschrift, zumindest einen Mund-Nasenschutz, meist mit einer FFP2-Maske, anlegen. All die Pflichten sind körperliche Beeinträchtigungen, die sich an sich kein Mensch vorschreiben lassen muß, wenn nicht hinreichende Gründe für die Grundrechtsbeeinträchtigung bestehen, jedenfalls nicht in Deutschland. Sie differenzieren nicht nach Infektionsmöglichkeiten und konkreten oder abstrakten Gefahren in einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, die zudem, wie dargelegt, eine „ernsthafte Gefahr“ sein soll. Die Infektionslage ist in den verschiedenen Lebensbereichen Deutschlands sehr unterschiedlich. Es ist richtig, daß eine gewisse Nivellierung der unterschiedlichen Infektionsgefährdung der Menschen hingenommen werden muß, wenn der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2

vorgebaut werden soll, aber die Infektionsmöglichkeit ist für die Bevölkerungen in den unterschiedlichen Wohngebieten in relevanter Weise unterschiedlich.

e) Örtliche Unterschiede der Corona-Inzidenzen

Die Unterschiedlichkeit der Gefahrmöglichkeit, sei es die Polizeigefahr oder sei es die Infektionsgefahr, kann schon den Inzidenzen entnommen werden, die in Berlin jedenfalls nach Bezirken differenziert erhoben werden und nach Ortsteilen erhoben werden könnten. Es ist keinesfalls nötig und nicht gerechtfertigt, daß für ganz Berlin dieselben Schutzmaßnahmen vorgeschrieben sind. Für viele Bezirke und Orte der Stadt Berlin sind sie nicht nötig und übermäßig, wenn überhaupt geeignet, also unverhältnismäßig. Für einige Flächenstaaten Deutschlands waren für die einzelnen Landkreise unterschiedliche Maßnahmen vorgesehen. Keinesfalls ist die Gefahr von Ansteckungen, Erkrankungen und Tod in den grünen Außenbezirken Berlins gleich groß wie die in den Innenbezirken, insbesondere in Bezirken und Orten mit großen Bevölkerungsanteilen aus fernen Ländern, die nicht nur beengte Wohnverhältnisse haben, sondern auch andere Lebensweisen, die weniger Schutz vor Infektionen geben. Die Worte Bezirk und Ortsteil kommen in der Schutzmaßnahmenverordnung Berlins nicht vor.

Eine bezirkliche oder gar ortsteilbezogene Differenzierung der Inzidenzwerte oder der Zahlen der Krankenhauseinweisungen wegen einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 gibt es in Berlin nicht. Berlin hat deutlich mehr als dreieinhalb Millionen Einwohner und ist damit das achtgrößte Land in Deutschland. Die Bezirke der Stadt Berlin entsprechen organisationsmäßig mehr oder weniger den Landkreisen der Flächenstaaten. Die Infektionsschutzmaßnahmen wurden in den Landkreisen je nach Inzidenzen unterschiedlich bestimmt. Das zeigte insbesondere der am 30. Juni 2021 außer Kraft getretene § 28 b IfSG in den Absätzen 1, 2 und 5. Eine Differenzierung der Corona-Schutzmaßnahmen wäre auch in Berlin nicht nur möglich, sondern um der Grundrechte willen geboten. Es gibt Bezirke, in denen die Zahl der Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner und damit die Inzidenzen weitaus geringer sind als in anderen Bezirken, erst recht in Ortsteilen. Die folgende Liste zeigt das für den 10. Oktober 2021 und für den 15. Januar 2022:

10. Oktober 2021 in Charlottenburg-Wilmersdorf 77,2, in Friedrichshain-Kreuzberg 107,8, in Lichtenberg 68,1, in Marzahn-Hellersdorf 73,7, in Mitte 105,2, in Neukölln 79,4, in Pankow 51,0, in Reinickendorf 114,0, in Spandau 96,9, in Steglitz-Zehlendorf 58,2, in Tempelhof-Schöneberg 79,7, in Treptow-Köpenick 44,0, in Berlin insgesamt 78,9; 12. Januar 2022: in Charlottenburg-Wilmersdorf 896,5, in Friedrichshain-Kreuzberg 1164,7, in Lichtenberg 692,1, in Marzahn-Hellersdorf 302,8, in Mitte 978,2 in Neukölln 1160,7, in Pankow 902, 6, in Reinickendorf 937,2, in Spandau 892,7, in Steglitz-Zehlendorf 619,4, in Tempelhof-Schöneberg 938,2, in Treptow-Köpenick 678,4.

Es gab im Oktober 2021 somit signifikante Unterschiede von Pankow, Steglitz-Zehlendorf, Treptow-Köpenick, auch Lichtenberg, Charlottenburg-Wilmersdorf, Marzahn-Hellersdorf, im Januar 2022 von Steglitz-Zehlendorf, Treptow-Köpenick, Lichtenberg insbesondere Marzahn-Hellersdorf. In den für den Januar genannten Bezirken haben außer in Grenzen Charlottenburg-Wilmersdorf die geringeren Inzidenzen Stetigkeit.

Wären die Sieben-Tage Inzidenzen der Ortsteile aufgeführt, würde sich zeigen, daß die Unterschiede in den verschiedenen Wohnlagen noch größere Unterschiede aufweisen.

Allerdings hatte § 28 b Abs. 8 IfSG fingiert, daß Berlin (wie auch Hamburg) als kreisfreie Stadt gilt. Zum einen ist § 28 b IfSG außer Kraft getreten, zum anderen ist diese Fiktion mit Rechtsprinzipien nicht vereinbar, weil die Inzidenzlage in Berlin differenziert ist und die Grundrechtsbeschränkungen dementsprechend differenziert sein müßten, um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu genügen.

Jedem ist klar, daß die Inzidenzmessungen keine zuverlässige Auskunft über die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 geben. Aber sie ermöglichen eine Orientierung. Die Inzidenzen können wegen ihrer Unsicherheit, nicht nur der diagnostischen Feststellung positiver Infektion mit dem Virus, sondern auch wegen der wenig seriösen Zählung und Meldung der Infektionen durch die Teststellen, auch wegen der Bezahlung des Tests, kein Kriterium für grundrechtsbeschränkende Maßnahmen sein. Die Relevanz der Inzidenzen der positiven Tests soll darum gemindert werden und durch die Zahl der mit Corona-Kranken belegten Krankenhausbetten, die Hospitalität, ersetzt werden. Dennoch sind sie eine relevante Größe für die Schutzmaßnahmen, wie die nicht mehr geltenden Regelungen des § 28 b IfSG und die Praxis erwiesen haben.

Die Zitate der folgenden Regelungen des § 28 b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 IfSG zeigen, daß, wie schon gesagt, die vom RKI veröffentlichten Sieben-Tage Inzidenzen relevant für die Gebote und Verbote des Infektionsschutzgesetzes waren und der Sache nach noch sind. § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 hat die Möglichkeit der Differenzierung der Schutzmaßnahmen in den Landkreisen und Kreisstädten je nach den Inzidenzen deutlich gemacht, nämlich:

Absatz 1:

„Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

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

Die vielen weiteren Gebote und Verbote des Absatz 1 Nummern 2 bis 10 von § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 mit vielen weiteren Unterregelungen sollen hier nicht aufgeführt werden. Sie alle haben die Lebensweise der Menschen weitgehend unterschiedlich eingeebnet. Am Schluß des Absatz 1 des § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 heißt es:

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

Absatz 2 hat bestimmt:

„Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinanderfolgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt.“

Die unterschiedlichen Inzidenzen in Berlin widersprechen einheitlichen Maßnahmen, auch Maßnahmen zur Feststellung der Infektion, in ganz Berlin. Sicherlich sind Übertragungen der Coronavirus SARS-CoV-2 bezirksüberschreitend und in den Bezirken und Orten je nach Wohnverhältnissen möglich, aber das ändert nichts an der unterschiedlichen Infektionslage in den verschiedenen Bezirken, Orten und Wohnlagen. Die Unterschiedslosigkeit der Gebote und Verbote wegen der ‚Corona-Pandemie‘ in ganz Berlin hat die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 beibehalten.

Zur Abwehr der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hätte Deutschland mehr auf Eigenverantwortung der Menschen und deren Freiheit setzen sollen. Freiheit ist Sittlichkeit, praktische Vernunft (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 83 ff., 256 ff.). Impfung kann angeboten werden und angenommen werden, in Freiheit, ohne gesetzliche Pflicht, ohne Zwang, ohne Nötigung.

3. Gefahrenvermutung, Gefahrenverdacht, Anscheinsgefahr

Satz 6 des § 5 Abs. 1 IfSG lautet, um es zu wiederholen:

„Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder
2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.“

Das Infektionsschutzgesetz bestimmt in § 1 Abs. 1 den Zweck des Gesetzes:

„1) Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern.“

Die Vierte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 in der Fassung vom 23. Dezember 2021 hat nicht anders als die bis dahin geltenden Regelungen der Zweiten und Dritten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 4. März 2021 (aufgehoben mit Ablauf des 17. Juni 2021 durch § 42 Absatz 1 Satz 2 der Dritten SARS-CoV-2 Infektionsschutzmaßnahmenverordnung von 15. Juni 2021 (GVBl. S. 634) bzw. vom 21. September 2021 (nach § 42 Abs. 2 außer Kraft getreten am 6. November 2021, verlängert durch die Zwölfte Verordnung zur Änderung

der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung bis zum 2. Januar 2022) das Ziel der Verordnung in der Präambel bestimmt:

„Ziel dieser Verordnung ist die weiterhin notwendige Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 durch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen.“

Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 nennt ihren Zweck oder ihr Ziel nicht eigens.

a) Gefahrenvermutung

aa) Infektionsangst

Es gibt die Sorge, daß jeder Mensch im Lande mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. infiziert sein und andere Menschen infizieren kann, ohne daß man diese Menschen identifizieren könnte. Die Befürchtung, ja Angst der Menschen, ist durch die Berichterstattung der Medien, die Darlegungen der meisten Immunologen und Epidemiologen und die ständigen Regierungsaufrufe für Schutzmaßnahmen, vor allem Impfungen, gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, geschürt worden, begründet oder nicht begründet. Angst vor Tatsachen ist keine Beobachtung von Tatsachen. Nur wenige Menschen lassen Tatsachen erkennen, die den Verdacht rechtfertigen, daß sie mit dem Coronavirus in gefahrbegründender Weise infiziert sind und daß sie andere Menschen infizieren können. Unbestreitbar und unbestritten ist, daß sehr viele Menschen in Deutschland und in anderen Ländern mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert wurden und werden, vor allem seit dessen Omikron-Variante. Das zeigen die Inzidenzen, trotz der Fragwürdigkeit der Zahlen.

Die Befürchtung einer Infektion jedermanns wegen der Möglichkeit der allseitigen Infektion führt zu einer allgemeinen Gefahrenvermutung, einer hypothetischen Gefahrenannahme, nicht schon zu einer Polizeigefahr (BVerwGE 50, 250 (254); B. Drews/G.Wacke/K.Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 223; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 737 ff., 739). Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 auf die epidemische Infektionsgefahr (dazu zu 6 und zu IX) gestützt, die nichts anderes als die Infektionsmöglichkeit ist, die die Epidemie mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mit sich bringt. Das Gericht hat die Ausgangs- und Kontaktsperren des § 28 b Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 nicht als Verletzung von Grundrechten, näherhin des Verhältnismäßigkeitsprinzips, angesehen und demgemäß für verfassungsgemäß erklärt (Rnrn. 166 ff., 215 ff., 254 ff., 289 ff.). Ohne den Begriff der epidemischen Infektionsgefahr war dieses Erkenntnis nicht möglich. Die Gefahrenbefürchtung wegen der allgemeinen Infektionsmöglichkeit hat durch diese Entscheidung, ohne daß der Begriff der Infektionsgefahr definiert oder auch nur genannt wurde, bestimmende Relevanz gefunden.

Die Befürchtung von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 kann nicht als Polizeigefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit aller Menschen im Lande und darüber hinaus in allen Ländern erfaßt werden. Das Wort ‚Pandemie‘ legitimiert nach herkömmlichen Polizeirecht nicht jede Gefahrenabwehrmaßnahme, aber die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr ergibt eine andere Rechtslage (dazu zu 6).

Die Möglichkeit allseitiger Infektion, die sich auf Tatsachen stützen läßt, die erwarten lassen, daß das Virus wegen seiner Infektiosität viele oder alle Menschen durch Übertragung des Virus von Mensch zu Mensch oder sonstige Ansteckung mit dem Virus erreichen und zur Krankheit oder gar zum Tod führen kann, begründet die Gefahrenvermutung. Die Vermutung der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erkrankung an dem Virus oder des Todes durch das Virus kann wegen der Inzidenzen schwer bestritten werden. Die Omikron-Variante des Corona-Virus und deren Mutanten verbreiten sich nach Erkenntnissen der Immunologen und auch des RKI, aber auch der Alltagsbeobachtung schnell und weit. Die Gefahrenvermutung ist die naheliegende, nicht schon die hinreichend wahrscheinliche Infektion. Sie ist auch noch kein Gefahrenverdacht.

Nicht einmal in Einzelfällen rechtfertigt die Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 die Vermutung der Infektion ohne nähere Umstände, die diese nahelegen.

Im Vergleich zur Gesamtbevölkerung lassen die Inzidenzzahlen eine Infektionsgefahr mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von nur einem eher kleinen Teil der Bevölkerung erwarten. Die Testpflicht, aber auch die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz für alle, die am allgemeinen Leben teilnehmen wollen, geht von der Möglichkeit aus, daß jeder Mensch in Lande infiziert ist und infizieren kann. Diese Möglichkeit ist keine gefahrbe gründende Wahrscheinlichkeit einer Infektion im polizeirechtlichen Sinne der Wahrscheinlichkeit eines Schadens. Schaden durch eine Infektion ist eine Erkrankung an dem Virus oder der Tod durch das Virus. Jedenfalls eine allgemeine Testpflicht vor bestimmten Verhaltensweisen läßt sich wegen der Gefahrenvermutung, die nicht mehr ist als die Gefahrenbefürchtung wegen der allseitigen Möglichkeit der Infektion nicht rechtfertigen..

In eng besiedelten Wohngebieten mit kleinen Wohnungen für große Familien bestehen, wie schon gesagt, größere Ansteckungsmöglichkeiten als in anderen Wohnverhältnissen. Aber auch in den engen Wohnverhältnissen ist die Möglichkeit der Infektion eine Befürchtung der Infektion einzelner, vieler oder aller Menschen. Sie verstärkt die Vermutung von Infektionen. Eine allgemeine Polizeigefahr, also die hinreichende Wahrscheinlichkeit von Erkrankungen oder Tod vieler Menschen durch Infektionen mit dem Coronaviren SARS-CoV-2, gar im Sinne einer konkreten oder abstrakten Polizeigefahr besteht auch in diesen Wohnverhältnissen nicht. Daß alle Bewohner mit einer ansteckungsfähigen Virenmenge belastet sind, läßt sich nicht erwarten und nicht vermuten.

Fraglos kann jeder Mensch derart infiziert sein, daß er auch andere Menschen infizieren kann. Auf diese Möglichkeit kann der Staat als Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) grundrechtseinschränkende Maßnahmen allenfalls auf Grund des Begriffs der epidemischen Infektionsgefahr (dazu 6) stützen. Dafür wäre aber eine Verfassungsgrundlage für derartige Notstandsmaßnahmen Voraussetzung (dazu zu IX).

Keinesfalls begründet die Vermutung von Infektionen mit dem Virus eine Polizeigefahr. Die Polizeigefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens der Sicherheit und Ordnung. Die Vermutung einer Polizeigefahr genügt rechtsstaatlichen Anforderungen an polizeiliche Abwehrmaßnahmen nicht (V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auf. 1995, Rnrn. 154 ff.). Die

Vermutung einer Infektion rechtfertigt nicht einmal wie der Gefahrenverdacht Ermittlungen der Gefahr durch Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.

bb) Polizeigefahr Begriff des Rechtsstaates

Das Recht der Abwehr von Polizeigefahren unterliegt dem Rechtsstaatsprinzip. Ein wesentlicher Begriff des Rechtsstaates war und ist der der Polizeigefahr. Dieser schließt es aus, alle Menschen im Lande wegen einer Gefahrenvermutung im polizeirechtlichen Sinne, also der Vermutung einer konkreten oder abstrakten Gefahr (dazu zu 5), mit Infektionsschutzmaßnahmen in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, ihrer freien Entfaltung der Persönlichkeit und in ihrer körperlichen Unversehrtheit, aber auch in der Berufs- und Unternehmensfreiheit und der Unverletzlichkeit der Wohnung zu beeinträchtigen. Nur wer eine konkrete oder verantwortete abstrakte Polizeigefahr für andere Menschen bildet, diese mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren, kann für die Abwehr dieser Polizeigefahr verantwortlich gemacht werden. Ohne die Befugnis zu allseitigen Schutzmaßnahmen gegen die epidemische Infektionsgefahr mit dem Virus müßte der Staat auf die Vorsicht der Menschen bauen, wie das Schweden lange Zeit getan hat. Jede Rechtsdogmatik muß den Grundrechten standhalten. Vom Bundesverfassungsgericht ist seit dem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) zur Bundesnotverordnung nicht zu erwarten, daß es sich gegen die Maßnahmen zum Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 stellt. Den Gefahrbegriff hat das Gericht in dem Beschluß gar nicht erst definiert.

Aber der Staat vertraut nicht allen Bürgern und auch nicht den anderen Menschen im Lande, gebotene Vorsicht walten zu lassen, wie auch umgekehrt das Vertrauen der Bürger in ihren Staat durch die ständige, weitgehend sachwidrige, Propagierung von Schutzmaßnahmen, Schaden genommen hat. Dadurch ist deren Akzeptanz, insbesondere die der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, geringer als für den Schutz vor der Infektionsgefahr als nötig erachtet wird. Der Staat reagiert für jede Lebenslage, in der Menschen zusammen kommen können, überaus sensibel auf die Möglichkeit der Infektion mit dem Virus.

b) Gefahrenverdacht

aa) Gefahrenerforschung

Ein Gefahrenverdacht kann einen Gefahrenerforschungseingriff rechtfertigen (PrOVG vom 7. November 1899 – I 1838 – PrVBl. 21 (1899/1900, S. 292, 293; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. Rnrn. 154 ff., S. 62 ff.; K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rnrn. 52 ff., S. 126 ff., eher restriktiv; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 740 ff.). Der Verdacht muß durch bestehende Tatsachen erhärtet sein (K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 52 S. 126). Eingriffe in die Grundrechte zur Gefahrenerforschung werden vielfach auf die polizeiliche Generalklausel gestützt (B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 226; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 6 Rnrn. 154 ff., S. 62 ff., „sinngemäß“). Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim lehnt das ab, weil noch keine konkrete Gefahr bestehe (Urteil vom 25. Oktober 2012 – I S 1402/ - juris Rn. 57 unter Hinweis auf BVerwGE 72, 300 (315); zustimmend M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 742 ff.). Überzeugender ist es, wenn eigenständige Ermächtigungen in den Gesetzen vorausgesetzt werden (so M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 743 f.), wie das für den Freistaat Bayern § 11 a des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG) regelt. Das ist die „drohende Gefahr“ des § 11 a PAG Bayerns. Aus Art. 11 Abs. 1 PAG ergibt

sich, daß Art. 11 a PAG nicht die Gefahr, die abgewehrt werden muß, regelt, sondern die drohende Gefahr als den Gefahrenverdacht. Wenn große Schäden drohen, ist es tragfähig, den Sicherheitsbehörden die Mittel zu geben, die den Schaden abzuwenden die Chance geben (Je-desto-Formel, VGH Ba-Wü, 1982, 862 ff.; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739 f., 743 f.; weitere Hinweise K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 87 f., Fn. 16), auch den Eingriff in Grundrechte gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 742).

Art. 11 PAG Bayerns lautet:

„(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Unter einer solchen konkreten Gefahr (Gefahr) ist eine Sachlage zu verstehen, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung von Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt.“

Art. 11a PAG Bayerns lautet:

„Allgemeine Befugnisse bei drohender Gefahr

(1) Wenn die Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 1 und 2 nicht vorliegen, kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder
2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) Bedeutende Rechtsgüter sind

1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,
3. die sexuelle Selbstbestimmung, soweit sie durch Straftatbestände geschützt ist, die im Mindestmaß mit wenigstens drei Monaten Freiheitsstrafe bedroht sind, oder
4. Anlagen der kritischen Infrastruktur sowie Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang.“

Dieser Begriff der „drohenden Gefahr“ in § 11 a PAG Bayerns regelt der Sache nach den Gefahrenverdacht. Eine „drohende Gefahr“ erlaubt es der Polizei, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um einen Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit einer Gefahr eines Schadens begründet. Der Regelungsgegenstand „drohender Gefahren“ hängt nicht allein von dem Begriff der „drohenden Gefahr“ ab, sondern von dem Satz der Regelung insgesamt und dem Zusammenhang, in dem dieser Satz steht. Der Begriff der „Drohung“ in § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG, der Vorschrift, in der die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ geregelt ist, dient nicht der Befugnis zur Gefahrenerforschung (dazu II 3 a).

Das Berliner Sicherheits- und Ordnungsgesetz benutzt die Worte Drohung oder drohen nicht, sondern regelt in § 18 ASOG „Ermittlungen, Befragungen, Datenerhebungen“. Absatz 1 der Vorschrift lautet:

„(1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei können zur Klärung des Sachverhalts in einer bestimmten ordnungsbehördlichen oder polizeilichen Angelegenheit Ermittlungen anstellen, insbesondere Befragungen nach Absatz 3 und 4 durchführen. Sie können in diesem Zusammenhang personenbezogene Daten über die in den §§ 13, 14 und 16 genannten und andere Personen erheben, wenn das zur Abwehr einer Gefahr oder zur Erfüllung der ihnen durch andere Rechtsvorschriften übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Die Polizei kann ferner personenbezogene Daten erheben, wenn das

1. zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung,
2. zur vorbeugenden Bekämpfung von sonstigen Straftaten, die organisiert, insbesondere banden-, gewerbs- oder serienmäßig begangen werden und mit einer Höchststrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind,
3. zum Schutz privater Rechte oder
4. zur Leistung von Vollzugshilfe erforderlich ist.“

„Bestimmte ordnungsbehördliche oder polizeiliche Angelegenheiten“ bestehen in Berlin und anderswo durch die Aufgaben, die zum Vollzug des Infektionsschutzgesetzes und der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins den Gesundheitsämtern übertragen sind. § 25 IfSG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 lit t IfSG verpflichtet die Gesundheitsämter, die zu den Erkrankungen an dem Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) gebotenen Ermittlungen durchzuführen. Bedacht werden muß allerdings, ob nicht ein durch Tatsachen begründeter Gefahrenverdacht bestehen muß, um Ermittlungen „zur Klärung des Sachverhalts“ zu rechtfertigen. So ist die Rechtsprechung bisher gewesen (BVerwGE 39, 190 ff., Rn. 8) und so ist die Rechtslage.

Die Gefahr einer Verletzung der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung genügt, um eine „Klärung des Sachverhalts“ zu rechtfertigen. Diese ist eine Polizeigefahr.

Schon § 10 Abs. 1 S. 1 Bundesseuchengesetz hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 16. Dezember 1971, BVerwG I C 60/67 (BVerwGE 39, 190 ff., Rn. 8) dahin verstanden, daß (nur) ein „durch Tatsachen erhärteter Seuchenverdacht“ (in einem Rechtsstreit um die Gesundheitsgefährdung durch Lebensmittel) für die Annahme einer Gefahr ausreicht, die seuchenpolizeiliche Maßnahme zu rechtfertigen vermag:

„Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht der Ansicht, daß eine seuchenpolizeiliche Maßnahmen gemäß § 10 Abs. 1 BSeuchG rechtfertigende Gefahr für die menschliche Gesundheit schon dann vorliegt, wenn lediglich ein durch Tatsachen erhärteter Seuchenverdacht besteht, der mit Wahrscheinlichkeit zu einer Gesundheitsschädigung führen kann“.

Die Wahrscheinlichkeit eines Schadens, eine Polizeigefahr im herkömmlichen Sinne einer rechtstaatlichen Sicherheitsordnung, hat somit das Bundesverwaltungsgericht als Kriterium auch der Seuchengefahr, die seuchenpolizeiliche Maßnahmen rechtfertigt, erkannt. Eine vom polizeilichen Gefahrenbegriff abweichende Infektionsgefahr hat dieses Gericht dem Bundesseuchengesetz nicht entnommen, entgegen dem Bundesverfassungsgericht, das das Infektionsschutzgesetz zur Grundlage einer die Allgemeinheit zu Schutzmaßnahmen verpflichtenden epidemischen Infektionsgefahr macht.

bb) Positiver PCR-Test

Es ist grundrechtlich bedenklich, alle die Menschen, von denen auf Grund eines positiven PCR-Testes eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 angenommen wird, sie seien mit dem Virus infiziert und würden andere Menschen infizieren können, mit Infektionsschutzmaßnahmen zu belegen. Auch der PCR-Test erweist, wenn er positiv ist, wegen der Unzuverlässigkeit der Tests nicht hinreichend sicher die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, um über den Test hinaus Schutzmaßnahmen zu rechtfertigen. Aber der positive PCR-Test schafft einen Gefahrenverdacht der Infektion mit dem Virus. Allzu oft variieren die Testergebnisse von Tag zu Tag. Immerhin sind die Schutzmaßnahmen gegen das Virus eine erhebliche Grundrechtseinschränkung, vor allem der allgemeinen Handlungsfreiheit, der freien Entfaltung der Persönlichkeit und auch der körperlichen Unversehrtheit.

Ob jemand mit dem Coronavirus infiziert ist, kann nur mit fachkundigen Untersuchungen festgestellt werden, die hinreichend valide sind. Das sind Schnelltests (Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest) nicht. PCR-Tests werden in der Regel nur durchgeführt, wenn ein Schnelltest gemacht wurde und positiv war. Die PCR-Tests geben auch nicht immer der Wirklichkeit gemäße Information über die Corona-Infektion oder gar über die Virenlast, die ausreicht, um die Viren in der Menge weiterzugeben, die zu einer Erkrankung führen kann (RKI, Antigentests als ergänzendes Instrument in der Pandemiebekämpfung. Frequenz, Adhärenz und Testqualität sind entscheidende Faktoren für den Erfolg, in: Epidemiologisches Bulletin 17 vom 29. April 2021). So gut wie jeder Mensch hat Coronaviren SARS-CoV-2 in sich, deren erforderliche Intensität für krankheitserregende Infektionen mittels Testung, etwa durch dafür ausreichende Drehung des Meßstabes in der Nase oder im Mund, nachgewiesen werden können. Nicht jede Menge an übertragenen Coronaviren genügt, um zu einer Erkrankung an SARS-CoV-2 führen zu können. Die für eine Erkrankung kausale Infizierung hinreichende Gefahr besteht, wenn ein Mensch Symptome einer Erkrankung an dem Virus aufweist.

Der positive PCR-Test ist jedoch ein tatsächlicher Anhaltspunkt für die Infektion. Wenn er durchgeführt werden darf, genügt das positive Testergebnis für den Verdacht der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, also den für weitere Untersuchungen der Gefahr im polizeirechtlichen Sinne erforderlichen Gefahrenverdacht. Der Gefahrenverdacht vermag es insbesondere zu rechtfertigen, daß untersucht wird, ob die Virenbelastung für die aktive Infektion ausreicht.

cc) Gefahrenermittlung

Für die Gefahrenermittlung hat die Polizei einfach zu handhabende Untersuchungsinstrumente, etwa den Test auf die Infektion. Die Erfahrung der Entwicklung der Infektion eines Menschen, das immunologische Wissen der Medizin, kann bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Infektionsschadens, also der Gesundheitsgefahr für andere Menschen, einbezogen werden. Ein Infektionsverdacht ist der Gefahrenverdacht. Wenn der Infektionsverdacht besteht, können weitere, stärker belastende Maßnahmen zur Gefahrenermittlung angeordnet werden. Der ermittelte Infektionsverdacht begründet noch nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der körperlichen Unversehrtheit und u. U des Lebens anderer Menschen durch Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die in der Sprache des Sicherheitsrechts von einer Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und das Leben anderer Menschen zu sprechen erlaubt und zu staatlichen Abwehrmaßnahmen gegen diese Gefahr im polizeirechtlichen Sinne berechtigt und verpflichtet.

Die Ermittlung des Gefahrenverdachts setzt als Grundrechtseingriff bereits die Befugnis der Behörden voraus, den Menschen, der infiziert sein könnte, mittels eines Tests oder sonstwie zu untersuchen. Eine Befugnis, alle Menschen im Lande auf eine mögliche Infektion zu untersuchen, ist in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar, dessen Grundprinzip die Würde des Menschen ist. Die anzutasten, verbieten Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und in Berlin Art. 6 VvB. Es widerspricht der Menschenwürde, jedenfalls wie diese das Bundesverfassungsgericht praktiziert (dazu zu III 6 g, IV 2 b; V 2 a, b; VII 6 d und e; passim) jeden Menschen im Lande zu verdächtigen, er sei eine Gefahr für Leben und Gesundheit anderer Menschen und damit für die Allgemeinheit. Wenn der, freilich irriige, Menschenwürdebegriff des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt wird, kommt eine solche, nicht durch tatsächliche Hinweise, wie Erkrankungssymptome, gerechtfertigte Untersuchung, nur in abstrakten Gefahrenlagen (dazu zu 5) in Betracht, wenn etwa jemand wegen der Symptome einer Infektion ein Krankenhaus aufsucht. Nicht jeder Mensch darf zu jeder Zeit und an jedem Ort daraufhin untersucht werden, ob er eine Gefahr ist, also mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sein könnte. Die Befugnis zur Ermittlung einer Polizeigefahr setzt den Verdacht einer konkreten oder abstrakten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung voraus. Eine solche besteht nicht in der reinen Möglichkeit einer Infektion und auch nicht in der Vermutung einer Infektion.

Polizeirechtlich ist sonst nur möglich, die Notwendigkeit der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu ermitteln, etwa durch einen PCR-Test, wenn Tatsachen den Verdacht erhärten, daß jemand mit dem Virus infiziert ist. Eine solche Tatsache ist ein positiver Schnelltest, der Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests, nicht. Die Allgemeinheit der Bevölkerung Deutschlands, gut 98 %, ist nicht infiziert. Wenn aber jemand am Alltagsleben uneingeschränkt teilnehmen will, wird er zur Feststellung gezwungen, ob er mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist. Wenn er infiziert ist, muß er sich in Quarantäne begeben, bisher 14 Tage, jetzt nur noch 10, 7 oder 5 Tage, damit nicht der notwendige Alltagsbetrieb zum Erliegen kommt. Augenscheinlich war die 14 Tage-Quarantäne medizinisch übermäßig. Das sind die Folge und der Sinn der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) zur Bundesnotbremse.

c) Anscheinsgefahr

Daß jedermann infiziert sein kann, macht auch keine als solche umstrittene Anscheinsgefahr aus (zur Anscheinsgefahr V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 161 ff., S. 66 ff.) Jürgen Schwabe (Fürmöglichhalten und irriige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, S. 419 ff., 426 ff., 430 ff., 436 ff.) vertritt in seiner Untersuchung der Dogmatik der Anscheinsgefahr die Auffassung, daß eine Maßnahme der Polizei wegen einer Anscheinsgefahr rechtswidrig sei, weil mangels der Möglichkeit eines Schadens an der Sicherheit und Ordnung das Tatbestandsmerkmal der Wahrscheinlichkeit eines Schadens, also der Gefahr nicht erfüllt sein könne und nicht ist. Volkmar Götz hält die „Figur der Anscheinsgefahr“ für überflüssig und ordnet die Gefahrenlagen dem Begriff des Gefahrenverdachtes zu (Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 166. S. 67; dazu kritisch J. Schwabe, a. a. O., S. 430 ff.). Die Anscheinsgefahr ist die irriige Annahme einer konkreten oder abstrakten Polizeigefahr, die nicht besteht, aber in einer bestimmten Lage angenommen wird. Sie ist in den Augen dessen, der die Aufgabe hat, Schaden von der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuwenden, die Wahrscheinlichkeit eines Schadens (K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 53, S. 128 f.; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739). Der Schaden wird von ihm

sofort oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet. Darum ist der Anscheinsgefahr wie einer Gefahr zu begegnen (BVerwGE 45, 51 (57 f.)).

Wenn der Ordnungshüter keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Gefahr sieht, also pflichtwidrig eine Gefahr zu erkennen vorgibt, ist das eine Scheingefahr oder Putativgefahr, nicht eine Anscheinsgefahr (OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739).

Die Annahme einer Polizeigefahr, also der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadens an den Schutzgütern des Polizeirechts ist unvermeidbar eine subjektive Erkenntnis. Eine objektive Erkenntnis ist eine nicht widerlegte Vermutung (K. R. Popper, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 198 ff., 211 u. ö.; ders., Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf, 4. Aufl. 1984, S. 1 ff., 9, 59 f., 270 ff., 273 f.; in diesem Sinne bereits Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 46; K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 96 ff., 111 ff.). Eine Anscheinsgefahr beruht auf einer Theorie, einem Bild, von der Wirklichkeit, die auf einem Irrtum beruht (K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 100 ff.). Der Erkenntnisfehler ergibt sich daraus, daß das menschliche Erkenntnisvermögen begrenzt ist. Errare humanum est. Es ist rechtmäßig, wenn auf Grund eines Anscheins einer Polizeigefahr Polizeimaßnahmen zur Abwehr dieser vermeidlichen Gefahr getroffen werden. Keine Gefahrenabwehr zu versuchen, würde der Entwicklung ihren Lauf lassen und entweder zu einem Schaden führen oder auch nicht.

Die Pflicht, einen Schaden der Sicherheit und Ordnung abzuwehren, kann nicht davon abhängen, daß ein solcher Schaden eintritt, wenn er nicht abgewehrt wird. Die objektive Möglichkeit des Schadens ist für die Gefahr des Schadens irrelevant. Der relevante Zeitpunkt der Erkenntnis, daß ein solcher Schaden wahrscheinlich ist, ist der, in dem die polizeiliche Maßnahme zur Abwehr des Schadens getroffen wird. Die relevante Erkenntnis ist die des Polizisten, der für die Abwehr der Gefahr verantwortlich ist. Wer zu der Erkenntnis der Gefahr befugt ist, meist ein Polizist mit seiner beruflichen Erfahrung oder gegebenenfalls ein Fachmann mit seinen wissenschaftlichen Erkenntnissen, ist nicht entscheidend. Beide können sowohl die Wirklichkeit falsch einschätzen als auch die Rechtslage falsch beurteilen. Sie können deswegen Maßnahmen treffen, die von der wirklichen Lage nicht gefordert sind, weil kein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung möglich ist. Jürgen Schwabe (Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, S. 430):

„Abwegig wäre jede Erwägung etwa dahingehend, bei der Gefahren einschätzung gehe es um Wahrscheinlichkeitsurteile, die immer an ein urteilendes Subjekt gebunden seien, weshalb auch die Gefahr nur subjektgebunden begriffen werden könne. Denn Unmöglichkeit, die jede Gefahr zunichtemacht, ist eine objektive Größe.“

Die von Jürgen Schwabe kritisierte Erwägung ist nicht abwegig, sondern richtig, wie es auch die vielen Polizeirechtlicher vertreten, die Schwabe in der Fußnote 44 anführt. Der Schaden ist eine objektive Größe, nicht die Annahme einer Gefahr. Diese ist subjektive Einschätzung. Die Polizeigefahr hängt nämlich nicht von der Möglichkeit eines Schadens ab (B. Drews/ G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 223; M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739), sondern von dessen „hinreichender Wahrscheinlichkeit“. Wahrscheinlich kann ein Schaden auch sein, wenn er nicht möglich ist. Niemand kann wissen, ob der wahrscheinliche Schaden eintreten werde. Die Zukunft

ist ungewiß. Daß der Schaden nicht eintreten kann, wissen nur die, die die Wirklichkeit so kennen wie sie ist (ganz so F. Hansen-Dix, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, 1982, S. 60). Wenn die Theorie des für die Abwehr des Schadens verantwortlichen Polizisten von der Gefahr, nämlich der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadens, pflichtgemäß ist, ist sie rechtmäßig (M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 737, 739) und berechtigt und verpflichtet zu Abwehrmaßnahmen.

Entweder kannte der Polizist die Wirklichkeit nicht oder hat die Entwicklung der Ereignisse nicht richtig eingeschätzt. Er war auf Grund seiner Einschätzung der Wirklichkeit ex ante verpflichtet einzugreifen. Er handelt rechtmäßig, obwohl der Eingriff, der den Schutz vor Schaden bezweckt hat, Schaden verursacht haben kann. Die Feststellung Polizeigefahr, die zur Pflicht der Abwehr der Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt, muß von dem Polizisten ex ante getroffen werden (i. d. S. M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel S. 738). Die nachfolgende Beurteilung der Notwendigkeit der Abwehrmaßnahme erfolgt, wenn nicht von dem Polizisten selbst, von anderen Beamten oder von einem Gericht ex post. Letztere haben andere Erkenntnisgrundlagen. Sie haben regelmäßig auch mehr Zeit für ihre Feststellungen als der handelnde Polizist. Gegebenenfalls bilden sie sich nur ein, die Lage nachträglich besser beurteilen zu können als der vor Ort zum Handeln verpflichtete Polizist. Die Sachlage, in der der Polizist die Wahrscheinlichkeit des Schadens beurteilen muß, ist zudem eine andere als die der ex post entscheidenden Amtswalter, zumal des Richters, weil die Erkenntnislage eine andere ist. Jede Erkenntnis ist, wie gesagt, subjektiv und kann sich mit der Erkenntnislage ändern. Zu dieser gehört auch die Erkenntnisfähigkeit. Die Erkenntnisaufgabe, Erkenntnislage, die Erkenntnismöglichkeit als auch die Erkenntnisfähigkeit des Polizisten sind andere als insbesondere die des Richters, der auf den Vortrag der Streitparteien, die Aussagen der Zeugen und auf weitere Erkenntnishilfen, Photographien, Augenscheineinnahme u. a. angewiesen ist. Der Polizist kennt nur die Gegebenheiten, die er vor Ort sieht, hört oder sonst wahrnimmt. Jeweils sind die Erkenntnisse von der Gefahr subjektiv, aber im Rahmen der Erkenntnisbefugnis sind die nachfolgenden Erkenntnisse verbindlich. Anders können staatliche Schutzmaßnahmen, soweit sie nicht dem konkreten Gefahrenfall vorausgehen, nicht geregelt werden. Es entscheiden immer Menschen, jedenfalls noch.

Wenn die Theorie irrig war, weil eine Gefahr ‚objektiv‘ nicht bestand und kein Schaden eintreten konnte, können die rechtmäßigen Abwehrmaßnahmen Schaden anrichten, der behoben werden muß. Der Schaden wird vor allem dadurch behoben, daß die Abwehrmaßnahme rückwirkend aufgehoben wird. Der Geschädigte war Nichtstörer. Trotz der Rechtmäßigkeit der Abwehrmaßnahme des Polizisten gemäß seiner (,subjektiven‘) Theorie von der Gefahrenlage darf die Maßnahme keinen Bestand haben, wenn sie keinen Schaden verhindert, sondern einen Schaden an dem vermeintlich geschützten Gut bewirkt hat. Soweit die Aufhebung der Abwehrmaßnahme für die Beseitigung des von dem Polizisten, also dem Staat, verursachten Schadens des Nichtstörers, den der handelnde Polizist für einen Störer gehalten hat, nicht ausreicht, muß dem Nichtstörer der verbleibende Schaden ersetzt werden, auf welcher Rechtsgrundlage auch immer. Die Schäden aus den Abwehrmaßnahmen müssen erstattet werden, wenn und soweit der Anschein nicht von dem vermeintlichen Störer zu verantworten ist (V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 163 S. 67). So regeln das § 59 und § 60 Abs. 5 ASOG Berlin. Wenn ein Dritter den Anschein verursacht hat, ist dieser zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Wenn die Gesetze keine Rechtsgrundlage hergeben, hat der geschädigte Nichtstörer einen

Aufopferungsanspruch in analoger Anwendung des Art. 14 Abs. 3 GG, der sich seit §§ 74, 75 Einleitung Preußisches Allgemeines Landrechts zum Gewohnheitsrecht entwickelt hat (BGHZ 9, 83 (85)).

Die pandemische Infektionsgefahr ist keine Anscheinsgefahr. Die Erkenntnis der Möglichkeit einer „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland“ und damit deren „Drohung“, wenn sie nicht schon stattfindet (§ 5 Abs. 1 S. 6 IfSG 2. Alternative; die 1. Alternative kommt hier nicht in Betracht), beruht auf Tatsachen, insbesondere auf den stätigem Infektionen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 und den Erkrankungen an dem Virus.

4. Gefahrenvorsorge, Risikovorsorge

a) Gefahrenvorsorge

aa) Gefahrenvorsorge gegen abstrakte Gefahren

Eine Gefahrenvorsorge kann hilfreich sein, um der Entstehung von Gefahren vorzubeugen. Aber auch die Gefahrenvorsorge setzt hinreichende Kenntnis von Tatsachen voraus, aus denen sich ergibt, daß von einem Menschen oder einer Sache Gefahren ausgehen können. Das ist bei einem notorischen Einbrecher anzunehmen. Gegen ihn kann im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung Sicherheitsverwahrung angeordnet werden. Es werden auch andere vorsorgende Maßnahmen getroffen, um erwartbare Straftaten zu verhindern, ohne daß es in einer bestimmten Lage konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr von Straftaten gibt. Die Rechtsprechung läßt eine solche Vorsorge gegen Straftaten zu (VGH BaWü, Urteil vom 15. Mai 2014, 1 S 815/13, Rnrn.41 f., 45; auch BVerwG, Urteil vom 16. Juni 2018, 6 C 39/16, Rnrn. 19, 22 ff.; vgl. auch die Aufgabe der Ordnungsbehörden nach § 1 Abs. 3 ASOG Berlin). Auch die Bevölkerung sichert sich vor dem Eindringen von Straftätern oder sonst nicht erwünschten Personen in ihre Häuser oder Wohnungen. Sicherheit ist ein elementares Interesse jedes Menschen.

Ein Atomkraftwerk ist erkennbar und erfahrungsgemäß eine Gefahr, wenn auch Schäden durch deren Betrieb nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 des Atomgesetzes unmöglich sein sollen (Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 95 ff.). Atomkraftwerke sind jedoch Menschenwerk - immer fehleranfällig. Risikovorsorge gegen Schäden durch derartige Anlagen ist geboten. In Deutschland wird der Betrieb der Atomkraftwerke beendet, zu Lasten der ohnehin gefährdeten Energieversorgung Deutschlands. Allerdings birgt der drohende Energienotstand auch großes Schadenspotential für das Land, Wirtschaft und Bevölkerung. Angesichts der vielen Atomkraftwerke in der Nähe Deutschlands mindert der deutsche Verzicht auf die Atomenergie die Gefahr von Atomkraftwerke für Deutschland nur im geringen Maße. Die Sanktionen gegen den Gaslieferanten Rußland schaden der Energieversorgung Deutschlands immens. Sie sind eine vorsätzliche Schädigung Deutschlands.

Der Gesetzgeber kann für die Gefahrenvorsorge Regelungen treffen, die den staatlichen Sicherheitskräften auch Einschätzungs-, Wertungs- und Beurteilungsspielräume für die gebotenen Schutzmaßnahmen einräumen (vgl. BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Ls. 4 a, Rnrn. 209, 290, 299; auch Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 204, 239; st. Rspr.). Er ist, wenn die sicherheitsrechtliche Lage das ermöglicht auch befugt, die Bevölkerung zu gewissen Vorsorgemaßnahmen zu verpflichten, obwohl die Gefahrenvorsorge Grundrechte beeinträchtigt, wie der Test

zur Feststellung einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB und der weiteren Landesverfassungen, das die körperliche Unversehrtheit schützt. Die Maßnahme der Gefahrenvorsorge muß lebenswichtige Schutzgüter wie das Leben und die Gesundheit, aber auch Lebensmittel und Kulturgüter schützen.

Die Infektionstests gemäß § 6 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins werden vornehmlich vorgeschrieben, um Menschen in abstrakter Gefahrenlage (dazu zu 5) vor einer Ansteckung mit dem für die körperliche Unversehrtheit und das Leben gefährdenden Coronavirus zu schützen. Der PCR-Test erlaubt neben der Impfung und der Genesung den Zugang zu bestimmten geschlossenen Räumen, wenn die 3 G-Bedingung vorgeschrieben ist. Den PCR-Test müssen nach § 7 Abs. 1 dieser Verordnung alle „Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist“, durchführen lassen. Wenn der PCR-Test positiv war, war die getestete Person nach § 7 Abs. 1 bis 3 der Vierten Berliner Verordnung zur Absonderung (Quarantäne) über 14 Tage verpflichtet. Jetzt entsteht in Berlin ebenfalls nach § 6 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 die Pflicht zur Quarantäne wegen eines positiven Schnelltests, einen positiven Selbsttest oder einen positiven PCR-Test. Sie dauert 10 Tage. Die Quarantäne verkürzt sich durch einen negativen PCR-Test oder negativen Antigen-Schnelltest auf sieben Tage. Es gibt Besonderheiten für Krankenhäuser usw. Die Verpflichtung zur vorsorglichen Untersuchung hat einen gewichtigen Grund, jedenfalls wenn Menschen sich in geschlossene Räume begeben wollen, in denen sich viele, vor allem besonders gefährdete Menschen (Alte und Kranke) aufhalten. Auch der Mund-Nasenschutz gemäß § 2 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 ist eine Gefahrenvorsorgemaßnahme. Die Besonderheit dieser Vorsorgemaßnahmen ist, daß die Verpflichtung, diese vorzunehmen, fast die gesamte Bevölkerung trifft, wenn etwa jemand an Veranstaltungen welcher Art auch immer in geschlossenen Räumen teilnehmen will. Der Mund-Nasenschutz muß jedenfalls in Berlin in öffentlichen Verkehrsmitteln angelegt werden. Es kann in keiner Weise davon ausgegangen werden, daß die meisten der Personen, die sich testen lassen oder den Mund-Nasenschutz tragen müssen, mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind. Wie schon angemerkt, sind gut 98 % der Menschen in Deutschland mit dem Virus nicht infiziert.

Die Vorsorgemaßnahmen müssen aber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, insbesondere zumutbar sein. Die Verhältnismäßigkeit, nämlich die Geeignetheit, die Notwendigkeit (geringstmöglicher Eingriff in die Rechte der betroffenen Personen) und das rechte Maß (Übermaßverbot) lassen sich für die Verpflichtung in besonderen Lagen, einen Mund-Nasen-Schutz anzulegen oder sich testen zu lassen, ob eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht, schwer bestreiten. Wegen des Eingriffs in die Grundrechte des Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 VvB und der weiteren Landesverfassungen muß die Gefahr, für deren Abwehr vorgesorgt werden soll, hinreichend gewichtig sein, um den Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können.

Gegenüber der gesamten Bevölkerung eines Landes kommt eine Gefahrenvorsorge im Sinne des Polizeirechts, die Grundrechte beeinträchtigt, nicht in Betracht, weil weder eine abstrakte noch gar eine konkrete Gefahr für alle und durch alle oder auch nur für viele Bewohner des Landes besteht und auch nicht erwartet werden kann. Weder muß davon ausgegangen werden, daß alle oder auch nur viele Bewohner mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind, noch daß alle oder viele Bewohner infiziert

werden werden. Eine solche Annahme würde der Realität in keiner Weise gerecht. Das kann allenfalls für begrenzte Wohngebiete, in denen Menschen eng zusammenleben und die Erfahrung zeigt, daß es in besonders hohem Maße zu Infektionen kommt, angemessene Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 rechtfertigen. Die Vorsorgemaßnahmen treffen jeden Einzelnen, obwohl er nicht als gefährlich für andere erkannt ist oder auch nur erkennbar wäre. Die polizeirechtlichen Gefahrenvorsorgemaßnahmen setzen eine abstrakte Gefahr (dazu zu 5 und zu b) voraus.

Die Vorschriften gegen die Infektionsgefahr durch das Coronavirus SARS-CoV-2 bestehen demgegenüber weitgehend aus Verpflichtungen der Gefahrenvorsorge. Allgemeine Vorsorgemaßnahmen setzen eine Notstandsverfassung voraus (dazu 6, IX).

bb) Gefahrenvorsorge gegen bestimmte abstrakte Polizeigefahren

Die Dogmatik der Gefahrenvorsorge (etwa D. Murswiek/St. Rixen, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2, Rn. 198, u.ö.) findet eine gewisse Rechtfertigung darin, daß sie vorsorgliche Maßnahmen der Gefahrenermittlung oder der Gefahrenabwehr in Lagen erlaubt, die in besonderer Weise Gefahren mit sich zu bringen pflegen, insbesondere die illegale Grenzüberschreitung (M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel S. 743). Eine solche Lage schafft die Grenze, die besonderen Schutzes bedarf.

Die Gefahrenvorsorge, die auf die polizeiliche Generalklausel gestützt wird, wenn nicht spezielle Regelungen sie ermöglichen, ist eine Extension des Begriffs der abstrakten Gefahr, der es leisten soll, den Sicherheitsbehörden ohne konkrete Hinweise Gefahrenermittlungen zu ermöglichen. Voraussetzung ist allerdings, daß erfahrungsgemäß in den Lagen der Gefahrenvorsorge Rechtsverletzungen erwartet werden können, weil diese nicht selten sind, oder das die möglichen Schäden durch eine Verwirklichung der Gefahr sehr groß sind, wie die durch ein Reaktorunglück (M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739 f.).

Deutschland kennt auch die allgemeine Ausweiskontrolle ohne jeden Anlaß. Diese ist verfassungsrechtlich denn auch mehr als fragwürdig.

§ 21 Abs. 1 ASOG Berlin bestimmt:

„Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die Identität einer Person feststellen, wenn das zur Abwehr einer Gefahr oder zur Erfüllung der ihnen durch andere Rechtsvorschriften übertragenen Aufgaben (§ 1 Abs. 2) erforderlich ist“.

Diese Vorschrift erlaubt die Identitätsfeststellung, nicht aber die Infektionsfeststellung. Insbesondere setzt sie eine Polizeigefahr voraus, die abgewehrt werden soll. Andere Rechtsvorschriften ergeben sich insbesondere für Grenzüberschreitungen und aus dem Aufenthaltsrecht.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in der Entscheidung vom 28. März 2003 (Akz. Vf. 7-VII-00; Vf. 8-VIII-00) zur Identitätskontrolle (Schleierfahndung) gemäß Art. 13 PAG Bayerns (Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei, Polizeiaufgabengesetz – PAG) laut seiner Pressemitteilung dargelegt:

„Die ereignis- und verdachtsunabhängige Identitätskontrolle (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 PAG) ist verhältnismäßig im engeren Sinn. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den legitimen Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Der Gesetzgeber muss Allgemein- und Individualinteressen angemessen ausgleichen. Eine Identitätskontrolle nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 PAG greift nur sehr geringfügig in die allgemeine Handlungsfreiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Der Eingriff erschöpft sich in einem Angehalten- und Befragtwerden sowie der Verpflichtung, ein mitgeführtes Ausweispapier zur Prüfung auszuhändigen. Soweit sich an dabei getroffene Feststellungen weitere, über die Identitätsfeststellung hinausgehende Maßnahmen anschließen, beruhen diese nicht mehr auf Art. 13 PAG, sondern auf anderen Normen. Die Eingriffsschwellen der Identitätskontrolle sind sehr niedrig ausgestaltet. Das Gesetz sieht außerhalb des Grenzgebiets eine Befugnis zur Identitätsfeststellung auf Durchgangsstraßen und in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs vor, ohne an eine konkrete Gefahr oder eine besondere Gefahrennähe anzuknüpfen. Die Befugnis ist also ereignis- und verdachtsunabhängig. Das bedeutet aber nicht, dass das Gesetz ein vollkommen willkürliches, durch kein Ziel determiniertes Kontrollieren ermöglicht. Die Polizei darf nur zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts oder zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität handeln. Diese Ziele verpflichten die Polizei, den Kontrollen entsprechende Lageerkennnisse und einschlägige polizeiliche Erfahrung zugrunde zu legen, auch ohne dass das einer gesonderten Erwähnung im Gesetzestext bedürfte. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG erfasst einen beliebig großen Personenkreis. Jeder, der sich auf einer Durchgangsstraße oder in einer öffentlichen Einrichtung des internationalen Verkehrs aufhält, kann einer Identitätskontrolle ausgesetzt sein, ohne dass das mit seinem Verhalten in Beziehung gebracht werden könnte oder durch ihn veranlasst wäre. Außerhalb des Grenzgebiets ist der Kontrollraum aber auf wenige räumliche Bereiche mit größerem abstraktem Gefahrenpotential, ähnlich dem Grenzbereich, beschränkt und die abstrakte Kontrollwahrscheinlichkeit im Einzelfall damit deutlich herabgesetzt. Insgesamt ergibt sich bei Maßnahmen nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 PAG das Bild einer geringfügigen Grundrechtsbeeinträchtigung. Einer sehr niedrigen Belastung im Einzelfall stehen tatbestandlich nur sehr schwach konturierte Eingriffsschwellen und ein beliebig großer betroffener Personenkreis gegenüber, das allerdings wiederum beschränkt auf einen engen Kontrollraum, der im Regelfall nur gelegentlich betreten wird. Andererseits dient die Identitätskontrolle dem Schutz bedeutsamer Güter, deren Verletzung strafbewehrt ist. Sie zielt auf die Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts. Das Ausländerstrafrecht verfolgt als Schutzzweck die Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes. Das Ziel der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität umfasst die Prävention wegen zahlreicher für die grenzüberschreitende Kriminalität charakteristischer Delikte, wie z.B. das Einschleusen von Ausländern, den unerlaubten Aufenthalt, Urkundenfälschung, (Kraftfahrzeug-) Diebstahl sowie Verstöße gegen das Waffen- und das Betäubungsmittelgesetz, und reicht bis hin zur Bekämpfung verschiedener, zum Teil schwerer, mit Freiheitsstrafe bedrohter Verbrechen. Bei einer abwägenden Gegenüberstellung der Grundrechtsbeeinträchtigung und des damit verfolgten präventiven Gefahrenschutzes überwiegen die Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht das allgemeine Interesse an einem präventiven Gefahrenschutz. Das ergibt sich allerdings nicht schon allein aus der sicherheitsorientierten Zielsetzung der Identitätskontrolle. Sicherheitsorientierte Zielsetzung und Grundrechte machen die Abwägung notwendig, begründen aber nicht je für sich bereits ein Abwägungsergebnis. Der staatliche Schutzauftrag des Art. 99 BV wäre ohne Kontrollbefugnisse von vornherein nur unvollkommen zu erfüllen. Auch auf dem Feld der Gefahrenvorsorge sind Grundrechtseingriffe nicht schlechthin unzulässig. Zwar knüpft das Polizeirecht Eingriffsbefugnisse der Polizei traditionell an eine konkrete Gefahr, die einem Handlungs- oder Zustandsstörer zugerechnet wird und Maßnahmen gegen ihn rechtfertigen kann. Das beugt unverhältnismäßigen Beschränkungen der Grundrechte vor, besagt aber noch nicht, dass jenseits dieser Fälle oder eines

derartigen Verdachts die Verhältnismäßigkeit generell nicht mehr gewahrt ist. Beim Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz ist eine Gefahrenvorsorge seit langem anerkannt. Während bei solcher Vorsorge und im Fall konkreter Polizeigefahr die Gefahren- oder Risikoquelle bekannt ist und gesetzliche Anforderungen im Regelfall (nur) den Verursacher oder Störer treffen, gibt es zwischen dem ereignis- und verdachtsunabhängig Kontrollierten und der Gefahr, der die Vorsorge gilt, keinen vergleichbaren Zusammenhang. Eine verfassungsrechtlich begründete Forderung nach einem solchen „Zurechnungszusammenhang“ macht jedoch von vornherein nur dort einen Sinn, wo die Gefahr nicht gleichsam anonym ist. Die hohen Anforderungen, die Art. 10 PAG für ein ausnahmsweises Einschreiten gegen nicht verantwortliche Personen stellt, finden ihre Erklärung darin, dass sie eine bereits festgestellte und damit regelmäßig auch zurechenbare Gefahr voraussetzen. Die verdachts- und ereignisunabhängige Identitätskontrolle dient demgegenüber dazu, in einem Raum mit größerem abstraktem Gefahrenpotential vor dem Hintergrund von Lageerkenntnissen der polizeilicher Erfahrung zu erforschen, ob eine auch personell konkretisierbare und damit zurechenbare Gefahr besteht.“

cc) Befugnis zur Gefahrenvorsorge

Zudem müssen die Länder den Sicherheitsbehörden, zu denen auch die Gesundheitsbehörden gehören, die Befugnis eingeräumt haben, Gefahrenvorsorge zu betreiben. Die Polizei in Berlin hat explizit eine solche Befugnis nicht, wie § 1 Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG) Berlin, der oben zu 3 zitiert ist, erweist.

Die Befugnis zur Gefahrenvorsorge der Ordnungsbehörden und der Polizei gibt es in Berlin nach § 1 Abs. 3 ASOG nur zur „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“.

Die Gesundheitsämter in Berlin sind Ordnungsbehörden (Anlage 1 ASOG Bln – Zuständigkeitskatalog Ordnungsaufgaben (ZustKat Ord), zu § 2 Absatz 4 Satz 1:

Erster Abschnitt

Ordnungsaufgaben der Senatsverwaltungen

„Nummer 3

Gesundheitswesen

Zu den Ordnungsaufgaben der für Gesundheitswesen zuständigen Senatsverwaltung gehören:

- (1) die gesundheitsaufsichtlichen Aufgaben der obersten Landesgesundheitsbehörde hinsichtlich,
 - a) des Infektionsschutzgesetzes, der Trinkwasserverordnung sowie der Badegewässerverordnung,
 - b) der internationalen Gesundheitsvorschriften,
 - c) der europäischen Verordnungen und Richtlinien hinsichtlich des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung in den Bereichen Luft, Wasser, Boden, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Strahlen, Chemikalien und andere Stoffe;
- (2) die Zivilschutzvorkehrungen im Gesundheitswesen;
- (3) die Anerkennung von Beratungsstellen und beratenden Ärztinnen und Ärzten nach den §§ 9 und 10 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes;
- (4) die Benennung von benannten Stellen nach § 15 Absatz 1 Satz 2 des Medizinproduktegesetzes, die Anerkennung von Mindestkriterien nach § 15 Absatz 5 des Medizinproduktegesetzes und die Benennung von Konformitätsbewertungsstellen für Drittstaaten nach § 15a Absatz 2 und 3 des Medizinproduktegesetzes.“

Eine Zuständigkeit der Ordnungsämter für eine Gefahrenvorsorge ergibt sich auch nicht aus der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021. Die Senatsverwaltungen

haben zwar viele Zuständigkeiten nach dieser Verordnung, aber keine für eine Gefahrenvorsorge, sondern nur Zuständigkeiten zur Ausführung der verschiedenen Gebote und Verbote im Rahmen der geregelten Lebensbereiche. So unterliegen für die Zeit der Absonderung die abgesonderten Personen der Beobachtung durch das zuständige Gesundheitsamt (§ 7 Abs. 4 der Verordnung). Zudem kann das ASOG nicht durch eine Verordnung verändert werden, im Übrigen auch aus föderalistischen Gründen (dazu zu I 7) nicht durch ein Bundesgesetz.

b) Risikovorsorge

aa) Judikatur

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Befugnisse zur Gefahrenvorsorge im Urteil vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03) enger gezogen als der Bayerische Verfassungsgerichtshof (dazu 4 a bb), aber die der Risikovorsorge herangezogen, wenn es gilt, höchste Rechtsgüter wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu schützen. Die im Wesentlichen gleiche Dogmatik hatte das Bundesverwaltungsgericht schon in dem Urteil vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.02) entwickelt. Die maßgeblichen Erörterungen des Urteils vom 28. Juni 2004 lauten:

„Der klassische Gefahrenbegriff, der nach den Ausführungen des Berufungsgerichts auch dem rheinland-pfälzischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetz zugrunde liegt, ist dadurch gekennzeichnet, dass "aus gewissen gegenwärtigen Zuständen nach dem Gesetz der Kausalität gewisse andere Schaden bringende Zustände und Ereignisse erwachsen werden" (vgl. Urteil des PrOVG vom 15. Oktober 1894, PrVB1 16, 125, 126). Schadensmöglichkeiten, die sich deshalb nicht ausschließen lassen, weil nach dem derzeitigen Wissensstand bestimmte Ursachenzusammenhänge weder bejaht noch verneint werden können, begründen keine Gefahr, sondern lediglich einen Gefahrenverdacht oder ein "Besorgnispotenzial" (vgl. Urteil vom 19. Dezember 1985 - BVerwG 7 C 65.82 - BVerwGE 72, 300, 315). Das allgemeine Gefahrenabwehrrecht bietet keine Handhabe, derartigen Schadensmöglichkeiten im Wege der Vorsorge zu begegnen. Die Befugnisse und Ermächtigungen der Verwaltungsbehörden und der Polizei nach dem Polizei- und Ordnungsbehördengesetz umfassen Vorsorgemaßnahmen nicht ausdrücklich. Die entsprechenden Vorschriften lassen sich aber auch nicht in diesem Sinne erweiternd auslegen, indem der Exekutive, wie es das Oberverwaltungsgericht für geboten hält, ein "Einschätzungs- und Entscheidungsvorrang" (Berufungsurteil S. 10) zugestimmt wird, und zwar auch nicht, wie es in dem angefochtenen Urteil wenig präzise heißt, "gleichsam auf der Rechtsfolgenseite". Maßgebliches Kriterium zur Feststellung einer Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (vgl. Urteil vom 26. Februar 1974 - BVerwG 1 C 31.72 - BVerwGE 45, 51, 57). Das trifft nicht nur für die "konkrete" Gefahr zu, die zu Abwehrmaßnahmen im Einzelfall berechtigt, sondern auch für die den sicherheitsrechtlichen Verordnungen zugrundeliegende "abstrakte" Gefahr. Die abstrakte Gefahr unterscheidet sich von der konkreten Gefahr nicht durch den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose oder, wie der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 26. Juni 1970 - BVerwG 4 C 99.67 - (DÖV 1970, 713, 715) gesagt hat, durch die Betrachtungsweise: Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden kann; eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen; das hat zur Folge, dass auf den Nachweis der Gefahr eines Schadenseintritts im Einzelfall verzichtet werden kann (vgl. auch Beschluss vom 24. Oktober 1997 - BVerwG 3 BN 1.97 - Buchholz 418.9 TierSchG Nr. 10). Auch die Feststellung einer abstrakten Gefahr verlangt mithin eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte

Prognose: Es müssen - bei abstrakt-genereller Betrachtung - hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen. Dabei liegt es im Wesen von Prognosen, dass die vorhergesagten Ereignisse wegen anderer als der erwarteten Geschehensabläufe ausbleiben können. Von dieser mit jeder Prognose verbundenen Unsicherheit ist die Ungewissheit zu unterscheiden, die bereits die tatsächlichen Grundlagen der Gefahrenprognose betrifft. Ist die Behörde mangels genügender Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose nicht im Stande, so liegt keine Gefahr, sondern - allenfalls - eine mögliche Gefahr oder ein Gefahrenverdacht vor. Zwar kann auch in derartigen Situationen ein Bedürfnis bestehen, zum Schutz der etwa gefährdeten Rechtsgüter, namentlich höchstrangiger Rechtsgüter wie Leben und körperlicher Unversehrtheit von Menschen, Freiheitseinschränkungen anzuordnen. Doch beruht ein solches Einschreiten nicht auf der Feststellung einer Gefahr; vielmehr werden dann Risiken bekämpft, die jenseits des Bereichs feststellbarer Gefahren verbleiben. Das setzt eine Risikobewertung voraus, die - im Gegensatz zur Feststellung einer Gefahr - über einen Rechtsanwendungsvorgang weit hinausgeht und mehr oder weniger zwangsläufig neben der Beurteilung der Intensität der bestehenden Verdachtsmomente eine Abschätzung der Hinnehmbarkeit der Risiken sowie der Akzeptanz oder Nichtakzeptanz der in Betracht kommenden Freiheitseinschränkungen in der Öffentlichkeit einschließt, mithin - in diesem Sinne - "politisch" geprägt oder mitgeprägt ist (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats - 3. Kammer - vom 28. Februar 2002 - 1 BvR 1676/01 - DVBl 2002, 614). Eine derart weitreichende Bewertungs- und Entscheidungskompetenz steht den Polizei- und Ordnungsbehörden aufgrund der Verordnungsermächtigung nach dem Polizei- und Ordnungsbehördengesetz nicht zu. Denn es wäre mit den aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem (Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 28 Abs. 1 GG) folgenden Grundsätzen der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen der Exekutive und des Vorbehalts des Gesetzes nicht vereinbar, wenn die Exekutive ohne strikte Bindung an den überlieferten Gefahrenbegriff kraft eigener Bewertung über die Notwendigkeit oder Vertretbarkeit eines Verordnungserlasses entscheiden könnte. Die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion der sicherheitsrechtlichen Verordnungsermächtigungen wäre in Frage gestellt, könnte die Exekutive nach diesen Vorschriften bereits einen mehr oder minder begründeten Verdacht zum Anlass für generelle Freiheitseinschränkungen nehmen. Vielmehr ist es Sache des zuständigen Gesetzgebers, sachgebietsbezogen darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau (vgl. hierzu Urteil vom 19. Dezember 1985, a.a.O. S. 316) und auf welche Weise Schadensmöglichkeiten vorsorgend entgegen gewirkt werden soll, die nicht durch ausreichende Kenntnisse belegt, aber auch nicht auszuschließen sind (vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 65 m.w.N.). Allein der Gesetzgeber ist befugt, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen die Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zu schaffen, mit denen Risiken vermindert werden sollen, für die - sei es aufgrund neuer Verdachtsmomente, sei es aufgrund eines gesellschaftlichen Wandels oder einer veränderten Wahrnehmung in der Bevölkerung - Regelungen gefordert werden. Das geschieht üblicherweise durch eine Absenkung der Gefahrenschwelle in dem ermächtigenden Gesetz von der "Gefahrenabwehr" zur "Vorsorge" gegen drohende Schäden (vgl. etwa § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG, § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 6 Abs. 2 GenTG, § 7 BBodSchG). Demgegenüber ist in §§ 26, 27 POG ausschließlich von "Gefahrenabwehr", nicht hingegen von "Vorsorge" oder "Vorbeugung" die Rede. Auch darin zeigt sich positivrechtlich, dass dem Gefahrenbegriff nicht aus sich heraus eine Erstreckung auf die Aufgabe der Risiko- oder Gefahrenvorsorge innewohnt.“

Auch das Bundesverfassungsgericht baut seinen Beschluß 19. November 2021 (siehe A II 1 b) zur sogenannten Bundesnotbremse auf „das Risiko der Infektion“ auf (Rnrn. 162, 193, 201, 209 f., 275, 285, idS. auch 303), läßt aber seinen Risikobegriff im Unklaren.

bb) Risikovorsorge gegen Gefahren durch Großprojekte

Mit dem Rechtsinstitut der Risikovorsorge ist das sicherheitsrechtliche Instrumentarium über die Gefahrenabwehrrechte hinaus erheblich erweitert (in diesem Sinne BVerwG. Urteil vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.02); Urteil vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03), relevanter Text zu b aa). Eine vermeintliche Risikovorsorge gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 greift in die Rechte jedes Einzelnen ein, der mit Pflichten belegt wird, die seine Grundrechte beeinträchtigen. Die Möglichkeit, daß jedermann mit dem Coronavirus infiziert werden kann, ist der Grund jedenfalls des Bundesverfassungsgerichts für die vermeintliche Risikovorsorge gegen die allgemeine Infektionsmöglichkeit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Jeder ist dadurch den Maßnahmen der ‚Risikovorsorge‘ ausgesetzt. Der umgangssprachliche Begriff Risiko erfaßt mancherlei Lebenslagen. Das Rechtsinstitut der Risikovorsorge gehört jedoch vornehmlich zum Recht der Großprojekte (vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015). Risikobekämpfung verbleibt jenseits des Bereichs feststellbarer Gefahren (sc.: Polizeigefahren, BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2004, BVerwG 6 C 21.03; Text zu b aa). Das Rechtsinstitut der Risikovorsorge ist insbesondere wegen der außerordentlichen Schadensmöglichkeit durch Atomkraftwerke von der Rechtsprechung entwickelt worden (dazu BVerfGE 49, 89 (143); 53, 30 (58 f.); Alexander Roßnagel, Zum rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsschutz von Atomkraftwerken, JZ 1986, 716 ff., 720; K. A. Schachtschneider, Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 83 ff., 87 ff. mit Fn. 17, durchgehend), weil diese Anlagen, wenn sie sicher sein sollen, keine konkrete Gefahr im Sinne des Sicherheitsrechts ausmachen dürfen. Das Rechtsinstitut wird vielfach mit der gefahrenrechtlichen Je-desto-Formel dogmatisiert (kritisch A. Roßnagel, Zum rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsschutz von Atomkraftwerken, JZ 1986, 719 f.), hat jedoch sicherheitsrechtlichen Eigenstand (K. A. Schachtschneider, Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff., 83 ff. mit weiteren Hinweisen). Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG muß für die Genehmigung der Errichtung und des Betriebes von Atomkraftwerken „die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen“ sein. Schäden müssen unmöglich sein. Das kann nur nach menschlichem Vermögen, also wissenschaftlich, beurteilt werden (dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff.). Es ist gebotene Risikovorsorge, weil weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr, die die Wahrscheinlichkeit des Schadens voraussetzen, für die notwendige Sicherheit der Anlage, die Unmöglichkeit des Schadens, genügen. Eine nicht hinreichend sichere Anlage wäre eine konkrete Gefahr.

Die Errichtung und der Betrieb eines Atomkraftwerks dürfen nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 Atomgesetz keinen Schaden ermöglichen. Ein GAU muß unmöglich sein. Auf das Wissen des Menschen ist kein Verlaß. Der Mensch kann sich irren, auch deutsche Ingenieure. Aber der Schadensausschluß kann auch technisch nicht gewährleistet werden. Jedenfalls ist eine Beschädigung eines Atomkraftwerks, die zur nuklearen Verstrahlung großer Gebiete führt, durch militärische Maßnahmen (Saporischschja, Ukraine), aber auch durch Naturgewalten (Fukushima, Japan) möglich. Nicht zuletzt deswegen ist in Deutschland die Laufzeit der an sich unverzichtbaren Energieproduktionsanlagen begrenzt worden. Wegen des hohen Risikos der Atomkraftwerke wird trotz der Energieknappheit wegen politischer Fehlentscheidungen (Sanktionen gegen Rußland wegen des Krieges auf ukrainischen Boden), ohne daß nach dem Stand der Wissenschaft eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne besteht, eine Verlängerung der Laufzeit von

der derzeitigen Regierungspartei „Bündnis 90/Die Grünen“ abgelehnt. Wegen der Unmöglichkeit eines Schadenausschlusses nach praktischer Vernunft (dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 100 ff.) wurde das Rechtsinstitut der Risikovorsorge entwickelt. Richtig ist es, in Anlehnung an die Formel, je größer die Schadensmöglichkeit, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, den Sicherheitsbegriff hinsichtlich der außergewöhnlichen Schadensmöglichkeiten der Atomkraftwerke auf die Verhinderung der Möglichkeit eines Schadens auszudehnen und nicht auf deren Wahrscheinlichkeit abzustellen (K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff., S. 83 ff.).

Trotz aller Vorkehrungen gegen die Möglichkeit eines Schadens durch Atomkraftwerke bleibt objektiv die reale Möglichkeit eines solchen Ereignisses, gar eines GAU.

cc) Infektionsmöglichkeit kein Risiko

Wenn der durchaus kritische, aber wegen der Notwendigkeit, die Allgemeinheit vor außergewöhnlich hohen Gefahren zu schützen, entwickelte Begriff der Risikovorsorge (BVerfGE 49, 89, 135 ff., 143, Rnm. 111, 118, (“Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“); 53, 30 (58 f., Rn. 54); BVerwGE 69, 37 (43); 72, 300 (315 ff.); BVerwG Urteil vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03); dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 86 f., 90 mit umfangreichen Hinweisen in Fn. 17) herangezogen werden können sollte, müßten die Maßnahmen zum Schutz vor einer Pandemie oder Epidemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 hingenommen werden, es sei denn, die Grundrechtseingriffe für die durch die Schutzmaßnahmen betroffenen Menschen sind derart schwerwiegend, daß eine vernunftgesteuerte Abwägung der Rechtsprinzipien den Grundrechtsschutz gegen die Corona-Schutzmaßnahmen der Risikovorsorge durch die Verpflichtung der gesamten Bevölkerung zu Schutzmaßnahmen gegen diese Infektion vorzuziehen gebietet.

Aber die allseitige Infektionsmöglichkeit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist kein Risiko der Infektion mit dem Virus und der Erkrankung daran. Ein Risiko ist durch die Errichtung einer risikobehafteten Anlage, insbesondere ein Atomkraftwerk, oder ein sonstiges Handeln von Menschen eine reale Gefahr, die aber nicht wahrscheinlich einen Schaden auslösen kann, aber deren Verwirklichung großen Schaden zur Folge hätte. Der Schaden kann der Tod oder der Gesundheitsschaden vieler Menschen sein, aber auch der Tod oder Gesundheitsschaden einzelner Menschen, die sich dem Risiko etwa durch den Sprung aus großer Höhe in unbekanntes Gewässer aussetzen. Meist gehen solche Sprünge gut, weil das Gewässer keine objektive Möglichkeit eines Schadens bietet (falls der Springer nicht eine ‚Bauchklatscher‘ macht). Das Risiko ist eine objektive, reale Schadensmöglichkeit. Erst recht ist das Risiko keine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens und darum keine Polizeigefahr. Es kann zwar zu einer polizeilichen Gefahr werden, ist aber als Risiko nicht schon eine solche. Ein Atomkraftwerk wäre sonst eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, welche unterbunden werden müßte. Die Infektionsmöglichkeit der Allgemeinheit ist ebenfalls keine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Infektion und darum kein polizeiliche Gefahr, weder eine konkrete noch eine abstrakte (dazu zu 2, 5 und 6).

Mit dem Rechtsinstitut der Risikovorsorge ist das sicherheitsrechtliche Instrumentarium über die Gefahrenabwehrrechte hinaus erheblich erweitert (in diesem Sinne BVerwG. Urteil vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.02); Urteil vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03), relevanter Text zu b aa). Eine vermeintliche Risikovorsorge gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 greift in die Rechte jedes Einzelnen ein, der mit Pflichten belegt wird, die seine Grundrechte beeinträchtigen. Die Möglichkeit, daß jedermann mit dem Coronavirus infiziert werden kann, ist der Grund jedenfalls des Bundesverfassungsgerichts für die vermeintliche Risikovorsorge gegen die allgemeine Infektionsmöglichkeit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Jeder ist dadurch den Maßnahmen der ‚Risikovorsorge‘ ausgesetzt. Der umgangssprachliche Begriff Risiko erfaßt mancherlei Lebenslagen. Das Rechtsinstitut der Risikovorsorge gehört jedoch vornehmlich zum Recht der Großprojekte (vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015). Risikobekämpfung verbleibt jenseits des Bereichs feststellbarer Gefahren (sc.: Polizeigefahren, BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2004, BVerwG 6 C 21.03; Text zu b aa). Das Rechtsinstitut der Risikovorsorge ist insbesondere wegen der außerordentlichen Schadensmöglichkeit durch Atomkraftwerke von der Rechtsprechung entwickelt worden (dazu BVerfGE 49, 89 (143); 53, 30 (58 f.); Alexander Roßnagel, Zum rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsschutz von Atomkraftwerken, JZ 1986, 716 ff., 720; K. A. Schachtschneider, Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 83 ff., 87 ff. mit Fn. 17, durchgehend), weil diese Anlagen, wenn sie sicher sein sollen, keine konkrete Gefahr im Sinne des Sicherheitsrechts ausmachen dürfen. Das Rechtsinstitut wird vielfach mit der gefahrenrechtlichen Je-desto-Formel dogmatisiert (kritisch A. Roßnagel, Zum rechtlichen und wirtschaftlichen Bestandsschutz von Atomkraftwerken, JZ 1986, 719 f.), hat jedoch sicherheitsrechtlichen Eigenstand (K. A. Schachtschneider, Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff., 83 ff. mit weiteren Hinweisen). Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG muß für die Genehmigung der Errichtung und des Betriebes von Atomkraftwerken „die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen“ sein. Schäden müssen unmöglich sein. Das kann nur nach menschlichem Vermögen, also wissenschaftlich, beurteilt werden (dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff.). Es ist gebotene Risikovorsorge, weil weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr, die die Wahrscheinlichkeit des Schadens voraussetzen, für die notwendige Sicherheit der Anlage, die Unmöglichkeit des Schadens, genügen. Eine nicht hinreichend sichere Anlage wäre eine konkrete Gefahr.

Die Errichtung und der Betrieb eines Atomkraftwerks dürfen nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 Atomgesetz keinen Schaden ermöglichen. Ein GAU muß unmöglich sein. Auf das Wissen des Menschen ist kein Verlaß. Der Mensch kann sich irren, auch deutsche Ingenieure. Aber der Schadensausschluß kann auch technisch nicht gewährleistet werden. Jedenfalls ist eine Beschädigung eines Atomkraftwerks, die zur nuklearen Verstrahlung großer Gebiete führt, durch militärische Maßnahmen (Saporischschja, Ukraine), aber auch durch Naturgewalten (Fukushima, Japan) möglich. Nicht zuletzt deswegen ist in Deutschland die Laufzeit der an sich unverzichtbaren Energieproduktionsanlagen begrenzt worden. Wegen des hohen Risikos der Atomkraftwerke wird trotz der Energieknappheit wegen politischer Fehlentscheidungen (Sanktionen gegen Rußland wegen des Krieges auf ukrainischen Boden), ohne daß nach dem Stand der Wissenschaft eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne besteht, ein Verlängerung der Laufzeit von der derzeitigen Regierungspartei „Bündnis 90/Die Grünen“ abgelehnt. Wegen der Unmöglichkeit eines

Schadenausschlusses nach praktischer Vernunft (dazu K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 100 ff.) wurde das Rechtsinstitut der Risikovorsorge entwickelt. Richtig ist es, in Anlehnung an die Formel, je größer die Schadensmöglichkeit, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, den Sicherheitsbegriff hinsichtlich der außergewöhnlichen Schadensmöglichkeiten der Atomkraftwerke auf die Verhinderung der Möglichkeit eines Schadens auszudehnen und nicht auf deren Wahrscheinlichkeit abzustellen (K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 81 ff., S. 83 ff.).

Die Epidemie dogmatisiert das Bundesverfassungsgericht wegen des allgemeinen Risikos der Infektion als Infektionsgefahr (Beschluß 19. November 2021, Bundesnotbremse (siehe A II 1 b), Rnrrn. 162, 193, 201, 209 f., 275, 285; Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrrn. 161 ff.; dazu zu 1 und 6, durchgehend). Die Epidemie ist aber kein geplantes Großprojekt, sondern eine nicht geplante außergewöhnliche Notlage. Der Risikobegriff wird meist handlungsbezogen gebraucht (vgl. N. Kogan, Risikoverhalten, in: W. Arnold/H. J. Eysenck/R. Meili, Hrsg., Lexikon der Psychologie, Dritter Band, 1980, S. 1921 ff.). Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 führt gegebenenfalls zu konkreten und auch abstrakten Gefahren (dazu zu 5 und 6). Die Verantwortlichkeit für diese Gefahren für Leben und Gesundheit bestimmt sich nach den polizeirechtlichen Kategorien (dazu zu 6 und V). Freilich können auf Grund dieser Gefahrenbegriffe nicht alle Menschen im Lande, von denen, wie schon mehrfach gesagt, mehr als 98 % nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind, für die Möglichkeit der Corona-Infektion verantwortlich gemacht werden. Eine Risikovorsorge im Sinne ihren Begriffs, die Schadensmöglichkeiten größtmöglich vorzubeugen gebietet, aber nicht auf Großprojekte begrenzt wird, führt notwendig zu diktatorischen Maßnahmen des Staates, wie die Berichte von den Maßnahmen Chinas erweisen. Ohne Notstandsverfassung sind solche Maßnahmen verfassungswidrig.

dd) Infektionsmöglichkeit keine Schadenswahrscheinlichkeit

Die Besonderheit der Corona-Pandemie ist es, daß niemand weiß, wer infiziert ist, obwohl es immer wieder neue Infektionen gibt, die erweisen, daß jeder infiziert werden kann. Deswegen die gesamte Bevölkerung der Gefährdung anderer Menschen zu verdächtigen oder als allgemeines Risiko zu sehen und sie zur Gefahren- bzw. Risikovorsorge Maßnahmen polizeirechtlicher Art auszusetzen, geht über die Grenzen hinaus, die der Rechtsstaat zieht und ziehen muß, vor allem wegen seiner Grundrechte. Der Gefahrenverdacht läßt Grundrechtseingriffe nur insoweit zu als die grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen der Klärung dienen, ob eine Gefahr besteht (dazu zu 3). Der Gefahrenverdacht ist keine Gefahr als Wahrscheinlichkeit eines Schadens (grundlegend das Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 10. Juni 1880, PrVBl. 1879/80, S. 401 ff.). Das Risikorecht läßt sich nicht auf die allseitigen Möglichkeiten einer Infektion mit einem Virus übertragen, weil die vielen, je einzelnen Menschen für diese Lage nicht polizeirechtlich verantwortlich sind und nicht dafür verantwortlich gemacht werden können, wenn sie etwa selbst von ihrer Infektion nichts wußten. Sie sind keine Störer (für alle M. Ibler, Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 738). In all den Lagen, die erfahrungsgemäß Gefahren bergen, etwa bestimmte Räume wie Krankenhäuser, lassen sich Maßnahmen des vorbeugenden Gefahrenschutzes rechtfertigen. Diese Lagen werden von einem weiten Begriff der abstrakten Gefahr erfaßt. Freilich muß hingenommen werden, daß der Besucher dieser Räume, von dem an sich keine Gefahr ausgeht, zum Störer wird, wenn er die Vorsichtsmaßnahmen nicht trifft, die berechtigt angeordnet sind, um andere Menschen vor einer Gefahr zu bewahren. Die

Schutzmaßnahmen für all die Menschen in den Räumen, zumal für die Kranken in Krankenhäusern, sind geboten. Diese nicht zu beachten, verletzt die für die Sicherheit gebotene Ordnung nicht anders als wenn jemand den Zaun übersteigt, den die Bewohner eines Hauses für ihren Schutz eingerichtet haben. Die allgemeine Sorge um Sicherheit auf den Straßen und in den Zügen Deutschlands hat sich seit der Masseneinwanderung vieler junger Männer, die Messer bei sich tragen, verstärkt. Aber nicht jeder junge südländisch aussehende junge Mann kann als abstrakte oder gar konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesehen werden, die Polizeimaßnahmen rechtfertigen könnten. Verbrechen in der Öffentlichkeit können von jedermann verübt werden. Die Verhaltensgrenzen, die der Staat im Interesse der Sicherheit zieht, insbesondere das Strafrecht, sind metaphorisch auch Zäune, den nicht von niemandem überschritten werden dürfen. Ob die Kontrolle nach dem Grenzübertritt Gefahrenvorsorge ist, wie das Bayerische Verfassungsgericht (28. März 2003 (Akz. Vf. 7-VII-00; Vf. 8-VIII-00; zitiert zu a bb) judiziert hat, oder Gefahrenabwehr durch Kontrollmaßnahmen, sei dahingestellt.

Die praktizierte Infektionsgefahr ist gewissermaßen ein Infektionsrisiko im Sinne des allgemeinen und unbestimmten Alltagssprachgebrauchs des Wortes Risiko. So hat diesen das Bundesverfassungsgericht gebraucht (BVerfG Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 162, 193, 210, 275, i. d. S. auch 303; ebenso BVerfG Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 161 ff.).

Nicht jede Lage, deren Abhilfe als notwendig angesehen wird, obwohl sie es nicht ist, ist eine Rechtfertigung für Maßnahmen, die in die Grundrechte eingreifen. Das wäre nichts anderes als das machiavellistische Prinzip: „Der Zweck heiligt die Mittel“. (Machiavelli, *Il Principe*, 1582, besonders klar XVIII. Kapitel; auch jesuitisches Prinzip, zweifelhaft). Dieses Prinzip ist rechtsstaatlich nicht tragfähig, zumal die Vermutung, alle Menschen im Lande könnten zur Gefahr werden, mit der unantastbaren Menschenwürde jedes Einzelnen unvereinbar ist, wenn die Würde des Menschen kantianisch definiert wird, wie ich das vertrete (dazu zu III 6 g, IV 2 c; V 2 a, b; VII 6 d und e; passim). Es bleibt polizeirechtlich nichts anderes übrig, als auf die Vorsorge der einzelnen Menschen selbst gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu setzen, die der Staat zu unterstützen berechtigt ist, aber nicht erzwingen oder abnötigen darf. Auch sonst müssen die Menschen sich selbst um ihre Gesundheit und ihr Leben kümmern. Es sei darauf hingewiesen, daß abstrakte Gefahren, deren Realität freilich der Erfahrung entsprechen muß, ohnehin Schutzmaßnahmen für die Sicherheit, die in Polizeiverordnungen vorgeschrieben werden, rechtfertigen, zumal für die körperliche Unversehrtheit und das Leben (dazu zu 6 c).

ee) Epidemien regelmäßig ohne Risikovorsorge

Gegen Krebs, Bluthochdruck, Adipositas, Alkohol- und Nikotinmißbrauch, MRE aber auch Grippe und andere Volkskrankheiten betreibt der Staat keine Gefahrenvorsorge oder Risikovorsorge mit verpflichtenden Maßnahmen. All die genannten nicht anders als die Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 in vielen Einzelfällen tödlichen Krankheiten könnten vom Staat bekämpft und zumindest gemildert werden, wohl vielfach auch Krebs durch andere Lebensführung und andere Ernährung. In vielen Fällen könnte der zu frühe Tod verhindert werden. Diese Krankheiten bringen hohe Kosten für die Versicherungsgemeinschaften und für die öffentliche Hand mit sich. Sie führen zudem zu langer oder dauerhafter Arbeitsunfähigkeit der betroffenen Personen, die wiederum große Kosten verursacht. Der

Alkoholmißbrauch könnte genauso wie der Nikotinmißbrauch untersagt werden. Das würde auch die Gefahr, an Krebs zu erkranken, mindern, jedenfalls die Krankheitsverläufe erleichtern. Adipositas (Fettsucht), meist eine Wohlstandskrankheit durch starkes Übergewicht vor allem wegen des übermäßigen Zuckermißbrauchs, aber auch aus anderen weniger oder nicht vorwerfbaren Ursachen, könnte zurückgedrängt werden. Ähnliches gilt für die anderen weitverbreiteten Krankheiten. Das würde außerordentliche Einsparung an Kosten und weitaus mehr Gesundheit und längeres Leben vieler Menschen im Lande bedeuten. Auch die Immunität großer Teile der Bevölkerung ließe sich stärken. Freilich sind Krankheiten ein großer Wirtschaftszweig, der durch mehr Gesundheit Einbußen erleiden würde. Der Bedarf an Fachkräften würde sinken und deren Mangel mindern. Die Schutzmaßnahmen gegen den Mißbrauch der angesprochenen Drogen (wie gegen andere Drogen), etwa Strafen oder was auch immer, werden weitgehend aus grundrechtlichen Gründen unterlassen. Der Besitz, Konsum, Verkauf und Anbau der Droge Cannabis soll noch in diesem Jahr auf Betreiben der politischen Kräfte, die hinter der Bundesregierung und auch einigen Landesregierungen stehen, aber in Grenzen auch von der Bundesregierung selbst legalisiert werden. Die Vorsorge gegen die Süchte wird weitestgehend den Menschen selbst überlassen. Dies sollte eine vorrangige staatliche Option auch im Kampf gegen die ‚Corona-Pandemie‘ sein, ebenfalls um der Grundrechte willen. Aber die genannten Krankheiten werden gar nicht erst als allgemeine Gefahr gesehen und auch nicht als Pandemie oder Epidemie deklariert. Der Staat ist allerdings verpflichtet, die gefährliche Verschmutzung der staatlichen oder kommunalen Krankenhäuser mit Bakterien zu beseitigen oder die privatwirtschaftlichen Krankenhausunternehmer dazu zu verpflichten, weil die Gefahr, an multiresistenten Erregern zu erkranken oder zu sterben, die in allen Krankenhäusern für Patienten besteht, längst offensichtlich ist. Das kostet Geld, aber weniger als die Folgen der oft tödlichen Infektionen, die hohe Milliarden Euro jährlich verschlingen. Mit ein wenig Zynismus ist auch erwähnenswert, daß die Langlebigkeit angesichts der zunehmend geringen Arbeitszeit, täglich und lebenszeitlich, enorme Kosten verursacht, allerdings für den Absatz der Konsumgüter von wesentlichem Interesse der Unternehmen ist.

ff) Allgemeine Risikovorsorge grundrechts- und rechtsstaatswidrig

Eine Pflicht zur Risikovorsorge hat, abgesehen von den oben erörterten Bedenken, die Infektionsmöglichkeit als Risiko im Sinne der Risikovorsorge behandeln, keiner der vielen Menschen ohne erkannte Infektion, weil nicht jedermann als Risiko für jeden anderen angesehen werden kann, wenn die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip gewahrt werden sollen. Es kann nicht jeder als Risiko jedes andren Menschen als Risiko für dessen Leben und Gesundheit angesehen werden, ohne daß spezifische Tatsachen darauf hinweisen. Die Jahrhunderte bewährte Rechtsprechung zu den Polizeigefahren läßt keine andere Meinung zu (dazu zu 3 b, aa, % a, aa).

Eine Risikovorsorge rechtfertigt allenfalls im Ausnahmezustand die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wenn das eine Notstandsverfassung (dazu zu 6, IX) ermöglicht. Eine Impfpflicht läßt sich ohnehin nicht rechtfertigen (dazu zu VII). Die Risikovorsorge ist kein Instrument, das die gesamte Bevölkerung zu Schutzmaßnahmen gegen eine Virusinfektion zu verpflichten rechtfertigt. Wie schon gesagt, ist aber die Dogmatik der Infektionsgefahr eine Art mißverständener Risikovorsorge.

5. Konkrete und abstrakte Gefahr

a) Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Infektion

aa) „Infektionsgefahr“ weder konkrete noch abstrakte Polizeigefahr

Die epidemische Infektionsgefahr ist durch die Möglichkeit eines Schadens an Gesundheit und Leben gekennzeichnet, die für die Allgemeinheit besteht, aber für niemanden wahrscheinlich ist. Sie ist von einer realen Pandemie oder Epidemie abhängig. Sie ist nicht die Wahrscheinlichkeit eines Schadens einzelner oder mehrerer bestimmter Menschen an Leben und Gesundheit und somit keine konkrete Gefahr im Sinne des Polizeirechts. Sie ist auch keine abstrakte Gefahr im Sinne des Polizeirechts, die Schäden erfaßt, deren Verwirklichung in konkreten Lagen nach der Erfahrung, typischerweise, wahrscheinlich ist (BVerwG DÖV 1970, 714 ff., 715; BVerwG NJW 1970, 1890 ff., 1892; K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 55, S. 129, Rn. 190, S. 191; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 145 f., S. 60 f.). Die definitorischen Sätze des Bundesverwaltungsgerichts zum rechtstaatlich und demokratisch gebotenen Begriff der abstrakten Gefahr in den Urteilen vom 20. August 2003 (BVerwG 6 CN 5.O2) und, wortgleich, vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03) seien wiederholt (zu 4 b aa):

„Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden kann; eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall eintreten pflegt und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen; das hat zur Folge, dass auf den Nachweis der Gefahr eines Schadenseintritts im Einzelfall verzichtet werden kann (vgl. auch Beschluss vom 24. Oktober 1997 - BVerwG 3 BN 1.97 - Buchholz 418.9 TierSchG Nr. 10). Auch die Feststellung einer abstrakten Gefahr verlangt mithin eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose: Es müssen - bei abstrakt-genereller Betrachtung - hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen.“

Die Möglichkeit der epidemischen Infektion in Deutschland und möglichst über Deutschland hinaus einzudämmen oder auszuschließen ist der Zweck des Infektionsschutzgesetzes. Diesen Zweck kann eine Polizeiverordnung schon deswegen nicht leisten, weil eine solche nur in dem Aufgabenbereich der jeweiligen für die Infektionsabwehrmaßnahmen zuständigen Gesundheitsämter ergehen kann. Das sind allenfalls die Gesundheitsministerien der Länder, normalerweise die Landkreise, Städte oder Gemeinden. Bundesweit gleichwertige Lebensverhältnisse oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse bedürfen bundesgesetzlicher Regelungen (Art. 72 Abs. 2 GG) oder, soweit der Bund keine Regelungen getroffen hat, müssen auch Bestimmungen der Länder genügen. Diese können weitestgehend auf Grund des Infektionsschutzgesetzes zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werden (dazu zu I).

Eine Infektion oder Erkrankung ist für niemanden wahrscheinlich, kann sich aber für jedermann ereignen. Die Infektionsgefahr, die durch eine allgemeine Infektionsmöglichkeit gekennzeichnet ist, ist real, aber, wie gesagt, für niemanden wahrscheinlich, es sei denn, jemand befindet sich längere Zeit in der Nähe von Menschen mit Symptomen der Erkrankung an dem epidemischen Virus. Die Infektionsgefahr ist somit weder eine konkrete Gefahr noch eine abstrakte Gefahr, die im Polizeirecht jeweils die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens voraussetzen. Möglichkeit ist keine Wahrscheinlichkeit (B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 223; M. Ibler,

Gefahrenverdacht und polizeiliche Generalklausel, S. 739). Die abstrakte Gefahr setzt auch bestimmte Lagen/ Situationen voraus, die nach der Erfahrung typischer Weise zu konkreten Gefahren führen (BVerwG NJW 1979, 1890 ff., 1892; K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 55, S. 129, Rn. 190, S. 191). Auch abstrakte Gefahren bestehen in bestimmten Gefahrenlagen, die jedoch nicht schon auf Grund von Tatsachen die Wahrscheinlichkeit eines Schadens erkennen lassen, sondern in der jeweiligen Lage auf Grund von Erfahrungen mit solchen Lagen Schäden befürchten lassen. Diese Lage erlaubt Polizeiverordnungen oder auch Allgemeinverfügungen, in denen wie in Gesetzen die Maßnahmen gegen abstrakte Gefahren geregelt werden.

bb) Abwehrpflicht der Infektionsmöglichkeit rechtsstaatswidrig

Die zu 2 und zu IV, VI und VII angesprochenen Schutzmaßnahmen, die die Vierte wie schon die Dritte Sars-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vorschreiben bzw. vorgeschrieben hatte, kann wegen einer abstrakten polizeilichen Gefahr der Infizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für besondere Lagen gerechtfertigt sein. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 enthielt nur noch die Pflicht, Masken zum Mund-Nasen-Schutz anzulegen in §§ 1 f., die Pflicht zum Testnachweis in §§ 3 ff. und die Absonderungspflicht nach positiver Testung in § 6 vorgeschrieben. Dabei ist die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin geblieben (dazu Anlagen 3 und 4). Von den zu Vorsichtsmaßnahmen angehaltenen Menschen, bei weitem die meisten Menschen in Deutschland, geht keine konkrete Polizeigefahr für die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben anderer Menschen aus. Die konkrete oder die abstrakte Polizeigefahr für ein Schutzgut der Sicherheit oder Ordnung ist notwendige Voraussetzung von Verpflichtungen zu Abwehrmaßnahmen gegen eine Polizeigefahr. Das ist Gebot des Rechtsstaates (BVerwG Urteil vom 28. Juni 2004, BVerwG 6 C 21.03, Zitat zu 4 b, aa. auch zu aa). Auf Grund seiner Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht, auch ohne Polizeigefahren allgemeine Schutzmaßnahmen zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 vorzuschreiben. Das Gericht begründet mit der Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (dazu IV 1, auch zu IV 6 d), daß die allgemeine Verpflichtung zu den Schutzmaßnahmen keine Verletzung dieses Grundrechts sei (Beschluß zur Bundesnotbremse vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rdnr. 109 ff.). Die epidemische Infektionsgefahr hat keine Grundlage im Polizeirecht der Länder. Sie hat ihre eigenständige Rechtsgrundlage im Infektionsschutzrecht des Bundes. Die epidemische Infektionsgefahr unterscheidet sich demgemäß von der konkreten und abstrakten Gefahr des Polizeirechts, wie das schon erörtert ist und wie es zu 6 vertieft werden wird. Ob diese Dogmatik den Prinzipien des Rechtsstaates genügt, hängt davon ab, daß sie ohne eine Notstandsverfassung den Grundrechten Stand hält (dazu zu 6 c und zu IX).

Die Dogmatik der Infektionsgefahr kommt zudem mit der Menschenwürde in Konflikt, wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Menschenwürdesatz zugrundegelegt wird. (dazu zu A II a; näher zu 6 g und zu IV 2 c, V 1 c, 2 a, b VII 6 d und e; vgl. auch K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles)). Die Würde des Menschen ist das Fundamentalprinzip des Rechts in Deutschland. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses in dem Beschluß zur Notbremse nicht erwähnt. Freilich hat das Gericht den Begriff der unantastbaren Menschenwürde im Urteil zum Großen Lauschangriff, wie sogleich zitiert wird, auf „die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ eingeeengt.

Die Verpflichtung von Menschen, die nichts mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu tun haben und niemanden gefährden können oder gar schaden, können trotz des diktatorische Charakter dieser Maßnahmen gegen Infektionen mit dem Virus zu treffen und hinzunehmen, ist ein nicht tragbarer Eingriff in die Lebensgestaltung, für alle Menschen im Lande und für jeden Einzelnen auch in seiner Privatheit. Aus einem freiheitlichen wird ein staatlich gelenktes Gemeinwesen gemacht. Das ist geradezu eine Schablone für ein wirkliches „1984“.

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wäre entgegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, so wie das Bundesverfassungsgericht dieses Recht in seinem, begrifflich nicht erfaßbaren, Kern materialisiert und bislang praktiziert hat (BVerfGE 109, 279, Ls. 2, Rn. 104; BVerfG Beschluß vom 19. November 2021, Ls. 2, Rn. 105, 110, 112, 166, 188, 219, 251, 295), mißachtet. Im Leitsatz 2 und zu Rn. 104 in BVerfGE 109, 279 ff. heißt es:

„Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung“.

Was heißt wohl „absolut geschützten Kernbereich“, was wohl „absolut“, was wohl „Kernbereich privater Lebensgestaltung“, was überhaupt „private Lebensgestaltung“? Diese Ansammlung offener Begriffe ergibt keinen auch nur annähernd dem rechtstaatlichen Bestimmtheitsprinzip genügenden Tatbestand. Materiale Begriffe können relativiert werden und werden es, zumal vom Bundesverfassungsgericht mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips (dazu Teil A II 4, III 4 d). Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist demgemäß ungewiß und birgt Überraschungen. All die einschlägigen Entscheidungen können hier nicht aufgeführt werden (dazu K. A. Schachtschneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles).

Jedenfalls gehört zum „absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung“, dorthin zu gehen, wohin man will, und mit anderen Menschen zu verkehren, mit denen man verkehren will, jedenfalls solange das nicht wegen konkreter oder auch abstrakter Gefahren unterbunden wird.

Die diktatorische Abwehr der Infektionsmöglichkeit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wie mit ähnlichen allgemeinen Infektionsmöglichkeiten ist allenfalls auf Grund einer Notstandsverfassung zu rechtfertigen (dazu zu 6, insb. c und zu IX).

cc) Handlungspflichten zur Abwehr von Polizeigefahren

Jeder Mensch hat die allgemeine Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Sein Leben, zu dem es etwa gehört, auf Straßen zu gehen, die öffentlichen Verkehrsmittel zu benutzen, in Geschäften einzukaufen, Gäste in der Wohnung zu empfangen, Kranke im Krankenhaus zu besuchen, ins Theater, ins Konzert oder zu Sportveranstaltungen zu gehen, selbst Sport zu treiben usw., bringt, jedenfalls rechtstaatlich betrachtet, als solches, wenn es sich in den Grenzen der Gesetze bewegt, keine Gefahr für andere Menschen mit sich.

Das Handeln eines Menschen, das eine Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit anderer Menschen im Rechtssinne sein soll, muß irgendeine Besonderheit haben, etwa die, daß dieser Mensch mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist. Aber nicht mit dem Virus infizierte Menschen haben keine eine Gefahr bildende Besonderheit. Sie stecken nicht an und können es nicht, jedenfalls nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Die Infektion einiger oder auch vieler Menschen mit dem

Virus läßt nicht darauf schließen, daß jeder andere Mensch auch infiziert ist. Es besteht allenfalls die Möglichkeit, die das Bundesverfassungsgericht als Risiko sieht (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 162, 193, 210, 275, auch 303; zum Risikobegriff zu 4b). Eine konkrete Gefahr oder eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wäre im Rechtsstaat die normale Voraussetzung einer Verpflichtung, bestimmte Handlungen, etwa die Teilnahme am öffentlichen Nah- oder Fernverkehr ohne Mund-Nasenschutz zu unterlassen oder sich, soweit vorgeschrieben, vor einer Handlung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 testen zu lassen. Das gilt erst recht für eine „ernsthafte Gefahr“ im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG. Oben zu 4 ist dargelegt, daß eine Gefahrenvorsorge und eine Risikovorsorge, die die gesamte Bevölkerung in Anspruch nimmt, mit Rechtsprinzipien eines Rechtsstaates nur vereinbar sind, wenn die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr zu Recht angewandt werden kann. Eine Risikovorsorge setzt weiter voraus, daß ein Großprojekt durchgeführt wird, das außerordentliches Gefahrpotential hat.

b) Konkrete Gefahr der Infektion

Konkrete Gefahren begründen Menschen durch die Möglichkeit einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht. Eine konkrete Gefahr der Infektion mit dem Virus ist die Wahrscheinlichkeit der Infektion eines bestimmten Menschen durch einen bestimmten anderen Menschen. Beide Menschen müssen individualisiert sein. Eine konkrete Gefahr durch eine bestimmte Personen läßt sich nur erkennen, wenn diese Symptome einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zeigt (so etwa St. Hockertz, Toxikologe und Immunologe, Interview in: Gesicht zeigen, Servus tv) oder wenn sie hinreichend verlässlich positiv (PCR-Test) auf die Infektion mit dem Virus getestet ist. Ohne Anhaltspunkte für eine Infektion, die eine Person erkennen läßt, kann eine Testpflicht wegen der Grundrechte nur für eine epidemische Infektionsgefahr begründet werden. Deren Rechtmäßigkeit setzt eine Notstandsverfassung voraus (dazu insbesondere zu 6 und IX).

Maßnahmen gegen Menschen, von denen keine auf Grund von Tatsachen erkennbare Gefahr ausgeht, tasten die Menschenwürde an, wenn diese in der vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Dogmatik verstanden wird (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.); dazu zu III 6 g, V 2 a und b; passim).

c) Abstrakte Gefahr der Infektion

aa) Infektionsmöglichkeit keine abstrakte Gefahr

Die allgemeine Möglichkeit der Infektion durch alle Menschen und für alle Menschen im Lande, also eine epidemische Infektionsgefahr, ist keine abstrakte Gefahr bestimmter Lagen oder bestimmter Handlungen. Auch die abstrakte Gefahr setzt wie die konkrete Gefahr die Wahrscheinlichkeit eines Schadens für ein Schutzgut voraus, in der Corona-Pandemie für die Gesundheit oder das Leben von Menschen. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 wie schon die vorhergehenden Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen etwa ging weit über Regelungen für abstrakte Gefahren hinaus und verpflichtet die Allgemeinheit in Berlin zu Corona-Schutzmaßnahmen. So bestimmt das auch die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin (dazu Anlagen 3 und 4). Nichts anderes gilt für die Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen der anderen Länder. Diese Infektionsschutzmaßnahmen können nur mit der Dogmatik der notständigen Infektionsgefahr gerechtfertigt werden (dazu zu 6 und zu IX). Als Abwehrmaßnahmen gegen Polizeigefahren wäre die Verordnung grundrechtswidrig und damit nichtig.

Eine abstrakte Gefahr ist, wie zu 1 definiert, die noch nicht individualisierte hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens, die in einer bestimmten Lage nach der Erfahrung besteht oder bestimmte Handlungen bewirken. Daß die Erfahrung eine Gefahr zu begründen vermag, die Abwehrmaßnahmen des Staates rechtfertigt, ist Jahrhunderte praktizierte Rechtsprechung. Der Begriff der abstrakten Gefahr hat in den meisten Sicherheits- und Ordnungsgesetzen Niederschlag gefunden, im Berliner ASOG nicht explizit, aber implizit im allgemeinen Begriff der Gefahr des § 1. Der Begriff der abstrakten Gefahr ist schwer zu handhaben. Die konkrete wie die abstrakte Gefahr werden entweder mit Alltagswissen oder mit beruflichem Wissen oder auch mit wissenschaftlichen Erkenntnissen, etwa dem der Immunologen, erkannt. Wenn es um das Wissen der Wissenschaft geht, ist der Stand der Wissenschaft maßgeblich (K. A. Schachtschneider, Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 111 ff.). In jedem Fall kann es Streit darüber geben und es gibt ihn oft, ob die jeweilige Lage eine konkrete oder abstrakte Gefahr schafft.

bb) Abstrakte Polizeigefahren nur bei bestimmten Sachverhalten

Abstrakte Gefahren rechtfertigen Polizeiverordnungen, die generalisiert Gebote oder Verbote, um örtliche oder zeitliche Gefahrenlagen abzuwehren, etwa an einem See: Baden verboten, oder: Niemand darf sich ohne immunisierende Impfung in einem Krankenhaus aufhalten. Auch Rechtsverordnungen wie die Corona-Schutzmaßnahmen-Verordnungen können wegen abstrakter Gefahren, wenn die Wahrscheinlichkeit von Schäden besteht, als „Akte der vollziehenden Gewalt“ Gebote oder Verbote zur Gefahrenabwehr vorschreiben (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Ls. 5, Rn. 136). Es müssen aber Polizeigefahren im definierten Sinne bestehen, nicht nur Gefahrbefürchtungen allgemeiner Art, wie diese durch Pandemien ausgelöst werden, oder Gefahrvermutungen (dazu zu 3 a). Der Gefahrenbegriff verlangt Bestimmtheit der Sachverhalte einer abstrakten Gefahr. Die Abstraktion besteht darin, daß eine konkrete Gefahr nicht zu erkennen ist, aber bei dem abstrakt formulierten Sachverhalt nach der Erfahrung eintreten kann (V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, Rn. 145, S. 60 f.; H. J. Wolff/ O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 46, Rn. 13; K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 55, S. 129, Rn. 190, S. 191). Generelle Regelungen können ihren Regelungsgegenstand nur abstrakt, d. h. losgelöst vom Einzelfall, erfassen.

Die Sachverhalte, die eine abstrakte Regelung zur Gefahrenabwehr erlauben, sind etwa Krankenhäuser, Pflegeheime, Sportstadien, Theater, Konzerthäuser, Opernhäuser, Bars usw., insbesondere Produktionsbetriebe mit eng beieinander tätigen Arbeitnehmern. In diesen Räumen halten sich entweder immer oder in bestimmten Zeiten viele Menschen auf, die mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sein und den Virus verbreiten können. Die Erfahrung sagt, daß in diesen Räumen konkrete Gefahren entstehen können, wenn sich Besucher usw. in bestimmten Zeiten in ihnen aufhalten, die, nach Auffassung der Gesetz- und Ordnungsgeber, nicht genesen, geimpft oder getestet sind, im übrigen auch nach einer Impfung und Genesung, weil diese Besucher auch mit Coronaviren SARS-CoV-2 belastet sein können (dazu zu VII 5). Ohne Mund-Nasen-Schutz ist nach den Erkenntnissen der Immunologen die Gefahr von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der weiteren Verbreitung des Virus wenig zweifelhaft. Das wird mittlerweile auch durch Alltagserfahrung bestätigt. Diese Erkenntnisse und Erfahrungen erlauben, den gemeinsamen Aufenthalt in den genannten Räumen als abstrakte Gefahr für die Infektion jedenfalls mit der hochansteckenden Delta-Variante des Coronavirus SARS-

CoV-2 einzustufen, erst recht für die Omikron-Variante, die noch sehr viel ansteckender sein soll und wohl auch ist. Diese abstrakte Gefahr rechtfertigt Schutzmaßnahmen gegen Coronavirus SARS-CoV-2.

Eine abstrakte Gefahr rechtfertigt Schutzmaßnahmen des Staates, um diese Gefahr abzuwenden. Die Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen müssen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bleiben. Der Verordnungsgeber des Landes Berlin hatte demgemäß für „Veranstaltungen“, deren Begriff in § 11 der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins definiert war, Schutzmaßnahmen vorgeschrieben. Freilich war der Begriff der „Veranstaltungen“ unnötig weit **prüfen**, so daß er restriktiv hätte gehandhabt werden müssen

Auf abstrakte Gefahren von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 konnten somit Schutzmaßnahmen auf Grund der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Dezember 2021 wie schon auf Grund der Dritten Verordnung Berlins vom 21. September 2021 gestützt werden. Auch auf Grund der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022 können Schutzmaßnahmen gegen das Virus bei bestimmten Gegebenheiten gestützt werden, etwa für die Regelungen der Veranstaltungen oder Zusammenkünfte in geschlossenen Räumen, in denen sich die Menschen dicht beieinander aufhalten. Vor allem die besonderen Veranstaltungen in geschlossenen Räumen oder die Unterbringung vieler vulnerabler Menschen insbesondere in Krankenhäusern bilden abstrakte Polizeigefahren für alle, die sich in diese Räume oder Veranstaltungen begeben, ganz unabhängig davon, ob der einzelne, etwa ein Besucher, konkret infiziert ist. Die Erfahrung lehrt, daß die Menschen in diesen Häusern oder Räumen die Gefahr der Infizierung in sich bergen, also eine abstrakte Gefahr bedeuten.

cc) Normverletzung Störung der Sicherheit und Ordnung

Wenn der Tatbestand einer Vorschrift der Polizeiverordnung, der Rechtsverordnung oder auch des Gesetzes, der, wie gesagt, hinreichend abstrakte Gefahren erfaßt, erfüllt ist, bedarf eine Abwehrmaßnahme nicht zusätzlich des Nachweises einer konkreten Gefahr. Bereits die Normverletzung ist eine Störung der Rechtsordnung und damit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BayOLGSt. 1960, 165; BVerwGE NJW, 1890 ff, 1892; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 606, S. 234; H. J. Wolff/ O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 46, Rn. 13).

6. Notständige Infektionsgefahr

§ 2 IfSG definiert:

- „1. Krankheitserreger ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann,
2. Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus,
3. übertragbare Krankheit eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit,
- 3a. bedrohliche übertragbare Krankheit eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann,

4. Kranker eine Person, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist,“

a) Infektionsbegriff

Eine Infektion im Sinne des Infektionsschutzgesetzes ist nach der Definition des § 2 Nr. 2 die Aufnahme eines Krankheitserregers, etwa eines Virus (Nr. 1), der eine übertragbare Krankheit verursachen kann. Eine Infektion ist aber keine Krankheit (Nr. 2 und Nr. 4 der Definitionen). Aber die im Zuge der Corona-Pandemie eingefügte Nr. 3 a der Definitionen definiert die „bedrohliche übertragbare Krankheit als eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann“. Eine „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit“ ist ein Notstand.

Die Infektionen sind eine Ausbreitungsweise der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2. Demgemäß ist die Corona-Krankheit eine „bedrohliche übertragbare Krankheit“ (dazu auch zu II 3 a und b). Die dynamische Ausbreitung der Krankheit mag wegen der dynamischen Ausbreitung der Infektionen an dem Virus drohen (zum Begriff der Drohung zu II 3 a), was dem Tatbestand des § 5 Abs. 1 Nr. 6 zweite Alternative IfSG genügt, aber die Krankheit als solche breitet sich nicht dynamisch oder bedrohlich aus. Es besteht die Möglichkeit, aber die hat sich jedenfalls bisher nicht verwirklicht. Demgemäß ist das wesentliche Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG, der insgesamt die epidemische Lage von nationaler Tragweite normiert, nicht erfüllt: Es besteht keine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“, wenn der Gefahrbegriff polizeirechtlich verstanden wird. Wenn mit dem Gefahrbegriff die epidemische Infektionsgefahr gemeint ist, ist das ein Notstands begriff. Immerhin spricht § 5 Abs. 1 Nr. 6 IfSG von einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“. Das genügt aber nicht, um der Rechtslage verfassungsrechtlich gerecht zu werden, auch nicht, um die Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Schutzmaßnahmen zu rechtfertigen.

Die begriffliche Problematik ist schon zu II 3 erörtert worden. Wesentlich ist die hier zitierte Vorschrift Nr. 3 a des § 2 IfSG, die erst in der Novelle des Infektionsschutzgesetzes vom 17. Juli 2017 (Artikel 1-Gesetz zur Modernisierung der epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten (IfS-MoG ; BGBl. I S. 2615 (Nr. 49)) eingefügt worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorschrift in seinem Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) nicht zitiert, aber in deren Sinne argumentiert. Es hat die Ausgangs- und Kontaktsperren des § 28 b Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 der Sache nach auf die epidemische Infektionsgefahr gestützt, die nichts anderes als die Infektionsmöglichkeit ist.

b) Zweck des Infektionsschutzgesetzes

Der Gesetzeszweck des Infektionsschutzgesetzes ist die Verhinderung der Infektionskrankheiten. Der Schaden im Sinne des Gesetzes ist somit die Krankheit, nicht die Infektion. Das folgende Beispiel mag das Verständnis für diese im Infektionsschutzrecht wesentliche Begrifflichkeit aufhellen: Ein Haus kann durch Feuer niedergebrannt werden, aber das Feuer ist nicht der Schaden, sondern die Vernichtung des Hauses. Das Feuer im Haus ist die Gefahr eines Brandschadens.

Dieser Zweck des Infektionsschutzgesetzes ergibt sich u. a. aus den folgenden Vorschriften:

§ 1 Abs. 1 Zweck

„Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern“.

§ 3 S. 1 Prävention durch Aufklärung

„Die Information und Aufklärung der Allgemeinheit über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und die Möglichkeiten zu deren Verhütung sind eine öffentliche Aufgabe“.

§ 5 Abs. 1 S. 6

„Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder
2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet“.

§ 28 a S. 1 erster Satzteil, Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)

(1) „Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere sein...“.

§ 32 S. 1 Erlass von Rechtsverordnungen

„Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28a und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen“.

Infektionen zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern, ist somit nach § 1 IfSG Zweck des Gesetzes, weil Infektionen zu Krankheit und Tod als dem Schaden an einem Rechtsgut führen können und die Weiterverbreitung der Infektionen eine Epidemie oder gar Pandemie mit vielen Toten und großen Kosten für das Gemeinwesen nach sich ziehen kann.

Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist aber auch nach den Definitionen Nr. 1 und Nr. 3 des § 2 IfSG nicht schon ein Schaden im Sinne des Infektionsschutzgesetzes:

- „1. Krankheitserreger ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann,
3. übertragbare Krankheit eine durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden, verursachte Krankheit,...“

Nr. 1 unterscheidet explizit zwischen „Infektion“ und „Krankheit“. Nach Nr. 3 ist die Krankheit eine „übertragbare Krankheit als eine durch Krankheitserreger...verursachte Krankheit. Die Infektion ist jedenfalls nicht schon eine Krankheit“.

Der Schaden, der mittels der Schutzmaßnahmen abgewehrt werden soll, ist die Krankheit. Die Infektion kann zur Erkrankung führen, aber sie führt nicht regelmäßig, sondern eher selten dazu. Die Inzidenzen der Infektionen mit der Omikron-Variante des Virus sind hoch, die Zahl der Erkrankungen sind kleiner, die der Hospitalität ist noch geringer und die Todesfälle sind selten. Für die große Masse der Bevölkerung ist ein Schaden durch die Infektion und damit die Krankheit, der Schaden, nicht wahrscheinlich. Folglich mangelt es der Dogmatik der Krankheitsgefahr an dem Essentiale des Gefahrbegriffs, der Krankheitsgefahr als die Schadenswahrscheinlichkeit. Fraglos erkranken Menschen an dem Corona-Virus, aber das ist keine Epidemie von nationaler Tragweite, die alle Menschen im Lande bereits zu einschneidenden Schutzmaßnahmen gegen die Infektion zu verpflichten rechtfertigt. Dann müßten wegen vieler Krankheiten derart weitreichende grundrechtseinschränkende Maßnahmen durchgesetzt werden, die dauerhaft die persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten verarmen lassen würden. Die Angst darf nicht Meister der Rechtsdogmatik sein oder werden.

Die Formulierung in neuen § 2 Nr. 3a IfSG: „bedrohliche übertragbare Krankheit eine übertragbare Krankheit, die auf Grund klinisch schwerer Verlaufsformen oder ihrer Ausbreitungsweise eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit verursachen kann“, paßt nicht recht zur Begrifflichkeit des Polizeirechts; denn das kennt keine „Gefahr für die Allgemeinheit“. Freilich ist jede Polizeigefahr eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und damit für die Allgemeinheit, nämlich für den Rechtsstaat, der Sache des Volkes ist.

Das Infektionsschutzgesetz folgt nicht dem Sicherheitsparadigma des Straßenverkehrsgesetzes und der Straßenverkehrsordnung. Vorschriften für alle am Straßenverkehr beteiligten Menschen sollen „den Gefahren des Straßenverkehrs“ entgegenwirken. Die Wörter „Gefahr/Gefahren/gefährden“ werden vielfach unspezifisch benutzt. § 5 StVG:

„Befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen ist, wer 1. ... 2. mit den Gefahren des Straßenverkehrs und den zu ihrer Abwehr erforderlichen Verhaltensweisen vertraut ist, 3.... usw.“

c) Epidemische Infektionen als notständige Gefahrenkategorie

Der Gesetzgeber hat im Infektionsschutzgesetz einen wenig klaren Gefahrenbegriff benutzt, aber sein Begriff, an dessen Verwirklichung verfassungsrechtlich fragwürdige, zumal grundrechtseinschränkende, Maßnahmen geknüpft sind, muß dem Grundgesetz genügen. Er muß zudem das Rechtsstaatsprinzip beachten, vor allem hinreichend bestimmt sein. Das Gesetz stellt klar, wen es zur Abwehr der Gefahren des Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichtet, nämlich alle Menschen im Lande. Damit läßt sich, wie schon dargelegt, begründen, daß das Gesetz nicht den Gefahrenbegriff des Polizeirechts aufgegriffen hat, sondern eine Infektionsabwehrregelung trifft, die einen Notstand bewältigen soll (dazu zu IX)..

Eine Pandemie oder Epidemie sind keine Gefahrenkategorien des herkömmlichen Sicherheits- und Ordnungsrechts. Die vergleichsweise zur epidemischen Infektionsgefahr als Möglichkeit von Infektionen engen Gefahrbegriffe des Polizeirechts vermögen der Schutzpflicht des Staates (dazu rechtsdogmatisch zu IV 1 und 2) gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht gerecht zu werden. Jedwede Wahrscheinlichkeit eines Schadens setzt die Möglichkeit eines Schadens voraus. Nicht die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind der Schaden, der verhindert werden soll, sondern epidemische Erkrankungen an dem Virus. Die Gefahr als die Wahrscheinlichkeit eines Schadens kann nur von dem Schadensbegriff des Gesetzes bestimmt werden. Die Infektion ist somit nicht die Verwirklichung des Schadens, sondern nur eine Voraussetzung für den Schaden. Wenn diese Begriffe als Gefahrenkategorie im Rahmen der Verfassung des Grundgesetzes und dessen Grundrechten Bestand haben und die Verpflichtung der Allgemeinheit zu Schutzmaßnahmen rechtfertigen können sollen, obwohl der allergrößte Teil der Bevölkerung nicht einmal infiziert, geschweige denn an dem Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt ist, bedarf es eines sachgerechten Begriffs der Gefahr. Den bietet der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr, ein Begriff, der den diktatorischen Charakter der Regelungen im Infektionsschutzgesetz und in den Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnungen nicht erkennen läßt, aber auch vom Bundesverfassungsgericht nicht explizit benutzt worden ist.

d) Notständiger epidemischer Gefahrbegriff des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, scheint jedenfalls davon auszugehen, daß die konkrete Gefahr oder die abstrakte Gefahr in Sinne des Polizeirechts als Voraussetzungen von Infektionsschutzmaßnahmen nicht der Abwehr der Corona-Pandemie, dem Zweck der Schutzmaßnahmen, genügen. Das Gericht hat sich vom Gefahrenbegriff des Polizeirechts gelöst und den der notständigen epidemischen Infektionsgefahr, vielleicht bewußt, jedenfalls aber unerklärt, praktiziert. Das Bundesverfassungsgericht praktiziert eine Ausnahmeordnung zur Bewältigung der Corona-Epidemie.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Beschluß zur ‚Bundesnotbremse‘ vom 19. November 2021, bekanntgegeben am 30. November 2021 (siehe A I b), den Gefahrbegriff, der in § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG an wesentlicher Stelle steht, ständig im Sinne des § 2 Nr. 3 a IfSG gebraucht, aber nicht eigens definiert und auch nicht in die allgemeine Gefahrenbegrifflichkeit des Sicherheits- und Ordnungsrechts eingeordnet. § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG verstärkt den für die Epidemie relevanten Gefahrenbegriff zur „ernsthaften Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“, § 2 Nr. 3 a IfSG zur „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit“. Der Senat hat geradezu dramatisierend von „erheblichen Gefahren für das Leben und die Gesundheit“ (Rn. 229, ähnlich auch Rnrn, 188, 192, 202 u. ö.), von „Gefahren“ für die „öffentliche Gesundheit“ durch die „Pandemie“ (Rnrn. 103, 130, 181, 182, 199, 200, 299 und ständig) und von der „Dynamik“ von „Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit sowie zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems“ (Pressemitteilung I 4 c, Beschluß, Rnrn. 174, 188, 192, 202), sowie von „der Allgemeinheit drohenden Gefahren“ (Pressemitteilung I 4 a) gesprochen.

Der Senat hat augenscheinlich entgegen dem polizeirechtlichen Wort Gefahr dem Infektionsschutzrecht einen anderen Begriff der Gefahr zugrunde gelegt, nicht den polizeirechtlichen Gefahrbegriff, nämlich, wie zu 1 definiert und mehrfach angesprochen, den Begriff der epidemischen Infektionsgefahr, ohne diesen Begriff selbst zu gebrauchen. Es hat das Infektionsschutzgesetz hinsichtlich der

Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern aus dem allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsrecht, dem Polizeirecht, ausgenommen und ihm einen sachlichen Eigenstand zugesprochen (Rn. 131). Damit ist der herkömmliche Gefahrenbegriff des Polizeirechts nicht aufgegeben, aber diesem ein Gefahrenbegriff des Infektionsschutzgesetzes zur Seite gestellt, eben der der epidemischen Infektionsgefahr, wie ich ihn vorgeschlagen habe. Die Gesetzgebungszuständigkeit hängt von der Materie der Gesetzgebung ab. Das Infektionsschutzrecht gehört nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“) zur konkurrierenden Zuständigkeit. Das Polizeirecht als solches, wenn es nicht in ein Gesetz integriert ist, für das der Bund zuständig ist, gehört zur alleinigen Zuständigkeit der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG; BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rn. 131).

Der verfassungsgerichtlich, wenn auch unbenannte, aber praktizierte epidemische Infektionsgefahr, die die Kriterien des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs nicht erfüllt, sondern die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ als „ernsthafte Gefahr“ „für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland“ erfaßt, soll es nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigen, alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu verpflichten. Die dem Infektionsschutzgesetz durchaus richtig abgewonnene Gesetzeslage, die der Sache nach den Begriff der epidemische Infektionsgefahr zum Tatbestandsmerkmal von Vorschriften macht, die alle Menschen im Lande trotz erheblicher Eingriffe in die grundrechtsgeschützten Rechte verpflichtet, muß aber den Grundrechten genügen und vor allem eine Grundlage in der Verfassung haben, eine Notstandsverfassung (dazu zu IX).

Den notständigen Charakter seiner Dogmatik hat das Bundesverfassungsgericht mit keinem Wort angesprochen, obwohl dem Gericht der diktatorische Charakter der Schutzmaßnahmen nicht verborgen geblieben sein kann. Dem Ersten Senat war sicher geläufig, daß Deutschland eine Verfassung des inneren Notstandes fehlt.

Eine notständige Infektionsschutzdogmatik (dazu zu IX) hat das Bundesverfassungsgericht aus durchsichtigem Grund nicht entwickelt. Es hätte die Infektionsschutzmaßnahmen weitestgehend als verfassungswidrig unterbinden müssen. Aber das Gericht rechtfertigt seine Judikate in Sachen „Bundesnotbremse“ (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 6 ff., 12 ff., 193 u. ö.) wegen der „erheblichen Gefahren sowohl für Leben und Gesundheit zahlreicher Erkrankter“, vor allem der „vulnerablen Gruppen“, und wegen der „Funktionsfähigkeit/Überlastung des Gesundheitswesens“ (Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 192, 229 231 f. u. ö.) als Zwecke des „Gemeinwohls von überragender Bedeutung“ (Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 229, 231, auch 232 ff.). Sie sollen der allgemeinen Schutzmaßnahmen bedürfen. Es rechtfertigt damit, ohne es zu sagen, eine Notstandslage. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 19. November 2021 zu Rnrn. 229, 231, 232 lassen erkennen, daß es der Sache nach einen Ausnahmezustand am Verhältnismäßigkeitsprinzip prüft, aber nicht den Grundrechtsschutz gegen bestimmte Maßnahmen des Staates im Normalzustand. Das zeigen die Argumente des Gerichts:

Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

Bei Verabschiedung des Gesetzes im April 2021 lag ein von hoher Dynamik geprägtes Infektionsgeschehen vor (oben Rn. 178 ff.). Aufgrund seiner tragfähigen Erkenntnisse konnte der Gesetzgeber bundesweit von erheblichen Gefahren sowohl für Leben und Gesundheit zahlreicher Erkrankter unmittelbar sowie für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems ausgehen. Der Gesetzgebungsprozess fiel in eine Phase flächendeckend exponentiell steigender Infektionsdynamik. Der Anteil der besorgniserregenden Alpha-Variante stieg drastisch an. Krankenhäuser und Ärzteschaft machten ebenso wie mit der Intensivmedizin befasste Fachgesellschaften auf die hohe Belastung der Intensivstationen und deren bei ungebremstem Pandemiegeschehen drohende Überlastung aufmerksam (oben Rn. 180 f.). Der Blick in teilweise noch stärker vom Pandemiegeschehen betroffene Nachbarstaaten ließ eine weitergehende Eskalation befürchten. Es lag deswegen nicht fern, dass die Zahl intensivbehandlungsbedürftiger Personen alsbald die klinischen Kapazitäten deutlich übersteigen würde und Patientinnen und Patienten in diesem Maße keine optimale Behandlung mehr erfahren würden. Gleichzeitig wurde die Auslegung und Umsetzung der auf den regelmäßig stattfindenden Konferenzen der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder mit der Bundeskanzlerin gemeinsam mit den Ländern beschlossenen Maßnahmen als uneinheitlich und nicht effektiv genug wahrgenommen.“

„231

Angesichts dessen durfte der Gesetzgeber annehmen, dass es darauf ankam, die Dynamik des Infektionsgeschehens möglichst umfassend und rasch zu durchbrechen, um die Bevölkerung vor Gefahren für Leib und Leben durch ein außer Kontrolle geratenes Infektionsgeschehen und eine dadurch bewirkte Funktionsunfähigkeit des Gesundheitssystems zu bewahren. Da Schutzmöglichkeiten über Impfungen oder erfolgversprechende medikamentöse Behandlung an COVID-19 Erkrankter fehlten, ist seine Einschätzung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die erstrebten Gemeinwohlbelange primär durch umfassende und effektiv an allen maßgeblichen Kontaktorten geltende Kontaktbeschränkungen erreichen zu können.“

232

Mit den Kontaktbeschränkungen aus § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG verfolgte der Gesetzgeber daher Gemeinwohlziele von überragender Bedeutung. Die Rechtsgüter Leben und Gesundheit sind als solche bereits Rechtsgüter von überragender Bedeutung (vgl. BVerfGE 126, 112 <140>; stRspr), zu deren Schutz der Gesetzgeber nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet ist. Er konnte ohne Überschreitung seines Einschätzungsspielraums wegen der tatsächlichen Lage bei Verabschiedung des Gesetzes annehmen, dass zu deren Schutz mit besonderer Dringlichkeit gehandelt werden musste.“

Damit hat das Bundesverfassungsgericht einen Notstand in Deutschland beschrieben, aber nicht explizit festgestellt oder auch nur begrifflich erfaßt. Bereits die Maßnahmehaftigkeit der Regelungen erweist, daß es nicht um die Grundrechtsgemäßheit von Gesetzen des Normalzustandes geht, sondern von Maßnahmen im Ausnahmezustand (dazu zu IX 3).

- e) Epidemische Infektionsgefahr als Begriff des Ausnahmezustandes
- aa) Rechtsgrundsatz des *neminem laedere* im Normalzustand

Eine Gefahr im herkömmlichen und rechtsstaatlichen Verständnis des Normalzustandes ist nicht die Möglichkeit eines Schadens der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern die Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadens. Der Rechtsstaat, wie diesen das Grundgesetz verfaßt, läßt keinen anderen Begriff einer polizeilichen Gefahr zu, weil eine Verpflichtung der Menschen im Lande zu Handlungen oder Unterlassungen nicht gerechtfertigt werden kann, wenn die Menschen mit ihrem Handeln nicht gegen ein Gesetz verstoßen haben oder durch ihr Unterlassen gegen ein Gesetz verstoßen würden (pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen). Diese Rechtslage ist aus dem Deliktsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches geläufig. § 823 Abs. 1 BGB schützt bestimmte, die absoluten, Rechte wie das Leben usw. gegen Verletzungen durch Tun oder Unterlassen Dritter. Jeder hat diese Rechte anderer zu achten und darf sie nicht verletzen (Josef Esser, Schuldrecht Band II, Besonderes Teil, 3. Aufl. 1969, S. 392 ff.; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 3. Aufl. 1971, S. 612 ff.; Hartwig Sprau, Kommentierung von § 823 BGB, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., 2018, Rn. 23 f.). Das ist der Rechtsgrundsatz des *neminem laedere* (J. Esser, a. a. O. S. 392). Dieser Grundsatz, die Rechte anderer nicht zu verletzen, gehört zur Definition der Freiheit in Art. 2 Abs. 1 GG. Er steht schon in Art. 4 der *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ... Erst recht kann niemand bestraft werden, der kein Unrecht begangen hat.

bb) Polizeirechtliche Gefahrenbegriff Begriff des Normalzustandes

Im Falle menschlichen Handelns oder Unterlassens besteht die Aufgabe und Befugnis der Polizei im Normalzustand Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Polizeigefahren also, abzuwehren, nur in den Grenzen der Verantwortlichkeit der Menschen, wie zu 1 bis 5 erörtert ([dazu zu IV 3 b cc](#)).

Der polizeirechtliche Gefahrenbegriff hätte den Vorschriften zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 auch nicht zugrunde gelegt werden können, weil weder jeder Mensch in Deutschland andere Menschen in der Gesundheit und im Leben gefährdet noch jeder Mensch von anderen Menschen im Lande gefährdet wird. Die Schutzmaßnahmen, die das geltende Infektionsschutzgesetz anordnet und ermöglicht, würden im Widerspruch zum Gesetz selbst stehen, wenn die Gefahrenbegriffe des Polizeirechts herangezogen werden würden. Die Sache, die Abwehr der Möglichkeit der Erkrankung und des Todes jedermanns durch eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, läßt ein den polizeirechtlichen Gefahrbegriffen gemäßes Verständnis des Gefahrenbegriffs des Infektionsschutzgesetzes nicht zu. Die notständige Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr ([dazu auch zu IX](#)) erlaubt es, alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten, weil jeder, der sich im Lande befindet, die Möglichkeit mit sich bringt, andere Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren, ohne daß er dafür tatsächliche Anzeichen zeigt, die ihn zum Störer im Sinne des Polizeirechts macht, ja der selbst von dieser Gefahr, die er für andere bildet, nichts weiß oder auch nur wissen kann, weil er im Regelfall gar nicht infiziert ist. Vor der allseitigen Möglichkeit, das Coronavirus SARS-CoV-2 an jeden anderen Menschen und in alle Welt weiterzugeben, wird jedenfalls von Immunologen gewarnt. Die Dogmatik, die Infizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 als epidemische Infektionsgefahr zu erfassen, vermag die Gebote und Verbote des Infektionsschutzrechtes mehr oder weniger zu rechtfertigen. Die Praxis rechtfertigt die Gebote und Verbote der Sache nach mit dieser Dogmatik.

cc) Epidemische Infektionsgefahr kein Begriff des Normalzustandes

Auch die epidemische Infektionsgefahr muß einem Gefahrbegriff genügen. Der Gesetzgeber kann und muß neben dem herkömmlichen Gefahrbegriff des Polizeirechts einen weiteren Gefahrbegriff normieren, wenn ein solcher geboten ist, um jenseits der Polizeigefahren Bedrohungen des Gemeinwohls zu erfassen. Ein solcher Begriff ist die epidemische Infektionsgefahr. Ein solcher nicht polizeirechtlicher Gefahrbegriff bedarf einer hinreichenden Rechtsgrundlage in der Verfassung. Es wäre unverfänglicher, wenn der Gesetzgeber dafür ein anderes Wort benutzen würde, als den seit alters eingebürgerten, klassischen Begriff der Gefahr, der üblich und herkömmlich als Polizeigefahr verstanden wird (BVerwG Urteil vom 28. Juni 2004 (BVerwG 6 C 21.03)). Das Wort Gefahr kommt mehrfach im Infektionsschutzgesetz vor, etwa in § 2 Nr. 3 a, vor allem aber als „ernsthafte Gefahr“ in § 5 Abs. 1 S. 6. Freilich wird das Wort Gefahr auch für allerlei Lebenssituationen gebraucht, nicht nur für die Wahrscheinlichkeit eines Schadens eines gesetzlichen Schutzgutes, dessen Bestand zur Sicherheit im Lande gehört. Auch die ‚Pandemie‘ des Coronavirus SARS-CoV-2 ist eine Beeinträchtigung der gesundheitlichen ‚Sicherheit‘ Deutschlands und anderer, fast aller Länder, wenn auch ein Schaden an Gesundheit und Leben für jeden einzelnen Menschen wenig wahrscheinlich ist. Ein solcher Schaden ist lediglich, wie zu 2 bis 4 dargelegt, möglich. Es unterliegt Zweifeln, daß das Infektionsschutzgesetz in § 2 Nr. 3 a und § 5 Abs. 1 S. 6 diesen neuen besonderen infektionsschutzrechtlichen Gefahrbegriff mit dem Wort Gefahr meint.

Die allgemeine Gesundheit läßt sich nicht unter den polizeirechtlichen Begriff der Sicherheit und Ordnung subsumieren. Die Gesundheit und das Leben sind ein Schutzgut des Staates und damit der Polizei (Gesundheitspolizei), aber die Gesundheit wird abgesehen von besonderen gesetzlichen Regelungen (Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, S. 215 f., Rn. 571) nur gemäß dem polizeirechtlichen Subsidiaritätsprinzip von der Polizei geschützt (V. Götz, a. a. O., S. 43 f., Rnrn. 94 ff.), etwa durch die Ärzte bei Rettungseinsätzen der Polizei. Erkrankung von Menschen ist ein alltäglicher Vorgang, aber keiner, den die Organe der Sicherheit und Ordnung abzuwehren haben. Diese sind auf Grund besonderer Regelungen bei besonderen Gefährdungen der Gesundheit, etwa Rauschgiftsucht, verpflichtet zu helfen (V. Götz, a. a. O., S. 46 f., Rnrn 104 f.), aber auch wenn in besonderen Fällen medizinische Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Die erkrankten Menschen müssen sich im Allgemeinen selbst mit Hilfe der Ärzte gegen Krankheiten schützen.

Nur die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr ermöglicht es, alle Menschen in Lande zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu verpflichten. Aber das sind Maßnahmen, die nicht nur grundrechtliche Grenzen haben, sondern vor allem eine Notstandsverfassung für den Ausnahmezustand voraussetzen, wie zu IX 1 näher dargelegt wird.

f) Naturkatastrophen

Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung können sich aus der Natur ergeben, ohne daß Menschen auf diese Einfluß genommen haben, insbesondere aus **Naturkatastrophen**. Naturkatastrophen sind beispielsweise Meteoriteneinschläge, Erdbeben, Vulkanausbrüche, Tsunamis mit Überschwemmungswirkung, große Überschwemmungen (Oderüberflutung, Ahrtalüberflutung), große Waldbrände (vgl. Wilfried Erbgut/Matias Schubert, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl.

2018, Art. 35, Rn. 38; Helmut Siekmann, daselbst, Art. 109, Rn. 77). Naturkatastrophen schaffen lokal oder auch landesweit einen Ausnahmezustand, für den das Grundgesetz besondere Regelungen trifft, wie in Art. 11 Abs. 2 GG, die Freizügigkeit einzuschränken. Wenn diese erkennbar sind, ist die Polizei verpflichtet, diese, soweit das möglich ist, abzuwenden. Klimaveränderungen sind als solche keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die die Polizei abzuwehren verpflichtet ist oder auch befähigt wäre. Sie gehören zu den Gegebenheiten der Erde, „im gegenwärtigen Eiszeitalter wechselten sich warme und kalte Phasen in einem Zyklus von ungefähr 100 000 Jahren ab“ (wiki, Eiszeitalter). Auf diese und andere Ereignisse des Weltraumes hat die Menschheit keinen Einfluß. Wenn lebensbedrohliche Klimaveränderungen menschengemacht sind, wie von einigen Fachleuten angenommen und von vielen Menschen geglaubt wird, sind die Staaten gehalten, diese, soweit möglich und vernünftig, zu unterbinden (dazu K. A. Schachtscheider, Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, in: Homepage, Aktuelles). Auch Pandemien können Naturereignisse oder eben Naturkatastrophen, aber auch außergewöhnliche Notsituationen sein, deren Abwehr zu versuchen geboten ist (K. A. Schachtschneider, Normenkontrollklage vom 1. März 2021 gegen das Gesetz über das Sondervermögen „Hessens gute Zukunft sichern“ (Gute-Zukunft- Sicherungsgesetz – GZSG) vom 4. Juli 2020 (GVBl. Nr. 39 vom 9. Juli 2020, S. 482 f.), S. 45 ff., kritisch; offengelassen StGH Hessen, P. St 2783, P. St 2827, Urteil vom 27. Oktober 2021, Rnrn. 237 ff.).

g) Bundesseuchengesetz

Das Bundesseuchengesetz vom 22. Juli 1961 hatte ersichtlich auch nicht nur den Gefahrbegriff des Polizeirechts benutzt. Im Seuchengesetz stand ein Begriff, der die bloßen Möglichkeiten einer allgemeinen Erkrankung und des Todes erfaßt, aber den sachlichen Regeln kann neben dem Tatbestand der abstrakten Gefahr auch der Tatbestand einer eingeschränkten Infektionsgefahr entnommen werden. So ermöglichte § 15 Abs. 1, durch Rechtsverordnung, allgemein zur Schutzimpfung zu verpflichten, wenn bestimmte ansteckende Krankheiten in bösartiger Form auftraten und mit deren epidemischer Ausbreitung zu rechnen war. § 43 erlaubte die Schließung von Veranstaltungen, die mit der Ansammlung einer großen Anzahl von Menschen verbunden sind, wie Theater, wenn meldepflichtige Krankheiten in epidemischer Form festgestellt wurden. Nach § 47 Abs. 1 mußten Lehrer und andere in den Schulen tätige Personen jährlich durch Vorlage eines auf einer Röntgenaufnahme der Atmungsorgane gestütztes Zeugnisses dem Gesundheitsamt nachweisen, daß bei ihnen eine ansteckungsfähige Tuberkulose der Atmungsorgane nicht vorliegt. Schutzmaßnahmen dienen der Abwendung drohender Gefahren für einzelne oder die Allgemeinheit. § 10 Abs. 1 S. 1 des Bundesseuchengesetzes lautete:

„Wenn Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, so hat die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der den einzelnen und der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahr zu treffen“

Das Bundesseuchengesetz ähnelt dem geltenden Infektionsschutzgesetz, aber unterscheidet sich von diesem wesentlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVerwGE 39, 190 ff., Rn. 8, zum Bundesseuchengesetz nicht nur den Begriff „Gefahr“ benutzt, sondern auch die polizeirechtlichen Begriffe der Gefahrenvermutung und des Gefahrenverdachts angesprochen, wie oben zu 3 b zitiert.

Die Schutzmaßnahmen, die auf Grund des Bundesseuchengesetzes erlassen werden durften, konnten nicht alle Menschen im Lande verpflichten, wie es das Infektionsschutzgesetz „selbstvollziehend“

vornimmt (dazu zu IX 3 c). Das ergibt sich bereits daraus, daß die zuständigen Behörden die notwendigen Maßnahmen zu treffen hatten. Die Behörden waren Landesbehörden (Art. 83 Abs. 1 GG). Diese können nur in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich agieren, insbesondere nicht über ihr Land hinaus.

h) Sicherheit im Straßenverkehr

Wer am Straßenverkehr teilnimmt und die Straßenverkehrsvorschriften nicht einhält, schafft entweder eine konkrete oder eine abstrakte Gefahr. Wer die Geschwindigkeitsgrenzen überschreitet, bringt etwa sich und vor allem andere in konkrete Gefahr oder in abstrakte Gefahr. Wenn durch das verkehrswidrige Fahren ein Schaden an dem eigenen Fahrzeug verursacht wird, ist das nicht nur ein Eigenschaden, sondern auch ein Schaden für die Versicherungsgemeinschaft. Die Gefahr ist konkret, wenn die Straße sehr belebt ist, weil ein Schaden wahrscheinlich ist. Die Gefahr ist abstrakt, weil erfahrungsgemäß zu schnelles Fahren zu Unfällen und damit zu Verletzungen oder gar Tod von Menschen oder zu Schäden am Fahrzeug, an der Straße oder an anderen Gütern führen kann. Derartigen Schäden durch Verkehrsvorschriften vorzubeugen ist Gefahrvorsorge. Gefahrvorsorge ist Polizeiaufgabe (dazu zu 4 a) und Zweck der Vorschriften. Niemand kann verpflichtet sein, die Verkehrsvorschriften einzuhalten, wenn er nicht am Verkehr teilnimmt. Die Verkehrsteilnahme bringt wegen der ‚Gefährlichkeit‘ des Straßenverkehrs, in dem Kraftfahrzeuge, Lastkraftwagen und Personenkraftwagen, Motorradfahrer und Radfahrer, und insbesondere Fußgänger überall auf Verkehrswegen zusammentreffen und zusammentreffen können, erfahrungsgemäß Gefahren von Personen- und Sachschäden mit sich. Die Verkehrsvorschriften sind eine notwendige Vorkehrung, um mit der Verkehrsgefahren fertig zu werden. Vor allem sind sie eine Ordnung in der Normallage, die als Gefahrenabwehrmaßnahme unausweichlich ist. Die Corona-Schutzmaßnahmen dienen der Bewältigung einer anderen Lage. Wer den öffentlichen Nahverkehr nutzt, gefährdet in der Normalsituation niemanden. Die Pflicht zu Schutzmaßnahmen erwächst ausschließlich einer Ausnahmelage, der epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Die Möglichkeit einer Infektion des Fahrgastes löst keinerlei Gefahr aus, sondern erst seine Infektion mit Coronavirus SARS-CoV-2 oder seine Erkrankung an dem Virus. Von einer Gefährlichkeit der Allgemeinheit durch die Corona-Pandemie kann keine Rede sein. Der Straßenverkehr ist demgegenüber durch die Verkehrsfahrzeuge eine Gefahr. Er ist insgesamt eine abstrakte Gefahr, wenn nicht in vielen Fällen eine konkrete Gefahr im Sinne des Polizeirechts. Zudem sind die Verkehrsvorschriften keine diktatorischen Notstandregeln. Der Straßenverkehr ist kein Notstand oder gar Ausnahmezustand.

7. Erkennen der Infektionsgefahr

a) Theorie der Wirklichkeit

Die Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen gegen die Bedrohung durch das Coronavirus SARS-CoV-2 hängt zunächst davon ab, ob das Virus derart ansteckend ist, daß für jeden Menschen in Deutschland und anderswo durch die Infektion mit dem Virus seine Gesundheit einzubüßen und sein Leben zu verlieren die Möglichkeit besteht. Das wird von den Immunologen ganz überwiegend bejaht. Die Erforderlichkeit der Schutzmaßnahmen ist eine Frage der Tatsachen, also eine naturwissenschaftliche und medizinische Problematik. Der Staat hat sich um der ihm gebotenen Sachlichkeit willen nach dem Stand der Wissenschaft zu richten (dazu K. A. Schachtschneider, *Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik“* im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 111 ff., 117 ff., 126 ff.). Die Staatsdiener (Mandatsträger, Beamte, Richter u. a.), die verantwortlich für die Sicherheit der Bevölkerung und damit auch in den Grenzen ihrer Aufgaben und Befugnisse für deren Gesundheit und das

Societatis philosophicae Polonorum. Bd. I, Leopoli [Lemberg] 1935; ders., Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik, 1944).

In den Fragen der Corona-Pandemie sind die professorierten Immunologen, aber auch einige Ärzte die ‚Weisen‘, von denen viele ständig in den Medien zu Wort gekommen sind und zu Wort kommen (so praktiziert von BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrrn. 156 ff., 161 ff.). Ein Erkenntnisverfahren, das auf die Mehrheit abstellt, widerspricht dem Prinzip der Sachlichkeit. Es kommt allenfalls in Betracht, wenn zwischen mehreren, gleich richtig erscheinenden Theorien zu entscheiden ist. Der Stand der Wissenschaft sind die Erkenntnisse. Nach K. R. Popper ist die Welt der Erkenntnisse die Welt 3, die Welt der Erkenntnisse (Theorien/Hypothesen), die noch nicht widerlegt sind (Objektive Erkenntnis, S. 31, 74 ff., 109 ff., 303). Erkenntnisse, nicht etwa Wissenschaftler oder gar Politiker, sind der Unsachlichkeit nicht fähig, wenn es denn Erkenntnisse sind. Seien sie richtig oder falsch. Solange sie nicht falsifiziert sind, gehören sie zum Wissen. Sie sind Ausdruck des Sachlichen, weil sie die größtmögliche Nähe zur Wahrheit/zur Wirklichkeit haben, derer die Wissenschaft in ihrem jeweiligen Erkenntnisstand fähig ist (dazu K. A. Schachtschneider, Der „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 111 ff., 113 ff.). Auch Falsifikation kann mißlingen. Aber deren Anerkennung ist wiederum eine Frage der Wissenschaft. Letztlich bleibt die Praxis, das Handeln, vom Vertrauen in die Wissenschaft abhängig. Deren Methoden müssen freilich angewandt worden sein, seien diese erprobt oder ein Versuch. Mehr vermögen Menschen für die Wahrheitlichkeit der Praxis nicht zu leisten.

Keinesfalls dürfen Verwaltung und Justiz unter den konkurrierenden Theorien abwägen. Abwägung, etwa nach den Vor- und Nachteilen der Anwendung der einen oder der anderen Theorie für bestimmte Interessen oder gar nach deren ‚Moralität‘ oder Akzeptanz in der Öffentlichkeit, steht der Erkenntnis der Wirklichkeit entgegen. Wenn nicht alle relevanten Theorien von den verantwortlichen Staatsdienern herangezogen worden sind, sind die Schutzentscheidungen des Staates zur Abwehr der Coronaviren rechtswidrig. Nach allem, was von der Entscheidungsfindung der bestmöglichen Schutzmaßnahmen gegen die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 durch die verantwortlichen Gremien bekannt geworden ist, haben diese sich nicht darum bemüht, alle einschlägigen Theorien zu berücksichtigen. Theorien, die den Maßnahmen des Staates entgegenstanden und entgegenstehen, wurden vielfach ignoriert oder zurückgewiesen, oft als „Verschwörungstheorien“. Freilich kann wissenschaftsfernes Gerede, etwa von Journalisten, nicht ernst genommen werden.

Das Objektivitäts- und Neutralitätsgebot verbietet dem Staat, irgendwelche sachfremden Interessen in seine Entscheidungen über Schutzmaßnahmen einfließen zu lassen, insbesondere Wahlchancen von Parteien oder Interessen von Geschäftsleuten, etwa der Pharmaindustrie, wenn die Maßnahmen Impfstoffe erfordern.

b) Theorien der Fachwelt, Verantwortung der Staatsorgane

Bund und Länder haben ihre Maßnahmen, soweit bekannt, auf ernst zu nehmende Theorien von der Gefahr des Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen gestützt. Allerdings waren das nicht die einzigen beachtlichen Theorien von der Gefährlichkeit des Virus. Das leitende Entscheidungsgremium war die Konferenz der Bundeskanzlerin/des Bundeskanzlers mit den Ministerpräsidenten der Länder. Diese Einrichtung sieht das Grundgesetz nicht vor. Sie ist folglich unzuständig, staatliche Entscheidungen zu treffen (Ch. Waldhoff, Der Bundesstaat in der Pandemie,

NJW 38/2021, 2772 ff., 2774). Ihre Beschlüsse sind unbeachtlich. Die Besprechungen sind Beratungen, deren politische Verbindlichkeit die demokratische und rechtsstaatliche Ausübung der Befugnisse der Ministerpräsidenten in Frage gestellt hat und stellen. Wissenschaftlichkeit kann der Konferenz von Politikern trotz aller Beratung durch Fachwissenschaftler nicht zugesprochen werden. Die zuständigen Ämter der Länder hätten sich Klarheit über die Theorie verschaffen müssen, die sie heranziehen. Das ist ersichtlich nicht geschehen. Damit waren und sind die Maßnahmen der Länder, auch die Berlins, rechtswidrig, weil diese sich nicht auf alle für sie maßgeblichen Theorien gestützt haben.

Anderes gilt in gewissem Maße für die Bundesregierung und den Bundesgesetzgeber, die für die Maßnahmen zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 die wesentliche Verantwortung tragen. Daß allerdings diese Staatsorgane trotz aller Beratung für ihre Erkenntnisse der Wirklichkeit den Stand der Wissenschaft zugrunde gelegt haben, darf bezweifelt werden, erst recht, daß sie ihre Politik von diesem haben bestimmen lassen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) u. a. auf die „eingeholten Stellungnahmen“, insbesondere auf die Erkenntnisse des RKI, gestützt, denen es abgenommen hat, auch die fachlichen Zweifel an der Gefährlichkeit des Virus beachtet zu haben (vgl. Pressemitteilung zu A II 4, Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 177 ff., 183 ff.).

„Die Annahmen des Gesetzgebers über die Eignung der Kontaktbeschränkungen beruhten auf tragfähigen Grundlagen. Nach den in diesem Verfahren eingeholten Stellungnahmen der sachkundigen Dritten war und ist insoweit gesicherte Erkenntnislage, dass SARS-CoV-2 über respiratorische Sekrete übertragen wird. Auf Grundlage ihrer näheren Erkenntnisse führten die sachkundigen Dritten weitgehend übereinstimmend aus, dass jede Einschränkung von Kontakten zwischen Menschen einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung von Virusübertragungen leistet“. (so auch BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 156 ff., 161 ff.).

Im Beschluß vom 27. April 2022 zu der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfpflicht (siehe A II 1 d) hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts sich eingehend mit den Erkenntnissen der pandemischen Lage durch das Coronavirus SARS-CoV-2 befaßt und sich vornehmlich auf das RKI und das PEI gestützt (Rnrn. 156 ff., 161 ff.). Aber es hat den entscheidungserheblichen Umstand, daß die Impfung die Ansteckung mit dem Virus und damit die Ansteckung auch anderer Personen mit dem Virus nicht ausschließt, den die Beschwerdeführer vorgetragen haben, zwar knapp zu den Rnrn. 55, 68 angesprochen, aber nicht ernsthaft in die materielle Argumentation zur Rechtfertigung der Impfpflicht einbezogen. Die Tatsache der passiven und aktiven Ansteckung mit dem Virus auch nach der vollständigen Impfung war im Zeitpunkt des Beschlusses gut bekannt (dazu zu VII 5). Das Gericht hat als fachliche Mehrheitsmeinung berichtet, die geimpften und genesenen Personen würden sich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren und das Virus übertragen können, daß aber die Infektion der geimpften und genesenen Personen seltener sei als die der nicht geimpften und nicht genesenen Personen und die Geimpften „weniger und nur für einen kürzeren Zeitraum als nicht Geimpfte infektiös“ seien. Rnrn. 173:

„b) Dabei durfte der Gesetzgeber auch annehmen, dass der Nachweis einer Impfung oder Genesung der dort Tätigen zum Schutz von Leben und Gesundheit vulnerabler Menschen beiträgt. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes ging eine deutliche fachwissenschaftliche Mehrheit davon aus, dass sich

geimpfte und genesene Personen seltener mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren und auch das Virus seltener übertragen können als nicht geimpfte oder nicht genesene Personen. Angenommen wurde auch, dass dann, wenn sich Geimpfte infizieren, sie weniger und nur für einen kürzeren Zeitraum als nicht Geimpfte infektiös sind (vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin 48/2021, S. 25 f.; RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Stand: 26. November 2021) und eine COVID-19-Schutzimpfung zum Schutz Anderer beiträgt (vgl. PEI, Dossier zum Thema „Coronavirus – COVID-19-Impfstoffe“; RKI, Wöchentlicher Lagebericht vom 16. Dezember 2021, S. 26). Der Nutzwert von Impfungen derjenigen Personen, die Kontakt mit vulnerablen Personen haben, wurde daher als besonders hoch eingeschätzt (vgl. PEI, Dossier zum Thema „Coronavirus – COVID-19-Impfstoffe“; RKI, Epidemiologisches Bulletin 48/2021, S. 4).“ (dazu auch Rn. 222 ff.)

Zur Bedeutung dieser Beobachtung der Fachwissenschaftler für die Rechtmäßigkeit der Impfpflicht hat das Gericht sich nicht eingelassen. Es hat lediglich darauf hingewiesen, daß die fachwissenschaftliche Mehrheit im „Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes“ die genannten Erkenntnisse hatte. Ein Argument für die Rechtfertigung der Impfpflicht ist die Erwähnung dieser Beobachtung nicht. Zudem hat das Gericht zu Rn. 234 ff. dargelegt, daß die Impfpflicht verfassungswidrig werden könne, wenn Erkenntnisse von den tatsächlichen Folgen der Impfungen sich ändern:

234 „(d) Die weitere Entwicklung des Pandemiegeschehens nach Verabschiedung des Gesetzes begründet keine abweichende Beurteilung der Angemessenheit der angegriffenen Regelungen.

235 Zwar ist die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung zunächst nur aus einer ex-ante-Perspektive im Hinblick auf die verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten zu beurteilen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. -, Rn. 193 – Bundesnotbremse II). Gleichwohl kann eine zunächst verfassungskonforme Regelung später mit Wirkung für die Zukunft verfassungswidrig werden, wenn ursprüngliche Annahmen des Gesetzgebers nicht mehr tragen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 186 m.w.N.), weil sie durch nachträgliche Erkenntnisse oder Entwicklungen erschüttert werden (vgl. auch BVerfGE 68, 287 <309>). Besteht dagegen eine Situation der Ungewissheit fort, weil es insbesondere auch der Wissenschaft nicht gelingt, die Erkenntnislage zu verbessern, wirkt sich dies nicht ohne Weiteres auf die verfassungsrechtliche Beurteilung des weiteren Vorgehens aus (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. -, Rn. 177).

236 Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, dass die einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht in die Verfassungswidrigkeit hineingewachsen wäre. Schon der Gesetzgeber selbst hat – wenn gleich im begrenzten Umfang – Vorkehrungen zur Berücksichtigung sich verändernder tatsächlicher Umstände und neu gewonnener wissenschaftlicher Erkenntnisse getroffen. Er hat die angegriffenen Regelungen befristet (vgl. auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. -, Rn. 198) und durch die Einfügung des § 20a Abs. 4 IfSG Vorsorge für den Fall getroffen, dass die Gültigkeitsdauer des Impf- oder Genesenennachweises aufgrund neuerer Erkenntnisse verlängert oder verkürzt werden muss.

237 Doch auch nach Verabschiedung des Gesetzes gab es keine neuen Entwicklungen oder besseren Erkenntnisse, die geeignet wären, die ursprünglichen Annahmen des Gesetzgebers durchgreifend zu erschüttern.“

Schwere und tödliche Verläufe von Corona-Erkrankungen nach Impfdurchbrüchen waren im relevanten Zeitpunkt der Verkündung des Beschlusses bekannt (dazu zu VII 5), ausweislich des Beschlusses

zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 201, auch Rn. 211, und des Beschlusses im Eilverfahrens zur Impfpflicht der in Einrichtungen und Unternehmungen 10. Februar 2022 (siehe A II 1 c), Rn. 16, auch dem Bundesverfassungsgericht. Zur Randnummer 16 im Beschluß vom 10. Februar heißt es:

„Im Einzelfall können auch schwerwiegende Impfnebenwirkungen eintreten, die im extremen Ausnahmefall auch tödlich sein können (vgl. Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022 – Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 seit Beginn der Impfkampagne am 27. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2021 – S. 5, 8 f., 28 ff.)“.

Diese Tatsachen sind von entscheidender Bedeutung für die Verletzung der Grundrechte durch die Impfpflicht und der Mißachtung ihres Wesensgehalts (dazu zu VII, insb. 6). Der Beschluß des Gerichts vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) wird somit den relevanten Tatsachen nicht gerecht und mißachtet die gebotene Wissenschaftlichkeit der Rechtsprechung.

IV

Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen

1. Schutzpflicht des Staates

Von der epidemischen Infektionsmöglichkeit des Coronavirus SARS-CoV-2 ist wegen der Theorien der Immunologen und auch wegen der Infektionen mit dem Virus und den Erkrankungen an dem Virus auszugehen. Es ist Sache jedes Menschen, sich um seine Gesundheit zu kümmern. Aus der Menschenwürde und der Freiheit folgt der Grundsatz und der Vorrang der privaten Lebensbewältigung (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 195 ff., 201 ff., 370 ff., insb. S. 386 ff.). Staatliche Maßnahmen zur Lebensbewältigung sind ein Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG schützt. Folglich gibt es ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip der Staatlichkeit (Josef Isensee, *Subsidiarität und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, 1968, S. 313 ff., u. ö.; ders., *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, *Das Handeln des Staates*, 1988, S. 3 ff., 36, 75 ff., 77 f.; Hans Heinrich Rupp, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, HStR Bd. I, *Grundlagen von Staat und Verfassung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, S. 1187 ff., 1219 ff.). Die Politiker, die Gesetzgebung des Staates bestimmen, vertrauen jedoch der Vernunft der Menschen im Lande nicht, sich selbst vor der Infektion zu schützen und damit auch andere Menschen vor der Ansteckung zu bewahren, und können dieser schwerlich vertrauen. Der Staat ist darum gehalten, Schutzmaßnahmen zu treffen, um die Gefahren durch das Coronavirus SARS-CoV-2, das sich in immer neue Mutationen stark verbreitet und Gesundheit und Leben bedroht, abzuwehren. Die Verpflichtung des Staates, für die Sicherheit im Lande Sorge zu tragen und die Rechte der Menschen im Lande zu schützen, insbesondere die grundrechtliche Schutzpflichtdogmatik des Bundesverfassungsgerichts ist zu A III dargelegt. Der Staat muß bei seinen Schutzmaßnahmen die Menschenwürde und im Normalzustand die Grundrechte, zumal deren Wesensgehalt, achten. Die Vorgaben der Grundrechte für die Maßnahmen des Staates sind allgemein zu A VI und für die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-

2 zu C V, VI, VII und VIII erörtert. Zudem dürfen weder die föderalistische noch die rechtstaatliche Ordnung des Grundgesetzes verletzt werden. Dazu ist zu B I Stellung genommen.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts wendet im Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 wie auch im Beschluß vom 27. April 2022 zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfnachweispflicht (Pressemitteilung vom 19. Mai 2022, A II 1 d) seine Abwägungs- und Ausgleichsdogmatik an, hier zwischen den Eingriffen in die Grundrechte des Art. 2 Abs. 1 GG und/oder Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie des Art. 12 Abs. 1 GG und der auf das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gestützten staatlichen Pflicht, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Menschen zu schützen (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnn. 166 ff., 217 ff.). Diese grundlegenden Beschlüsse zur gesetzlichen Impfpflicht sind in dieser Abhandlung vielfach angeführt und mehrfach kritisiert.

Eine jüngere Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in: BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 - sei zitiert:

„Zwar ist das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern umfasst auch die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben der Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 90, 145 <195>; 115, 320 <346>) sowie vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit zu schützen (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>; 121, 317 <356>). Doch kommt dem Gesetzgeber auch dann, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen, ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 Rn. 45>; 142, 313 <337 f. Rn. 69 f.>“

„Daher ist hier auch die Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts begrenzt. Es kann die Verletzung einer Schutzpflicht nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (vgl. BVerfGE 56, 54 <80>; 77, 170 <215>; 92, 26 <46>; 125, 39 <78 f.>; 142, 313 <337 f. Rn. 70>). Das ist hier nicht ersichtlich. Dabei wird nicht verkannt, dass mit Leben und körperlicher Unversehrtheit überragend wichtige Rechtsgüter in Rede stehen. Auch kann angenommen werden, dass die vollständige soziale Isolation der gesamten Bevölkerung den besten Schutz gegen eine Infektion bietet. Doch überschreitet der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative nicht, wenn er soziale Interaktion unter bestimmten Bedingungen zulässt. Nur so kann er nicht zuletzt auch anderen grundrechtlich geschützten Freiheiten Rechnung tragen (vgl. etwa zur Religionsfreiheit BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20-; zur Versammlungsfreiheit BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -). Desgleichen kann der Gesetzgeber die gesellschaftliche Akzeptanz der angeordneten Maßnahmen berücksichtigen und ein behutsames oder auch wechselndes Vorgehen im Sinne langfristig wirksamen Lebens- und Gesundheitsschutzes für angezeigt halten.

Schließlich ergibt sich aus den vom Beschwerdeführer in Bezug genommenen wissenschaftlichen Studien nicht, dass der Schutz von Leben und Gesundheit hier in nicht hinnehmbarer Weise außeracht gelassen würde. Auch fachwissenschaftlich ist nicht gesichert, welche Lockerungsmaßnahmen welchen genauen Effekt auf das Infektionsgeschehen haben. Vielmehr wird in den Studien selbst erklärt, dass Einschätzungen auf Szenarien beruhen, die von zahlreichen Faktoren abhängig sind, welche wiederum nicht sicher

prognostiziert werden können. Ihnen zu folgen ist der Gesetzgeber auch aus Gründen des Lebens- und Gesundheitsschutzes schon deshalb nicht verpflichtet.“

Die Sicherheit vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 haben die Ordnungsbehörden für Gesundheit, die Gesundheitsämter, mit Hilfe der allgemeinen Polizeibehörden nach der Auffassung des Ersten Senats soweit als möglich zu gewährleisten (vgl. Beschluß vom 19. November 2021, Pressemitteilung 4 a (siehe A II 1 b) Beschluß Rnrrn. 166 ff.). Die epidemische Infektionsgefahr schließt wegen ihrer virologischen Eigenart die Gefahr der Weitergabe der Infektion mit diesem Virus ein, die sich immer weiter fortsetzen kann. Darum sollen und dürfen, judiziert das Gericht, auch die Menschen, die andere mit dem Virus infizieren könnten, zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden. Das Gefahrenabwehrrecht des Polizeirechts gibt dafür mangels konkreter oder abstrakter Gefahr keine Rechtsgrundlage (dazu zu III 5). Die Dogmatik der notständigen epidemischen Infektionsgefahr würde es erlauben, alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten, wenn sie sich auf eine Verfassungsregelung des Notstandes stützen könnte (dazu zu III 6).

Welche Schutzmaßnahmen angeordnet werden dürfen, ist eine weitere Frage, zu der in den Kapiteln VI und VII Stellung genommen wird.

Die grundrechtliche Schutzpflichtdogmatik ist zu A III 1 bis 4 allgemein dargelegt und zu A III 5 kritisiert.

Die epidemische Infektionsgefahr ist ein Ausnahmestand. Die bedrohliche Lage epidemische Infektionsgefahr hat das Bundesverfassungsgericht nicht als Ausnahmestand erkannt. Im Ausnahmestand besteht eine andere Rechtslage als im Normalzustand. Im Ausnahmestand können Grundrechte außer Kraft gesetzt werden. Das setzt eine Notstandsverfassung voraus, wie zu III 6, und IX dargelegt ist.

2. Allgemeine Schutzmaßnahmenpflicht

Die Gebote und Verbote des Infektionsschutzgesetzes und der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung der Länder wie etwa der Dritten und Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins und der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 haben alle Menschen in den Ländern Deutschlands bzw. Berlins, alle Unternehmen und Einrichtungen, also die Kirchen, Anstalten, Körperschaften, Stiftungen, Behörden usw. verpflichtet und verpflichten sie weitgehend noch.. Die Verpflichtung zu den Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 wird nicht danach unterschieden, ob von den Menschen und Einrichtungen Gefahren für die Gesundheit von Menschen im herkömmlichen polizeirechtlichen Sinne ausgehen, die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 rechtfertigen. Die Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Schutzpflichten gegen die epidemische notständige Infektionsgefahr ohne Notstandsverfassung wird zu III 6 und vor allem zu IX erörtert. Im Folgenden geht es um die zu Schutzmaßnahmen verpflichtende Störschaft im Normalzustand.

Nur wegen der Möglichkeit der Infektion aller Menschen im Lande werden alle diese Menschen zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichtet. Der Gesetzgeber hat allen Abwehrmaßnahmen gegen das Virus vorgeschrieben, als würden sie die Gesundheit und das Leben

anderer/aller Menschen in Gefahr bringen, als seien sie alle entweder Störer oder zur Mitwirkung an der Schadensabwehr verpflichtete Nichtstörer im polizeirechtlichen Sinne. Demgemäß geraten alle durch die selbstvollziehenden Gesetze (**dazu zu IX 3 c**) in die Pflicht, die vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen zu treffen. Die Verpflichtungen werden all diesen Menschen auferlegt, um die allgemeine Infektionsmöglichkeit durch das Coronavirus SARS-CoV-2 einzudämmen und möglichst auszuschließen. Die meisten Menschen sind aber keine Störer und können keine Störer sein, weil sie nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind. Menschen, nur weil sie Menschen sind, die mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert werden können, als Störer zu behandeln, tastet ihre Grundrechte im unantastbaren Wesensgehalt an, weil sie keinerlei Anlaß für die Eingriffe in ihre Grundrechte gegeben haben. Grundrechte mögen weitere objektivrechtliche Wirkungen haben, sie schützen immer individuelle Rechte (H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7 ff., 16 f., 44; auch, weniger klar, Beatrice Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998) S. 57 ff., 60; K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 346, mit Hinweisen: vgl. BVerfGE 13, 318 (325 f., Rnrrn. 17, 22); 21, 362 (372, Rnrrn. 22, 25, 31, 34, 35, 38); 85, 386 (398, Rnrrn. 49, 51 ff., 71); 90, 145 (171, Rnrrn. 43, 75); 92, 191 (191); 97, 271 (286, Rn. 75); u. ö). Der Grundrechtseingriff muß demgemäß als Eingriff in die Rechte des je einzelnen Menschen berechtigt sein und setzt somit einen von dem betroffenen Menschen gegebenen Eingriffsgrund voraus. Welche Maßnahmen es auch seien, sei es die Abstandspflicht, sei es die Pflicht, eine Mund-Nasen-Maske zu tragen, seien es Aufenthaltsverbote, seien es Impfpflichten, seien es Nötigungen zum Impfen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder seien es die vielen anderen Pflichten zu Schutzmaßnahmen gegen das Virus, sie setzen nach herkömmlichen Polizeirecht alle voraus, daß die verpflichteten Menschen Störer der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, also einer konkreten Polizeigefahr oder einer abstrakten Gefahr, sind. Nichts anderes gilt, wenn all die Menschen als Nichtstörer vom Staat in die Pflicht genommen werden, obwohl es keine allgemeinen Störungen, nämlich keine Gefahren der Infektion durch alle und für alle Menschen im Lande gibt, soweit es nicht zu konkreten oder abstrakten Gefahren kommt (**dazu zu III 5 b und c**). All die vermeintlichen Störer sind keine Ansteckungsverdächtigen im Sinne des § 2 Nr. 7 IfSG:

„Ansteckungsverdächtiger“ ist „eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein“.

Für die Nichtstörer gilt das erst recht.

Die in § 2 Nr. 7 IfSG genannte Annahme setzt tatsächliche Anhaltspunkte für die Störerschaft voraus. Nur aus Störerschaft kann unter gewissen Voraussetzungen auch Nichtstörerschaft folgen (**dazu 2 b**). Von allen Menschen in Deutschland kann schlechterdings nicht „angenommen“ werden, „daß sie Krankheitserreger aufgenommen haben“. Das ist ohne tatsächliche Anhaltspunkte eine Fiktion, die selbst wegen der Omikron-Varianten des Coronavirus SARS-CoV-2 in mehr als 98 % der Bevölkerung in Deutschland nicht zutrifft. Die Zahl der Corona-Infizierten kann höher sein als die der Inzidenzen, weil die Testungen nicht alle Menschen in Deutschland erfaßt, sondern auf Hochrechnungen angewiesen ist, aber sie wird nicht derart höher sein, daß die Kritik der fiktiven Unterstellung, alle Menschen im Lande können Störer sein, unrichtig wird. Jedenfalls weiß niemand, von wem Ansteckungsgefahren ausgehen, so daß sie Störer im polizeirechtlichen Sinne sind. Das Polizeirecht vermag somit keine

Rechtsgrundlage für die Verpflichtungen zu geben, Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu treffen.

3. Störer und Nichtstörer

a) Polizeigefahr durch Störer

Die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gegen Polizeigefahren kommt in Betracht, wenn eine Person eine übertragbare Krankheit hat. Auch § 20 Abs. 6 IfSG betrifft nur „übertragbare Krankheiten“. In § 20 Abs. 6 S. 1 IfSG heißt es u. a.

„Bedrohte Teile der Bevölkerung haben an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist“.

§ 2 Nr. 4 IfSG hat als einen „Kranken eine Person“ definiert, „die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist“, § 2 Nr. 5 IfSG einen „Krankheitsverdächtigen als eine Person, bei der Symptome bestehen, welche das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten läßt“, § 2 Nr. 6 IfSG einen „Ausscheider“ als „eine Person, von der anzunehmen ist, das sie Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann, ohne krank oder krankheitsverdächtig zu sein“, und § 2 Nr. 7 IfSG einen „Ansteckungsverdächtigen“ als „eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein“. Diese sehr weitgehenden Definitionen genügen der zu III 3 bis 5 zitierten Rechtsprechung zum Gefahrbegriff. All diese Definitionen legen den polizeirechtlichen Gefahrbegriff zugrunde, ohne das Wort Gefahr zu verwenden. Menschen ohne Krankheitssymptome oder erkannte Infektion stellen im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs keine Gefahr für andere Menschen dar. Sie lösen als solche keine Schutzpflicht des Staates für bestimmte Menschen oder die Allgemeinheit aus. Menschen sind, wie schon zu III 6 d, aa angesprochen, nicht als solche eine Gefahr für andere Menschen. Der Mensch ist als solcher kein Störer der Sicherheit und Ordnung.

„Übertragbare Krankheiten“ können auch Menschen übertragen, die mit einem Krankheitserreger infiziert sind. Das sind aber nicht „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider“ oder „Verstorbene“, die „krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider“ waren.

„Eine Person, von der anzunehmen ist, daß sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein“ (§ 2 Nr. 7 IfSG), ist eine bestimmte Person. Von einer Person das „anzunehmen“, heißt nicht nur wegen der Möglichkeit einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 eine Befürchtung zu hegen oder eine Vermutung zu haben, sondern es muß tatsächliche Hinweise geben, daß die Person „Krankheitserreger aufgenommen hat“, etwa einen positiven Test auf das Virus oder Symptome der Erkrankung an dem Virus. Nach den Voraussetzungen des § 28 a Abs. 7 IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 konnten und können somit mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizierte Menschen, deren Infektion nicht erkannt oder erkennbar ist, nicht zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden, wenn von ihnen nicht auf Grund von Tatsachen, insbesondere von Symptomen, „anzunehmen“ war, daß sie infiziert sind. Das sind jedenfalls nicht alle Menschen im Lande, sondern nur wenige. Wenn alle „Personen“ einer Bevölkerung erkrankt sein sollen oder einer Infektion

verdächtig sein sollen, ist nichts „anzunehmen“, vielmehr ist das eine im Regelfall fiktionale Verallgemeinerung. Das hätte zumindest von dem Definitionskatalog des § 2 IfSG erfaßt sein müssen. Es kann zudem nur etwas „angenommen“ werden, wenn dafür tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Das ergibt schon der Wortlaut der Definitionen, aber erst recht deren Sinn und Zweck. Es folgt vor allem einer verfassungsrechtlichen Interpretation, die wegen der Grundrechte und wegen des Rechtsstaatsprinzips kein anderes Verständnis zuläßt als das, daß niemand einer ansteckenden Infektion verdächtig werden darf, der dafür keine tatsächlichen Anhaltspunkte bietet. Diese Interpretation erhärtet auch § 28 Abs. 1 erste Halbsatz IfSG:

„1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen.“

„Die Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheider“ müssen somit nach den genannten Regelungen erst festgestellt werden, bevor Schutzmaßnahmen von ihnen verlangt werden. Folglich kann nicht davon ausgegangen werden, daß alle Menschen im Lande zu den genannten Personengruppen gehören, weil die WHO eine Pandemie ausgerufen hat. Wenn Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider unter den Lebenden oder den Toten festgestellt wurden, sollen der gesamten Bevölkerung des Landes Schutzmaßnahmen auferlegt werden, obwohl bei den allermeisten der Menschen nichts dergleichen festgestellt wurde oder festgestellt werden könnte.

Diese Infektionsschutzpraxis ist, wenn die, freilich unsicher gewordene, Definition der Menschenwürde des Bundesverfassungsgerichts zugrundegelegt wird, mit der Menschenwürde unvereinbar, weil jeder Mensch im Lande und alle diese Menschen zu Objekten der staatlichen Maßnahmen gemacht werden (zur Objektformel der Menschenwürdeverletzung BVerfGE 30, 1 (25f, 39 ff.); 96, 375 (399); 109, 279 ff, Rn. 116); relativierend BVerfGE 109, 279, Rn. 117 ff.). Daß nicht wenige Menschen im Lande infiziert sind und infizieren können ist nicht zu bestreiten. Aber das rechtfertigt polizeirechtlich nicht die Verpflichtung der gesamte Bevölkerung eines Landes (nur wenige sind ausgenommen), grundrechtseinschränkende Maßnahmen zu treffen. Demgemäß bestimmt § 13 Abs. 1 ASOG Berlin:

„(1) Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten.“

Es sei auf den Satz: In dubio pro reo, hingewiesen, die Unschuldsvermutung für den Angeklagten eines Strafverfahrens. Es geht bei der Verpflichtung zu Corona-Schutzmaßnahmen nicht um eine strafrechtliche Verurteilung, aber es geht darum, daß jemand, der nichts zu verantworten hat, zu Schutzmaßnahmen für die Gesundheit und das Leben anderer verpflichtet wird. Das geht, wenn man das polizeirechtlich beurteilt und den Begriffen des § 2 IfSG folgt, nicht, ohne daß der, dem die Pflichten auferlegt werden, tatsächliche Anhaltspunkte für eine Verantwortlichkeit gegeben hat. Die Kausalität jedermanns für die Infektion anderer ohne dahingehende Anhaltspunkte darf keine reine Unterstellung sein. Die Unschuldsvermutung umfaßt auch die Kausalität eines Handelns des Angeklagten für eine Rechtsverletzung, nicht etwa nur Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Auch die Unschuldsvermutung ergibt sich nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur aus der Würde des Menschen (BVerfGE 74, 358 ff., Rn. 39). Zu dieser Randnummer heißt es:

„Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und hat damit Verfassungsrang.“

Auch der Satz: In dubio pro libertate, führt zu demselben Ergebnis. Niemand darf mit Pflichten belastet werden, der dafür nicht hinreichenden Anlaß gegeben hat. Der Anlaß kann auch die Errichtung einer Anlage, eines Hauses, die Teilnahme am Verkehr, an einer Veranstaltung, der Besuch in einem Krankenhaus usw. sein, nicht aber das bloße Leben. Ohne besondere, durch Tatsachen belegte, Gründe hat niemand eine besondere Verantwortung, auch und gerade nicht die zur Abwehr einer Polizeigefahr.

Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen gegen alle Menschen im Land läßt somit § 28 a Abs. 7 IfSG nicht zu, seien es die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz, zum negativen Testnachweis und die allgemeine Pflicht zur Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 Metern im öffentlichen Raum, zur Zutrittssteuerung, zur Anwesenheitsdokumentation, zum Schutz- und Hygienekonzept, zum bloßen Impf- oder Genesenennachweis, also zur 2 G-Regel oder 2 G Plus-Regel, wie sie in der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins (§ 9, 2 G-Bedingung) standen, auch nicht, soweit diese Vorschriften in die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 (Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 31. Mai 2022) aufgenommen sind.

Das vermag auch die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr nicht zu rechtfertigen, wie diese das Bundesverfassungsgericht praktiziert (dazu zu III 6), weil die erheblichen Grundrechtseinschränkungen ohne irgendeinen Anlaß alle treffen die nicht einmal als ‚Nichtstörer‘ verpflichtet werden können, weil eine Gefahr als Wahrscheinlichkeit eines Schadens nicht abgewehrt werden soll. Niemand verursacht eine solche Gefahr, die nur polizeirechtlich verstanden werden kann.

Nur eine Notstandsverfassung, die die durch die allgemeinen Schutzpflichten beeinträchtigten Grundrechte außer Kraft zu setzen erlaubt, kann Verfassungsgrundlage für Pflichten der Allgemeinheit zu Schutzmaßnahmen gegen eine epidemischen Infektionsgefahr sein (dazu zu III 3, 6 und zu IX).

b) § 823 Abs. 1 BGB als Paradigma

§ 823 Abs. 1 BGB begründet Schadensersatzansprüche, wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht widerrechtlich verletzt. Aus der Vorschrift folgt ungeschrieben gemäß dem Rechtsprinzip des § 1004 BGB für die Beeinträchtigung des Eigentums ein Beseitigungs- und ein Unterlassungsanspruch gegen den Störer (H. Sprau, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, Einführung zu § 823, Rn. 27) und somit der Anspruch, Gefährdungen anderer in deren absoluten Rechten zu vermeiden.

c) Gefahrenbegriff ohne Störer

Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB und anderen Landesverfassungen, wonach jeder ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat, folgt nach der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Menschen in seinem Lande, wie zu A III 3 und 4 dargelegt ist. Jedenfalls gehört der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit zu den Aufgaben des Staates, den Menschen im Lande

Sicherheit zu geben. Sicherheit ist der wesentliche Zweck des Staates. Der Sicherheitszweck begründet, wie zu A III 1 ausgeführt, die Schutzpflichten des Staates, nicht die Grundrechte. Zu den Sicherheitspflichten gehört wegen der Grundrechte die Verpflichtung der Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 als einer Polizeigefahr nur, wenn diese staatliche Schutzverpflichtung von bestimmten Menschen wegen einer auf Grund von Tatsachen erkennbaren Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit von anderen Menschen erforderlich ist. Die verpflichteten Menschen müssen als Störer und ausnahmsweise als Nichtstörer für die Abwehr der Gefahr verantwortlich sein oder gemacht werden können.

Ohne Störer eines Schutzgutes des Sicherheitsrechts im herkömmlichen polizeirechtlichen Sinne, hier die Gesundheit und das Leben der Menschen im Lande, wären die Schutzmaßnahmen, die alle Menschen im Lande in die Pflicht nehmen, nicht zu rechtfertigen. Nicht jeder, der mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist, erkrankt, schon gar nicht „bedrohlich“. Die Praxis allerdings sieht in der Infektion mit dem Virus schon die Erkrankung an dem Virus. Der Begriff „bedrohliche übertragbare Krankheit“ in § 2 Nr. 3 a IfSG gibt dem Infektionsschutzgesetz den anderen und weiteren Anwendungsbereich als die polizeirechtlichen Begriffe der konkreten und der abstrakten Gefahr (dazu zu 5 c). Dieser Begriff ermöglicht, anstelle der Dogmatik der Polizeigefahr die notständige Dogmatik der Infektionsgefahr zur Grundlage der Infektionsschutzmaßnahmen zu machen. Dafür sprechen die im Infektionsschutzgesetz vorgesehenen alle Menschen verpflichtenden Schutzmaßnahmen. Die wesentliche Problematik der Schutzmaßnahmen war und ist, daß sie der ganzen Bevölkerung Deutschlands oder eines Landes Deutschlands Gebote und Verbote auferlegen, obwohl der weitaus größte Teil der Bevölkerung Deutschlands in jeden beliebigen Zeitpunkt der Jahre der Corona-Pandemie nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert, geschweige denn daran erkrankt war. Die aktuellen Infektionen waren auch in der Zeit der sehr virulenten Omikron-Variante nie mehr als 2% bzw. 4% der Menschen in Deutschland. Alle anderen Menschen in Deutschland, die Allgemeinheit also, war nicht infiziert und damit nicht infektiös. Sie bildeten keine Gefahr für andere. Es bestand und besteht die Möglichkeit, daß jeder von ihnen zu einer Gefahr wurde bzw. wird. Das sind die zu 3 erörterten Gefahrenbefürchtung und Gefahrenvermutung. Im Laufe der bald drei Jahre der Corona-Pandemie waren nach den Statistiken der RKI (Oktober 2022) in etwa 35 Millionen Menschen in Deutschland infiziert, also in der im Gesundheitswesen der Corona-Pandemie praktizierten Begrifflichkeit erkrankt und damit Inzidenzen. Das sind, jeweils zehn Tage Dauer einer Corona-Infektion gemäß der praktizierten Quarantänezeiten (die Freitestung nicht berücksichtigt) für infizierte Menschen zugrunde gelegt, im Schnitt der bisherigen Corona-Pandemiezeit täglich in etwa 320 Tausend der etwa 83.24 Millionen Menschen, die in Deutschland leben. Folglich waren in etwa in der Corona-Pandemiezeit durchschnittlich täglich in Deutschland 82.92 Millionen oder gut 99, 9 % der Bevölkerung nicht infiziert. In einer Zeit hoher Inzidenzen von Corona-Varianten ist die Zahl der infizierten Menschen in Deutschland höher und demgemäß die der nicht infizierten geringer. Unter Rechtsgesichtspunkten ist das nicht erheblich. Rechnet man 5 Tage Infektionszeit, die neue Quarantänezeit, sind es noch mehr, die nicht infiziert sind.

Niemand verletzt in der gegenwärtigen Pandemie oder Epidemie einen anderen Menschen in dessen Recht auf Leben oder in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit und kann ihn darin nicht verletzen, wenn er nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist und nicht eine für eine Infizierung ausreichende Menge von diesen Viren in sich trägt.

Die Möglichkeit, andere Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren, die keineswegs eine durch Tatsachen belegte Gefahr ist und sein muß, wie zu III dargelegt ist, genügt, ihn zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten, wenn der Staat zur Abwehr der allgemeinen Infektionsgefahr in der epidemischen Lage von nationaler Tragweite derartige Verpflichtungen gesetzlich begründet hat (in diesem Sinne dogmatisch H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 37) und auf einer verfassungsgesetzlichen Grundlage begründen durfte (dazu zu III 6 und IV 5). Ein solches Gesetz gehört einerseits zu den Grenzen, die Art. 2 Abs. 1 GG der Freiheit zieht, und genügt andererseits wegen des Gesetzesvorbehalts des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausweislich des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG dem durch das Grundrecht geschützten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Das Gesetz muß zudem den sonstigen Verfassungsprinzipien für Gesetze, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als „wichtigster Schranken-Schranke“, gerecht werden (H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 12). Jeder hat in einer solchen für die Gesundheit und das Leben bedrohlichen Lage auf Grund der Schutzpflicht, wie diese das Bundesverfassungsgericht praktiziert, ein Recht gegen den Staat auf ein solches Gesetz (Beschuß zur ‚Bundesnotbremse‘ vom 19. November 2021, Rnrrn. 166 ff., 274 ff.). Aber nur eine Notstandsverfassung würde Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in einer Pandemie oder Epidemie außer Kraft zu setzen erlauben, auch nur in Grenzen, die es ausschließen, daß das Leben oder die Gesundheit in Gefahr kommen. Jedenfalls wären das Leben oder die Gesundheit gefährdende Maßnahmen auch im Notstand nicht tragfähig.

Es bedarf eines auf die Bewältigung einer Pandemie oder Epidemie ausgerichteten, der Verfassung genügenden gesetzlichen Gefahrenbegriffs. Ohne ein dahingehendes Gesetz gibt es kein Recht des Staates, Schutzmaßnahmen für die gesamte Bevölkerung vorzuschreiben. Ein Staat, der anlässlich einer Pandemie oder Epidemie die Menschen in ihrer freien Entfaltung der Persönlichkeit gängelt, würde, wenn das nach herkömmlichem Polizeirecht beurteilt wird, ohne Recht handeln. Gegen Pandemien und Epidemien war ein Recht zur Infektionsabwehr nicht unbekannt. Das Bundesseuchengesetz vom 22. Juli 1961 hatte keinen anderen Zweck als das Infektionsschutzgesetz, nämlich allgemeine Gefahren für Gesundheit und Leben durch besonders ansteckende „böse“ Krankheiten abzuwehren. Es hatte aber das Recht zu staatlichen Maßnahmen weitgehend von Polizeigefahren im klassischen Sinne abhängig gemacht, aber auch Schutzmaßnahmen gegen die bloße Möglichkeit solcher Krankheiten vorgesehen hat (dazu zu III 6 f.). Erst die durch die Corona-Epidemie veranlaßten Novellen des Infektionsschutzgesetzes, insbesondere die § 20 Abs. 2 lit a, § 22, §§ 28 bis 28 c, § 32 haben Regelungen für die epidemische Infektionsgefahr durch das Coronavirus SARS-CoV-2 getroffen. Aber diesen Vorschriften ermangelt die Verfassungsgrundlage, eine Notstandsverfassung (dazu insbesondere VI).

4) Nichtstörer a) Regelungen

Die Verpflichtung von Nichtstörern, zur Abwehr einer Polizeigefahr zu helfen, regelt beispielhaft allgemein Art. 10 des Polizeiaufgabengesetzes des Freistaates Bayern (PAG Bayern). Diese Vorschrift Bayern lautet:

„Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen

(1) Die Polizei kann Maßnahmen gegen andere Personen als die nach den Art. 7 oder 8 Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,
2. Maßnahmen gegen die nach den Art. 7 oder 8 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,
3. die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und
4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

(2) Die Maßnahmen nach Abs. 1 dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist.

(3) Art. 7 Abs. 4 gilt entsprechend.“

Im gleichen Sinne bestimmt Art. 9 Abs. 3 Landesstraf- und Verordnungsgesetz (LStVG) Bayerns in der bereinigten Fassung, vom 27. April 2020 (GVBl. S. 236):

„Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden erheblichen Gefahr oder zur Beseitigung einer erheblichen Störung können Maßnahmen auch gegen eine Person gerichtet werden, die nicht nach Absatz 1 oder Absatz 2 verantwortlich ist; insbesondere kann sie zur Hilfeleistung angehalten werden, wenn und soweit weder Maßnahmen gegen die verantwortliche Person noch Maßnahmen nach Art. 7 Abs. 3 möglich, ausreichend oder zulässig sind.² Maßnahmen nach Satz 1 dürfen nicht getroffen werden, wenn die nicht verantwortliche Person dadurch selbst an Leben oder Gesundheit gefährdet oder an der Erfüllung überwiegender anderweitiger Pflichten gehindert würde.“

Gefahren im Sinne des Art. 10 PAG Bayern sind Polizeigefahren. § 2 Abs. 1 PAG bestimmt als

„Aufgabe der Polizei, die allgemein oder im Einzelfall bestehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren“.

Nach § 11 Abs. 1 PAG kann

„die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Unter einer solchen konkreten Gefahr (Gefahr) ist eine Sachlage zu verstehen, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung von Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt“.

§ 7 Abs. 1 und § 8 PAG regeln die Verantwortlichkeit für die Störung, § 7 Abs. 1 PAG:

„Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen sie zu richten.“

§ 8 Abs. 1 PAG:

„Geht von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten“.

So regeln das auch die Artikel 6, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 LStVG.

Das Allgemeine Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlins enthält ähnliche Regelungen. Die Länder orientieren ihr Polizeigesetze an dem Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes (MEPolG), dem Musterpolizeigesetz. Die einschlägigen Regelungen Berlins sind:

§ 13 Abs. 1 „Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten.“

§ 14 Abs. 1 „Geht von einem Tier oder von einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten.“

§ 14 Abs. 3 „Maßnahmen können auch gegen den Eigentümer oder einen anderen Berechtigten gerichtet werden. 2 Das gilt nicht, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt sie ohne den Willen des Eigentümers oder Berechtigten ausübt“.

§ 16 Abs. 1 „Die Ordnungsbehörden und die Polizei können Maßnahmen auch gegen andere Personen als die nach den §§ 13 oder 14 Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,
2. Maßnahmen gegen die nach den §§ 13 oder 14 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,
3. sie die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren können und
4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.“

b) Polizeipflicht von Nichtstörern

aa) Polizeilicher Notstand

Eine Polizeipflicht von Nichtstörern ist nur gerechtfertigt, wenn sie für eine Störungsbeseitigung nötig ist, weil keine andere Abwehrmöglichkeit der Polizeigefahr besteht (Art. 10 Abs. 2 PAG Bayern, polizeirechtliches Subsidiaritätsprinzip). Diese Situation wird als polizeilicher Notstand erfaßt, in dem ohne die Inanspruchnahme von Nichtstörern einer Polizeigefahr nicht abgeholfen werden kann (K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rnrn. 106 ff., S. 155 f.).

Die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts (Bundesnotbremse-Beschluß von 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 166 ff., 274 ff.), auf Grund der soeben zu a, cc skizzierten und zu 1 näher dargelegten und zu 2 kritisierten Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Menschen im Lande gegen die epidemische Infektionsgefahr als der allseitigen, ernsthaften Möglichkeit der Infektion zu schützen, rechtfertigt, auch die Nichtstörer zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten. Nichtstörer sind für eine Störung der Sicherheit und Ordnung nicht verantwortlich. Es sind infektionsschutzrechtlich vor allem Menschen, die nicht erkennbar infiziert sind. Die epidemische Infektionsgefahr ist, um das noch einmal klarzustellen, ein Gefahrbegriff, der gegenüber dem herkömmlichen, klassischen Gefahrenbegriff des Polizeirechts Eigenstand hat, aber zur Bekämpfung einer Pandemie oder Epidemie als notwendig angesehen wird und nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundrechtlichen Bedenken begegnet (dazu zu III 6). Der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr setzt voraus, daß die meisten Menschen im Lande keine Störer im Sinne des Polizeirechts sind. Auf die Störerschaft der Menschen im Lande kommt es nach diesem Begriff der Infektionsgefahr für die Rechtmäßigkeit der Infektionsschutzregelungen nicht an. Der Freistaat Bayern hat Regelungen getroffen, die als Beispiel aufschlußreich sind.

bb) Grundrechtsbeeinträchtigung im Normalzustand

Die Grundrechtsbeeinträchtigung eines Nichtstörers, wenn diese zur Abwehr einer Polizeigefahr erfolgt, ist Folge einer Störungsbeseitigungsmaßnahme gegen einen Störer oder eines störenden Zustands, die mit der Polizeimaßnahme nicht bezweckt ist. Sie muß als eine Störungsbeseitigungsmaßnahme hingenommen werden, wenn die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Sie ist für die Gefahrenabwehr unvermeidlich (vgl. § 16 ASOG Berlin; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rnrrn. 193, 194, S. 76 f.). Mit der epidemischen Infektionsgefahr wird gewissermaßen jeder zum Störer und als solcher in die Pflicht genommen. Das im Normalzustand mit dem Grundgesetz zu vereinbaren fällt schwer. Die Menschen, die nicht infiziert sind und darum andere Menschen nicht infizieren können, wie Störer der Sicherheit oder Ordnung zu behandeln, läßt an Thomas Hobbes Sentenz: „homo homini lupus est“ gemahnende Annahme der Gefährlichkeit jedes Menschen für andere Menschen denken. Ohne Notstandsverfassung sind solche Menschen im Lande in die Pflicht zur Gefahrenabwehr einbeziehenden Regelungen nicht verfassungsgemäß.

Eine Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB und anderer Landesverfassungen (zur Schutzpflicht zu A IV und zu 1) rechtfertigt nach herkömmlichen Polizeirecht und dessen Begriff der Polizeigefahr nicht, Nichtstörer in Anspruch zu nehmen, wenn nicht der Zustand eines Menschen, das Handeln oder Unterlassen eines Menschen, die Lage einer bestimmten Sache, etwa eines Grundstücks oder einer beweglichen Sache, oder auch bestimmte Veranstaltungen eine Schutzpflicht begründen. Eine Schutzpflicht gibt dem Staat im grundrechtsverpflichteten Verständnis des Rechtsstaatsprinzips das Recht, Schutzmaßnahmen gegen die polizeirechtlichen Gefährder, die Störer, oder gegen gefahrbergende Zustände als Störungen zu treffen, aber prinzipiell nicht das Recht, Menschen in Anspruch zu nehmen, die für die Gefahr oder den gefährlichen Zustand nicht verantwortlich sind. Ein solches Recht kann, wie insbesondere zu III 6 erörtert, nur auf eine Infektionsgefahr, die eine Pandemie oder Epidemie als allgemeine Gefahr dogmatisiert, gestützt werden. Die Pflichten zu Schutzmaßnahmen greifen unvermeidlich in die grundrechtlich geschützte Lebensweise der Nichtstörer ein, in deren allgemeine Handlungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG, gefährden Leben und körperliche Unversehrtheit der Nichtstörer, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, die Freiheit der Person als Bewegungsfreiheit geschützt durch Art. 2 Abs. 2 GG und beeinträchtigen das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG. Die genannten Grundrechte stehen auch in den Verfassungen der Länder. Die Beeinträchtigung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit tastet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Würde des Menschen nur an, wenn der Kern der Persönlichkeit betroffen ist (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)). Davon kann wegen der allgemeinen Pflichten zu Schutzmaßnahmen keine Rede sein. Die Impfpflicht ist anders zu beurteilen (dazu VII 6).

Die Inanspruchnahme von Nichtstörern beeinträchtigt gegebenenfalls auch andere Grundrechte. Demgemäß ist die polizeirechtlich begründete Inanspruchnahme von Nichtstörern nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt. Die Infektionsgefahr der epidemischen Lage ist demgegenüber die Grundlage dafür, alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten. Sie führt gewissermaßen zur Möglichkeit der allgemeinen Störerschaft und schließt damit begrifflich Nichtstörer aus. Das kann nur eine Notstandsverfassung rechtfertigen.

5. Nichtstörer im Notstand

aa) Notstandslage

Das Gemeinwohl zwingt, alle Menschen im Lande gemäß einer Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und damit vor einer Erkrankung an dem Virus zu schützen. Der Grundrechtsschutz gegen Infektionsabwehrpflichten der Menschen, von denen, weil sie nicht infiziert sind, keinerlei Gefahren für andere Menschen ausgehen, läßt aber nur Infektionsabwehrpflichten aller Menschen im Lande zu, wenn die Grundrechte außer Kraft gesetzt sind. Das verlangt nach einer Notstandsverfassung. Den Notstandsmaßnahmen würde der unantastbare Menschenwürdeschutz nicht entgegenstehen, weil diese dem grundgesetzlichen Menschenwürdebegriff der ausschließlichen Verbindlichkeit von Gesetzen, denen jeder Bürger sich selbst unterworfen hat (dazu A V 2), nicht widerspräche. Aber Deutschland hat keine allgemeine Verfassung für den inneren Notstand. Das Bundesverfassungsgericht ist bemüht, den Notstandsmaßnahmen, die im Infektionsschutzgesetz ohne Notstandsverfassung getroffen sind, Rechtmäßigkeit zuzusprechen – vergeblich.

Es wäre in der normalen Lage untragbar, wenn die Menschen verpflichtet würden, von einander Abstand zu halten, einen Mund-Nasenschutz zu tragen, sich auf den Befehl von Viren testen zu lassen oder gar sich impfen zu lassen, weil es dafür keinen Anlaß gibt. Eine solche Verpflichtung wäre Willkür, die mit der Freiheit unvereinbar ist (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 401 ff., 420 ff., 449 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaats, S. 328 ff., 337 ff.). Die Corona-Pandemie mag ein Ausnahmezustand sein und wird als Ausnahmezustand gehandhabt, dem mit Infektionsschutzmaßnahmen zu Recht entgegenzuwirken versucht wird. In ähnlichen Lagen, die die Gesundheit und das Leben der Menschen im Lande nicht weniger gefährden, wie die Grippeepidemien, die MRS-Krankheiten, die Zuckerkrankheiten (Adipositas), die Krebserkrankungen, werden allerdings keine besondere Regelungen getroffen werden, um diese Krankheiten allgemein abzuwenden. So ist der Normalzustand in Deutschland. Im Normalzustand muß jeder Mensch im Lande sich selbst um seine Gesundheit kümmern. Im Ausnahmezustand aber ändert sich die Legitimität von Zwecken, insbesondere weil der elementare Zweck des Staates die Sicherheit nach Außen und Innen ist (H.- Ch. Link und G. Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48, 1989, S. 7 ff., 27 ff. bzw. S. 56 ff., 83 ff.). Deutschland hat aber keine Verfassung für den gesundheitlichen Ausnahmezustand, keine Notstandsverfassung (dazu zu B III, 6, IX 1). Demgemäß darf der Staat keine Anordnungen geben, die er nur im Notstand als Ausnahmezustand geben darf. Der Gefahrbegriff ändert sich im Notzustand, weil die Gefahr eine andere, nämlich eine allgemeine ist, die als solche abgewehrt werden muß. Im Ausnahmezustand kann von einer epidemischen Infektionsgefahr (dazu zu B III 6) gesprochen werden, die Abwehrmaßnahmen erfordert, die dem Notzustand gerecht zu werden vermögen. Es sind im Zweifel diktatorische Maßnahmen, die der Ausnahmezustand erfordert, um den Normalzustand wiederherzustellen. Grundrechte dürfen Verwirklichung dieses Zwecks nicht entgegenstehen (dazu zu B IX 1 und 2). Sie werden während des Ausnahmezustandes außer Kraft gesetzt oder, wie es das Bundesverfassungsgericht bereits im Normalzustand praktiziert, derart in das bloße Verhältnismäßigkeitsprinzip umgewandelt (dazu zu A V 1 b und 5), daß sie mangels eigenständiger Wirkkraft auch in der Ausnahmelage passen. Auch im Notstand muß das Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu zu B IX 3 e) gewahrt bleiben. Es ist ein elementares Prinzip allen rechtsstaatlichen Handels. Es steht der Willkür entgegen, also von Diktaturmaßnahmen ohne sachlichen Grund. Ohne Notstandsverfassung dürfen jedoch keine Notstandsmaßnahmen getroffen werden, die notgedrungen diktatorisch sind und Abwehrmaßnahmen rechtfertigen können, die im Normalzustand nicht hinnehmbar wären.

bb) Notstandspflichten

Die Grundrechte, aus denen das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht herleitet, stehen unter Gesetzesvorbehalt. Dieser Vorbehalt erlaubt Eingriffe, die die allgemeine vom Staat soweit möglich zu gewährleistende Sicherheit und Ordnung gegen konkrete und abstrakte Gefahren im Sinne des Polizeirechts schützen und stärken. Die epidemische Infektionsgefahr ist aber keine Polizeigefahr. Sie ist ein Notstand, dessen Bewältigung eine Notstandsverfassung voraussetzt, wie insbesondere zu III 6 und IX dargelegt ist. Auch die Notstandsmaßnahmen müssen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen und finden ihre Grenze sonst nur in der in dem unantastbaren Wesensgehalt der Grundrechte, falls deren Wirkkraft nicht im Notstand ausgesetzt werden darf und ausgesetzt ist. Wenn die materielle Dogmatik der Würde des Menschen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt wird (dazu zu A V 2 u. ö.), müssen die Grenzen der unantastbaren Menschenwürde, die mit den Grundrechten geschützt werden, auch im Notstand gewahrt bleiben.

Die Verpflichtung aller Menschen im Lande, die nicht als Störer im polizeirechtlichen Sinne identifiziert werden können und darum keine Verantwortung für die allgemeine Infektionsgefahr tragen, ist im verantwortungsrechtlichen Sinne wie die Inanspruchnahme von Nichtstörern im Polizeirecht zu behandeln. Sie werden wesentlich im Allgemeininteresse in Anspruch genommen, um mit der Pandemie oder Epidemie fertigwerden zu können. Zum Störer wird nach dem Polizeirecht erst, wer konkret die Sicherheit und Ordnung gefährdet oder sich in die Gefahrenlage, die eine abstrakte Gefahr ausmacht, begibt, etwa die gefahrbergende Veranstaltung (dazu zu III 5). Auch eine konkrete, nach Ort und Zeit individualisierte Gefahr (BVerwGE 28, 310 (315 f.); 45, 51 (57); 62, 36 (38 f.); K. H. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 55, S. 129), die jemand zu verantworten hat, genügt, um ohne eine staatliche Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen Störer im polizeirechtlichen Sinne einer Gefahr zu sein. Die Schutzverpflichtungen sind mit erheblichen Nachteilen und auch Kosten für die meisten mit den Schutzmaßnahmen belasteten Menschen verbunden. Die Inanspruchnahme für den Infektionsschutz soll gar, wie verschiedentlich, auch vom Gesundheitsministerium angedroht, die Testpflicht auf eigene Kosten einschließen. Die Verpflichtungen schließen praktisch vielfach die Teilnahme am öffentlichen Leben aus, mit erheblichen Schäden für die Anbieter von Leistungen, etwa Gastwirten, Kaffeestuben, Konditoreien. Die Allgemeinheit in Deutschland, die zu gut 99 % nicht infiziert ist und die von Einzelnen, die freilich nicht bekannt sind, abgesehen, nicht befürchten läßt, infiziert zu werden, müssen sich zwar wegen der Infektionsgefahr zu teilweise schmerzhaften, jedenfalls lästigen Grundrechtsbeeinträchtigungen verpflichten lassen, auch weil man fragwürdig (dazu zu II 3) davon ausgeht, daß sonst das Gesundheitssystem seine Aufgaben nicht mehr für alle Kranken erfüllen könne.

Polizeigefahren, die konkret oder abstrakt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Schäden herbeiführen werden, nämlich Erkrankungen durch Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, bestehen nicht schon wegen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, sondern eben nur in den Fällen einer Polizeigefahr (dazu zu III, insbesondere 5 und 6). Es besteht eine epidemische Infektionsgefahr.

Die Notwendigkeit, Nichtstörer zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu verpflichten, kann im Normalzustand vor den Grundrechten nicht gerechtfertigt werden, schon gar nicht eine allgemeine Impfpflicht, wie **vor allem zu VIII** dargelegt ist. Jedenfalls verletzt es das

Übermaßverbot, wenn fast die gesamte Bevölkerung in Anspruch genommen wird, eine „ernsthafte Gefahr“ abzuwehren, gar im Sinne der Nr. 3 a des § 2 IfSG. Die ganz große Masse der Menschen ist nicht infiziert. Aber sie werden zu Abwehrmaßnahmen gegen eine Infektion verpflichtet, als wären sie Störer. Es kann und muß niemand außer den Störern verpflichtet werden, um deren vermeintliche Störung abzuwenden. Die Störer werden selbst verpflichtet und können nur selbst verpflichtet werden. Das ist kein polizeilicher oder ordnungsbehördlicher Notstand, sondern eine gänzlich andere Situation, gegebenenfalls ein allgemeiner Notstand im Lande (dazu A 4, 5 c, auch zu III 6). Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 werden allen Menschen im Lande auferlegt. Die epidemische Infektionsgefahr mag dadurch gemindert werden, aber ihre Abwehr war nicht dadurch erschwert oder ausgeschlossen, weil Störer nicht in Anspruch genommen werden konnten. Alle Menschen im Lande können Störer sein und werden zu Schutzmaßnahmen verpflichtet, als seien sie Störer. Die allermeisten sind aber keine Störer. Ein Notstand (dazu zu IX) ist kein Normalzustand, sondern ein Ausnahmezustand. Ein Ausnahmezustand kann nicht nach den Gesetzen des Normalzustandes bewältigt werden. Er verlangt nach einer Notstandsverfassung (dazu zu III 6 und IX). Es bestehen nur einzelne konkrete und abstrakte Gefahren, die im Normalzustand Voraussetzung einer Inanspruchnahme von Nichtstörern sind. Jeder kann Störer sein oder Störer werden, nämlich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sein oder werden, aber diese Möglichkeit ist keine Polizeigefahr (dazu zu III 4, 5, 6). Ihre Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen schützt sie selbst und die Allgemeinheit vor einer weiteren Ausdehnung der Epidemie, dient aber nicht der Abwehr einer Infektion schon infizierter Menschen. Deren Infektion muß ärztlich behandelt werden.

Es ist bedenkenswert, Maßnahmen gegen Störer, etwa der Menschen, deren Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erkannt wird oder die sich in eine Lage begeben, die typischer Weise die Gefahr von Infektionen birgt, zum Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ausreichen zu lassen. Die Nichtstörer, die nicht infiziert zu sein erkennen lassen, müssen und dürfen im Normalzustand nicht mit Pflichten zu Schutzmaßnahmen belastet werden. Wenn sich Menschen, von denen keine Infektionsgefahr ausgeht, in eine abstrakte Gefahrenlage begeben, sind auch sie Störer. Sie drohen die Gefahr der Infektionen zu verstärken, weil die Erfahrung lehrt, daß sie in einer solchen Gefahrenlage selbst infiziert und damit ansteckend werden können (dazu zu III 5 c). Es wäre klar, wer für Schutzmaßnahmen in Anspruch genommen werden kann. Für die abstrakten Gefahrenlagen im polizeirechtlichen Sinne sind denn auch vielfach eingreifendere Schutzmaßnahmen angeordnet, wie eine Grundimmunsierung, die 2 G-Regel oder die 2 G Plus-Regel (dazu zu IX 1). Aber diese Möglichkeit ist nicht derart hilfreich, daß sie gemäß dem Subsidiaritätsprinzip als hinreichende Schutzmaßnahme gegen eine allgemeine Impfpflicht ins Feld geführt werden kann

cc) Grundrechtsbeeinträchtigung

Die Grundrechtsbeeinträchtigung der allgemeinen Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen aller Menschen im Lande, die nicht Störer, aber auch nicht Nichtstörer im polizeirechtlichen Sinne sind, ist nur rechtmäßig, wenn die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zugrundegelegt wird, weil und soweit sie wegen der allgemeinen Infektionsmöglichkeit, der epidemischen Infektionsgefahr, zur Sicherung der allgemeinen Gesundheit und des Lebens geboten ist. Das Bundesverfassungsgericht hat im Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe B II 1 b), Rnrn. 205 ff., 238 ff., die flächendeckenden und alle Lebensbereiche betreffenden Kontaktbeschränkungen und nicht anders die für alle geltenden Ausgangsbeschränkungen mit den Zwecken des Lebens- und Gesundheitsschutzes und der

Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in der Pandemie gerechtfertigt. Es hat die erhebliche beschränkende Wirkung des Familiengrundrechts des Art. 6 Abs. 1 GG und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, in ihrem Kern geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, zum Prüfungsmaßstab der Kontaktbeschränkungen und die Freiheit der Person, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, und das allgemeine Persönlichkeitsrecht, zum Prüfungsmaßstab des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit gemacht. Das ist die Logik der Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr. Das Bundesverfassungsgericht hat die Infektionslage wie eine Notstandslage behandelt, aber eine Notstandsordnung setzt eine Notstandsverfassung voraus, die nicht konkrete oder abstrakte Polizeigefahren abzuwehren den Zweck hat, sondern die Möglichkeit von Infektionen, Krankheiten und Tod durch ein besonderes Virus, das Coronavirus SARS-CoV-2.

6. Kosten

Der Störer muß grundsätzlich die Kosten der Störungsbeseitigung tragen, etwa § 15 Abs. 2 ASOG Berlin. Die Sicherheits- und Ordnungsgesetze der Länder und gegebenenfalls deren Kostengesetze regeln den Kostenfragen unterschiedlich. Sie belasten weitgehend den Staat mit den Kosten der Gefahrenabwehr.

Die allgemeine Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen impliziert, daß die Kosten der Schutzmaßnahmen vom Staat und damit mit Mitteln der Allgemeinheit ausgeglichen werden. Das entspricht den Regeln des Polizeirechts für Nichtstörer (§ 59 ASOG Berlin). Die Belastung mit den Kosten der Tests, der PCR-Test in etwa 40 €, die in der vergangenen Legislaturperiode erwogen worden ist, um all die, die sich noch nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 haben impfen lassen, zur Impfung zu nötigen, war unter Rechtsgesichtspunkten untragbar. Jetzt werden diejenigen (Oktober 2022), die sich ohne besondere Verpflichtung zum Nachweis eines negativen Tests testen lassen, an den Kosten eines Tests von 10 € beteiligt. Eine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist ohnehin verfassungswidrig. Sie darf den ‚Nichtstörern‘ auch nicht als Schutzmaßnahme gegen die epidemische Infektionsgefahr auferlegt werden, wie zu VII 6 erörtert werden wird.

7. Pflichten

Die Pflichten zum Schutz vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind vor allem die Gebote und Verbote des Infektionsschutzgesetzes und der Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen der Länder. Diese Vorschriften verpflichten, ihre Gebote und Verbote einzuhalten, damit nicht durch deren Verletzung der Sicherheit und Ordnung des Landes Schaden zugefügt wird. Die Sicherheit und Ordnung ist die Rechtsordnung. Diese schützt allem voran Leben und Gesundheit der Menschen im Lande.

Alle Menschen im Lande werden für die Schutzmaßnahmen in Pflicht genommen, weil von allen Menschen die Möglichkeit der Infizierung anderer Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu Eigen ist (dazu zu III vor allem 3, 4, 5 und 6), die epidemische Infektionsgefahr also. Darauf sind die Schutzmaßnahmen abgestellt. Die Verpflichtungen aller Menschen im Lande, außer wenigen von den Verpflichtungen etwa aus Gesundheitsgründen ausgenommen Personen, sind im Infektionsschutzgesetz, das ständig novelliert wird, vorgesehen. § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021, der durchgreifende Maßnahmen vorgeschrieben hatte, ist am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten. Auch § 28 b

IfSG in der Fassung vom 7. Mai 2021, der „bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ regelt, setzt die Möglichkeit der Verbreitung des Virus durch Infektionen voraus. Aber auch § 28 IfSG und § 28 a IfSG ermöglichen in Verbindung mit der Ermächtigung der Landesregierungen durch § 32 IfSG, Schutzmaßnahmen zu treffen und Verpflichtungen für alle Menschen zu verordnen, ohne daß ersichtlich oder gar nachgewiesen wäre, daß sie alle infiziert sind.

Wenn die allgemeine Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 als pandemische Infektionsgefahr für andere Menschen gilt, ist die Mißachtung der gesetzlichen oder verordneten Pflichten zu Schutzmaßnahmen eine Verletzung der Sicherheit und Ordnung, weil die Rechtsordnung durch die gesetzlichen und exekutiven Verordnungen der Infektionsschutzmaßnahmen materialisiert ist. Sicherheit ist die Wirklichkeit der gesetzlichen Ordnung (Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, S. 42, Rn. 89), die Rechtmäßigkeit der Gesetze vorausgesetzt. Die Verpflichtung zur Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist allerdings mit dem Wesensgehaltsschutz der Grundrechte aus Art. 19 Abs. 2 GG unvereinbar.

Das Rechtsinstitut der epidemischen Infektionsgefahr, das es erlaubt, wegen der Möglichkeit von Infektionen Schutzmaßnahmen vorzuschreiben, ermöglicht Verpflichtungen zu weitergehenden Schutzmaßnahmen des Staates als die Gefahrenbegriffe des Polizeirechts. Die Rechtslage der Infektionsgefahr gab es ähnlich schon nach dem Bundesseuchengesetz vom 18. Juli 1961 (BGBl. 1961 I S. 1012). Aber auch die epidemische Infektionsgefahr setzt voraus, daß die allseitige Möglichkeit der Infektion mit einem infektiösen Virus durch Tatsachen erwiesen ist. So stand das auch in § 10 Bundesseuchengesetz. Die bloße Vermutung einer Infektionsgefahr genügt für die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen nicht (dazu zu III 3 a). Die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr, die als solche nicht vom Bundesverfassungsgericht definiert ist, bringt den Rechtsstaat wegen der Verpflichtung aller Menschen im Lande, die mangels einer Polizeigefahr nicht für die Infektionslage verantwortlich gemacht werden können, in Bedrängnis. Das Bundesverfassungsgericht konnte seinem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) den zentralen Begriff des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG zugrunde legen, die „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“. Diese ist Kern der Tatbestandsvoraussetzungen der epidemischen Infektionsgefahr. Aber die Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ hat der Bundestag nicht verlängert. Es mag sein, daß diese Lage tatsächlich noch besteht, aber rechtlich nicht mehr.

Die Rechtspraxis kann somit nicht eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 6 IfSG zugrunde legen. Sie ist durch das Infektionsschutzgesetz nicht befugt, Schutzmaßnahmen gegen eine epidemische Infektionsgefahr vorzuschreiben. Der erforderliche Ausnahmezustand besteht folglich nach Auffassung des Bundestages nicht. Die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ ist augenscheinlich der Ausnahmezustand. Den aber müßte das Grundgesetz ermöglichen.

Die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr ist durch die Notwendigkeit des Schutzes gegen das gefürchtete Coronavirus SARS-CoV-2 grundrechtlich für milde Schutzmaßnahmen wie in Grenzen die Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum, die Masken- und die Testpflicht in der Sache tragfähig, wenn eine „bedrohliche übertragbare Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland“ im Sinne des § 2 Nr. 3 a IfSG durch Tatsachen erwiesen ist. Insofern besteht eine auf Tatsachen gestützte epidemische Infektionsgefahr, die keine Vermutung ist, sondern Wirklichkeit. Aber die Verpflichtung

zu Schutzmaßnahmen setzte in der Fassung vom 10. Dezember 2021 und noch in der Fassung vom 28. Juni 2022 entweder gemäß § 28 a Abs. 1, 1. Teilsatz IfSG die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ voraus oder nach § 28 a Abs. 7 1. Teilsatz IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021, daß und soweit die in den Nummern 1 bis 8 aufgeführten Schutzmaßnahmen „zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind“. In der Fassung vom 28. Juni 2022 waren in Absatz 7 des § 28 a IfSG nur noch in zwei Nummern erforderliche Schutzmaßnahmen vorgesehen. Weiterhin konnten nach Absatz 8 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 die Absätze 1 bis 6 des § 28 a IfSG auch nach Beendigung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in näher bestimmten Grenzen angewandt werden, „soweit und solange die konkrete Gefahr der epidemischen Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in einem Land besteht und das Parlament in dem betroffenen Land die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 6 für das Land feststellt hat“. In der Fassung vom 28. Juni 2022 können nach Absatz 8 des § 28 a IfSG „in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, über den Absatz 7 hinaus auch folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt: 1. ..., 2. ..., 3., 4. ..Satz regelt den Begriff einer „konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage“.

Nach näherer Regelung in Absatz 9 des § 28 a IfSG der Fassung vom 10. Dezember 2021 waren die Absätze 1 bis 6 der Vorschrift nur bis zum 19. März 2022 anwendbar. Absatz 8 der Vorschrift blieb unberührt. § 28 a Abs. 9 IfSG war in der Fassung des Infektionsschutzgesetzes vom 18. März 2022 aufgehoben worden. In der Fassung vom 28. Juni 2022 ist Absatz 9 des § 28 a IfSG als „weggefallen“ aufgeführt. Nach Absatz 10 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 waren auch die Geltung der auf Grund der Absätze 7 Satz 1 und 8 Satz 1 dieser Vorschrift in Verbindung mit § 28 Abs. 1 IfSG und § 32 IfSG erlassenen Rechtsverordnungen bis spätestens 19. März 2022 begrenzt. Diese Vorschriften sind inzwischen weggefallen. Die einschlägigen Verordnungen und Anordnungen mußten nach Maßgabe des Absatz 10 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 18. März 2022 außer Kraft treten, aufgehoben werden oder in ihrer Geltung bis zu bestimmten Zeitpunkten begrenzt werden:

Absatz 10 des § 28 a IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 regelt wiederum veränderte Bestimmungen über das Außerkrafttreten von Vorschriften, über Pflichten zur Aufhebung von Vorschriften und befristete Möglichkeiten bestimmte Maßnahmen aufrechtzuerhalten.

Eine auf Absatz 7 des § 28 a IfSG beschränkte Befristung bis zum 19. März 2022 und eine Begrenzung der Schutzmaßnahmen hatte schon die Novelle des Infektionsschutzgesetzes vom 22. November 2021 als erste politische Meldung die Ampelkoalition des 20. Bundestages durchgesetzt.

Das Gesetz ist zuletzt durch Artikel 1b der Verordnung vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist. Die weiteren Änderungen durch Artikelgesetze, die noch nicht dokumentiert sind, sind hier nicht berücksichtigt,

Die Unübersichtlichkeit der Regelungen und deren ständiger Novellierungen ist augenfällig. Sie zeigt deren Maßnahmecharakter, der für Diktaturmaßnahmen typisch ist (dazu zu IX 3).

§ 28 a IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022 im Anhang 1 g wiedergegeben.

Die Pflichten waren und sind zum Teil noch:

- a) Abstandsgebot
- b) Gebot des Mund-Nasenschutzes
- c) Testpflicht
- d) Quarantänepflicht
- e) Dokumentationspflicht
- f) Warn-App
- g) Private Zusammenkünfte
- h) Kontaktbeschränkungen
- i) Ausgangsbeschränkungen
- j) Impfpflicht

Die einzelnen Pflichten werden zu VII in Verbindung mit ihrem grundrechtlichen Status, insbesondere mit ihrer Verhältnismäßigkeit erörtert. Nur dadurch kann die hinreichende Klarheit der Darstellung erreicht werden. Die Impfpflicht wird eigens im Kapitel VIII erörtert.

V Verfassungsrechtsschutz

Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 können vielfältige Verfassungsrechtsätze verletzen, insbesondere die Zuständigkeitsordnung, wie das im Teil C zu I dargelegt ist. Weitere Prinzipien des Verfassungsrechts werden im Folgenden behandelt, nämlich die Unantastbarkeit der Würde des Menschen, der Grundrechtsschutz mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte. Die Notstandsmaßnahmen der Corona-Abwehr bedürfen einer Notstandsverfassung. Die hat Deutschland nicht. Dieses für die Verfassungsmäßigkeit der Corona-Maßnahmen bestimmende Defizit wird im Kapitel VI erörtert. Die Grundlagen einer Notstandsordnung sind schon im Kapitel IV des Teils A dargelegt.

1) Würde des Menschen

Die Infektionsabwehrpflichten wären verfassungswidrig und hätten zu unterbleiben, wenn sie die Würde des Menschen antasten würden; denn „die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 und 2 GG).

Die Infektionsabwehrpflichten wären aber zugleich durch den Menschenwürdesatz geboten (Teil A III 4 a; Teil C VIII 6 d und e), wenn der Staat Leben und Gesundheit der Menschen nicht nur auf Grund des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu schützen hätte (zur Schutzpflichtdogmatik Teil A III), sondern auch um der unantastbaren Würde des Menschen willen.

Wenn einerseits das Recht, die Infektionsschutzpflichten abzuwehren, und andererseits das Recht, gegen Infektionen geschützt zu werden, aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG folgen, wären beide Rechte als Materie

der Menschenwürde unantastbar. Die Rechte wären gegenläufig und dem Staat wären die Hände gebunden, wenn er die Menschen vor der Infektion schützen will, weil er dazu wegen deren Menschenwürde verpflichtet wäre, aber die Menschen nicht zu Schutzmaßnahmen verpflichten darf, weil das deren Menschenwürde verletzen würde. Der Widerspruch wäre mit der praktischen Vernunft schwerlich vereinbar. Er ergibt sich aus einer Dogmatik, für die das Grundgesetz keine Rechtssätze hergibt. Wie im Teil A III 4 a dargelegt, verkennt die Materialisierung des Menschenwürdeprinzips den Begriff der Würde des Menschen; denn diese ist, um es noch einmal zu sagen, das Recht des Menschen, unter dem eigenen und zugleich allgemeinen Gesetz zu leben. Dieses Recht anerkennt jeden Bürger als Gesetzgeber, gemeinsam mit allen anderen Bürgern. Es ist als die Freiheit und Gleichheit der Bürger das Fundament der Demokratie. Es ist gewissermaßen formal. Es gebietet Gesetzgebung in praktischer Vernunft, die den Allgemeinwillen verwirklicht, die *volonté générale* (dazu Teil A I 1 b; näher K. A. Schachtschneider, Nationalstaat und Souveränität, im Erscheinen, 2. Teil, 2. Kapitel, 1). Materialisierung des Menschenwürdeprinzips führt unweigerlich zu einer Abwägung des Bundesverfassungsgerichts der gegenläufigen tatsächlichen Belange, um zu beurteilen, was in der Lage zu tun das Richtige ist, was Recht sei, wenn es gut geht in praktischer Vernunft, wenn nicht in Willkür. Das Gericht aktiviert das Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu 3 und Teil A II 4, V 3). Jedenfalls macht sich das Gericht zum Gesetzgeber, wegen des Ranges des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG von Gesetzen, die der vom Grundgesetz institutionalisierte Gesetzgeber nicht ändern darf. Es ist augenscheinlich, daß eine Dogmatik, die in ein solches Verfassungsdilemma führt, mit der Gewaltenteilung die Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG unvereinbar ist. Die dogmatische Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts löst Demokratie und Rechtsstaat auf, wie schon im Teil A II dargelegt ist.

Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG kennt der Unantastbarkeit der Würde des Menschen gemäß keinen Gesetzesvorbehalt. Dessen bedarf es auch nicht, wenn die Würde des Menschen richtig verstanden wird, nämlich als das Recht, unter dem eigenen Gesetz zu leben (dazu zu A I 1 a; *passim*). Seine irrige materiale Dogmatik der unantastbaren Menschenwürde hat dem Bundesverfassungsgericht nichts anderes übriggelassen als seinen materialen Begriff der Menschenwürde wegen deren Unantastbarkeit nicht nur derart einzuschränken, daß es mit den Notwendigkeiten der Wirklichkeit leichter zurechtkommen kann, sondern auch die Grenzen seiner Rechtsprechungsbefugnis zu ignorieren und sich zum ‚unantastbaren‘ Verfassungsgeber aufzuschwingen (dazu Teil A II). Die Notlagen verlangen nach einer Notstandsverfassung (dazu Teil A IV, Teil c IV 5). Eine solche ermöglicht die Notmaßnahmen, ohne Grundrechte oder Grundprinzipien mißachten zu müssen.

Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG läßt sich somit in einer Dogmatik, die dem Grundgesetz genügt, kein Schutz gegen Infektionsschutzpflichten abgewinnen.

Das Bundesverfassungsgericht hat denn auch in seinem Beschluß vom 19. November 2021 zur „Bundesnotbremse“ die Unantastbarkeit der Menschenwürde, obwohl dieses diese Fundamentalprinzip Deutschlands ist, entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung nicht als Rechtsprinzip genannt, welches das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit fundiert, sondern diese Grundrechte nur auf Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gestützt (Ls. 2, Rn. 105, 110, 112, 166, 188, 219, 251, 295). Nur einmal hat es für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG angeführt (Rn.). Das ist in der Sache auch richtig,

weil dem Menschenwürdesatz keine materiellen Rechtssätze abgewonnen werden können, wie im Teil A II 2 a dargelegt ist. Eine Abwägung mit anderen grundrechtsgeschützten Gütern läßt der Menschenwürdesatz des Grundgesetzes nicht zu.

Eine der ‚phantasievollen‘ Argumentationen des Bundesverfassungsgerichts sei zitiert, BVerfGE 54, 148, Rn. 13 (S. 153):

„Dieses (sc.: das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit) ergänzt als "unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen ("benannten") Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissensfreiheit oder die Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der "Würde des Menschen" (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit. Wie der Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG zeigt, enthält das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ein Element der "freien Entfaltung der Persönlichkeit", das sich als Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs von dem "aktiven" Element dieser Entfaltung, der allgemeinen Handlungsfreiheit (vgl. BVerfGE 6, 32), abhebt. Demgemäß müssen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enger gezogen werden als diejenigen der allgemeinen Handlungsfreiheit: Es erstreckt sich nur auf Eingriffe, die geeignet sind, die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 34, 238 [247] - heimliche Tonbandaufnahme; BGHZ 24, 72 [81]; 27, 284 [287]).“

Im Urteil zum Großen Lauschangriff (BVerfGE 109, 279 ff.) hat das Gericht im Leitsatz 2 und zu Rn. 104 den Schutz des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch das Menschenwürdeprinzip weiter wesentlich zurückgenommen:

„Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung.“

Im Grundgesetz finden sich zu all den zitierten Sätzen keine textlichen Grundlagen. Das würde auch dem eigentlichen Gehalt des Prinzips der unantastbaren Menschenwürde widersprechen, nämlich dem, unter dem eignen Gesetz zu leben, der Freiheit.

Vermerkt sei: Die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG (Art. 6 VvB und die weiteren Landesverfassungen) in der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts wäre jedenfalls durch Infektionsschutzmaßnahmen, die sich gegen Störer oder auch Nichtstörer richten (dazu zu IV 3 a und b), nicht angetastet. Weder die Abstandspflicht noch die Testung auf die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und erst recht nicht die Verpflichtung zum Nasen-Mundschutz tasten als solche die Würde des Menschen an, wohlgermerkt in der materialisierenden Dogmatik der Menschenwürde des Bundesverfassungsgerichts.

2. Grundrechtsschutz

a) Betroffene Grundrechte

Das Infektionsschutzgesetz und die auf dieses Gesetz gestützten Schutzmaßnahmenverordnungen der Länder, wie auch die Berlins, folgen dem Staatszweck Sicherheit (dazu 1. Teil III 1). Sie begründen Rechte anderer auf Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2, die zu mißachten keine von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte freie Entfaltung der Persönlichkeit ist. Selbst wenn sie keine Rechte anderer begründen, gehören ihre Gebote und Verbote zur verfassungsgemäßen Ordnung. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG schützt, ist, wie im Teil 1 I 1 b dargelegt, begrifflich durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz begrenzt. Freilich müssen die Gebote und Verbote dieser Regelungen mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, der das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt, vereinbar sein, weil und soweit sie in diese Rechte eingreifen. Sie müssen vor allem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen (dazu 3) und damit geeignet und notwendig sein, dem Zweck des Gesetzes gemäß die Krankheiten an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zurückzudrängen, indem die Infektionen mit dem Virus abgewehrt werden. Die grundrechtseinschränkende Maßnahmen dürfen zudem das rechte Maß nicht verfehlen (dazu zu 3).

Das Infektionsschutzgesetz soll eine Schutzpflicht des Staates (BVerfG, Beschluß von 19. November 2021, Rn. 166 ff., 274 ff.; BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 155) und damit ebenfalls einen Schutzanspruch dessen verwirklichen, in dessen Recht durch die Schutzmaßnahmen eingegriffen wird. Die Schutzpflichtdogmatik des Bundesverfassungsgerichts ist im 1. Teil III kritisiert.

Wenn der Gegenstand der Schutzpflicht auf Infektionsmöglichkeiten ausgedehnt wird, also Schutzmaßnahmen gegen diese Möglichkeit von Infektionen vorgeschrieben werden können und vorgeschrieben werden müssen, werden die allgemeine Handlungsfreiheit und die freie Entfaltung der Persönlichkeit geschmälert, weil der, der handeln will, sich in die Grenzen der Schutzmaßnahmen fügen muß. Sein Handlungsrecht reicht nicht über Gebote und Verbote der Schutzmaßnahmen hinaus. Eine Impfpflicht beeinträchtigt die körperliche Unversehrtheit und kostet im schlimmsten Fall das Leben (dazu zu VIII). Auch die Freiheit der Person, die Bewegungsfreiheit, kann beeinträchtigt werden. Es kommt somit für die Rechtmäßigkeit der Schutzmaßnahmen darauf an, ob sie auf die Abwehr von Polizeigefahren durch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 begrenzt werden und begrenzt werden müssen oder weitergehend die Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gemäß dem Begriff der epidemischen Infektionsgefahr unterbinden dürfen und sollen. Der infektionsschutzrechtliche Gefahrenbegriff des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt nicht, wer für die (vermeintliche) Gefahr verantwortlich ist. Zu III 3 und 4 ist dargelegt, daß die Infektionsbefürchtung, die Infektionsvermutung und die Infektionsrisikoversorge Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen nicht rechtfertigen, weil sie keine Gefahren im allgemeinen polizeirechtlichen Sinne ausmachen, für die der zu Schutzmaßnahmen Verpflichtete verantwortlich gemacht werden kann. Wem diese Verantwortung zugesprochen wird, muß in einer Normallage Störer sein. Das sind weitaus die meisten Menschen in Deutschland (gut 99 %) nicht.

Zudem müssen das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das sich nach der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ergibt, wie auch die durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG grundrechtgeschützten Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit größtmöglich gewahrt bleiben, weil und soweit sie jedenfalls nach der langjährigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur unantastbaren Menschenwürde gehören, wenn auch nur

in ihrem Kern (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.); dazu auch zu 1). Auch Gesetze dürfen genannten Grundrechte jedenfalls nicht in ihrem Menschenwürdegehalt, dem Wesensgehalt, angetastet werden. Den Wesensgehaltsschutz der durch Gesetz einschränkbarer Grundrechte erörtere ich zu 4. Zum Grundrechtsschutz gegen die einzelnen Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen nehme ich zu VII näher Stellung.

b) Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seinem Beschluß vom 19. November 2021, wie zu A II 3 zitiert, das Ausgangsverbot des § 28 b Abs. 1 S. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 und die Kontaktbeschränkungen des § 28 b Abs. 1 S. 2 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 für verfassungsgemäß erklärt (dazu VII 9 und 8). Grundrechtsverstöße oder gar grundsätzliche Verfassungsverstöße durch diese Verbote hat es nicht erkannt.

Das Bundesverfassungsgericht leitet aus den jeweiligen Grundrechten die Pflicht des Staates ab, die die durch dieses Grundrecht geschützten Rechtsgüter zu schützen, und sucht mittels Abwägung einen Ausgleich mit dem aus demselben Grundrecht folgenden Abwehr gegen die Schutzmaßnahmen (dazu zu A III2 bis 5; kritisch H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57, 1998, S. 16, 19, 50 f.). Diese die Grundrechte schwächende Abwägungsdogmatik ist Teil A II 4 und III erörtert.

Der Beschluß vom 27. April 2022 zur Impfpflicht in Einrichtungen und Unternehmungen ist von dem Zweck, die Notlage zu überwinden, geleitet.

§ 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 war im Zeitpunkt des Beschlusses zur ‚Bundesnotbremse‘ gemäß Absatz 10 des § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 am 1. Juli 2021 außer Kraft getreten. Die Verfassungsbeschwerden waren schon vorher erhoben.

3. Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen

Grundrechtseingreifende Maßnahmen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Ein Eingriff des Gesetzes in das Grundrecht darf das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht mißachten. Verhältnismäßig sind die Maßnahmen, die einem legitimen Zweck dienen, die geeignet und notwendig sind. Sie dürfen das rechte Maß nicht übersteigen.

Die Verhältnismäßigkeit von grundrechtsregelnden, wenn man so will grundrechtseingreifenden Maßnahmen hängt von der Moralität als der Triebfeder des Sittlichkeit, der praktischen Vernunft also, derer ab, die in einer Sache zu entscheiden haben. Für den Staat ist das der Gesetzgeber, ist das der Beamte, ist das der Richter. Deren Moralität hat das Vertrauen des Volkes, das sie vertreten, oder hat es nicht.

a) Bundesverfassungsgericht

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sich vor allem mit der Verhältnismäßigkeit der grundrechtseinschränkenden Schutzmaßnahmen befaßt, die der gesundheitlichen Sonderlage abzuhefen bestimmt waren und sind. Die Geeignetheit und Notwendigkeit der Schutzmaßnahmen ist streitig. Die Schutzmaßnahmen sind insofern unterschiedlich zu beurteilen. Zudem dürfen die Maßnahmen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, das rechte Maß, nicht verfehlen (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrrn. 202 ff.). Der Senat hat den Schutzmaßnahmen für den Zwecks, das Coronavirus SARS-CoV-2 zurückzudrängen, die Geeignetheit und Erforderlichkeit zugesprochen und

deren Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, des rechten Maßes, akzeptiert (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe Teil B II 1 b), 215 ff., 289 ff.; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe B II 1 d), Rnrn. 149 ff., 153 ff., 165 ff., 202 ff.). Um diese Beurteilung zu ermöglichen, hat das Gericht mehrfach den weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers hervorgehoben (Pressemitteilung 4 a; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, 204, 207, 239; auch BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 171, 209). Einschätzungen und Beurteilungen der Sachlage des von den Regierungen in Bund und Ländern bestimmten Gesetzgebers (dazu zu IV 2) hat das Gericht angesichts der weitgehend übereinstimmenden Erkenntnisse der Immunologen und Epidemiologen alle gut geheißt. Was hätte das Gericht auch dagegen sagen sollen? Es gibt freilich auch andere fachliche Äußerungen.

Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021 (siehe B II 1 b) und vom 27. April 2022 (siehe B II 1 d) folgen der Politik der Regierung und des Gesetzgebers, die Corona-Epidemie als Ausnahmezustand zu behandeln. Sie bestätigen erwartungsgemäß, geradezu unausweichlich, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen gegen die Pandemie. Die Beschlüsse erweisen, daß die Schutzpflichtdogmatik nicht mehr leistet, als die Auflösung der Grundrechte zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie im Teil A III 2 und 3 entwickelt ist.

b) Verhältnismäßigkeit

aa) Legitimer Zweck

Die Legitimität des Zwecks der Corona-Abwehrmaßnahmen, Schutz vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu geben oder zumindest die Gefahr der Erkrankung zu mindern oder den Krankheitsverlauf zu erleichtern und möglichst den Tod an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu verhindern, ist fraglos.

aaa) Schutzpflicht

Zwecke von Maßnahmen des Staates müssen wegen des demokratischen Prinzips und wegen des rechtsstaatlichen Prinzips der Gesetzlichkeit durch Gesetze festgelegt werden. Der Zweck eines Gesetzes, das in das jeweils grundrechtsgeschützte Recht eingreift, muß gut begründbar und dadurch legitim sein (BVerfG zu bbb). Die Legitimität kann sich daraus ergeben, daß die Grundrechte auch objektive Leitentscheidungen der Verfassung sind, an denen die Gesetze, die das gemeinsame Leben ordnen, ausgerichtet sein müssen. Daraus folgt zwar das Recht auf Recht nach Maßgabe der Menschenrechte, die in den Grundrechten formuliert sind (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 819 ff.; ders., *Freiheit in der Republik*, S. 76, 136, 150, 174 f., 260; i.d.S. BVerfGE 7, 198 (206 f.); st. Rspr., insb. BVerfGE 97, 298 (313); anders aber BVerfGE 97, 350 (370 ff.), Euro-Beschluß), aber nicht schon eine in den verschiedenen Grundrechten bestimmte Schutzpflicht. Dieses Recht auf Recht ist kein subjektives Grundrecht, jedenfalls als solches nicht praktiziert und nicht anerkannt. Aber die Sicherheit im Staat und des Staates ist der elementare Zweck des Staates und gehört damit zur Bürgerlichkeit des Bürgers. Seine Sicherheit kann der Bürger vor Gerichten geltend machen, zumal vor dem Bundesverfassungsgericht. Sie gehört zur Freiheit des Bürgers, die Art. 2 G, aber auch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG schützt. Das ist ein Menschenrecht (Art. 3 AEMR; Art. 9 Abs. 1 S. 1 IPBPR).

bbb) Legitimität der Schutzmaßnahmen

Der Zweck der Schutzmaßnahmen, Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im ganzen Land abzuwehren und das Virus zu besiegen, ist legitim (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Bundesnotbremse, Rnrn. 167, „legitimen Gesetzeszweck“, „Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit von Menschen, die von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützt werden, sowie die (dafür erforderliche) Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems“; auch S. 168 ff.; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 153 ff.). Leben und Gesundheit wie auch das Gesundheitssystem sind nach Ausfäassung des Bundesverfassungsgerichts „Gemeinwohlziele von überragender Bedeutung“ (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rn. 176 ff., 231). Rn. 176:

„Sowohl der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sind bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke (vgl. BVerfGE 7, 377 <414>; 121, 317 <349>). Aus Art. 2 Abs. 2 GG, der den Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Gesundheit umfasst (vgl. BVerfGE 142, 313 <337 Rn. 69> m.w.N.), kann zudem eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>; 121, 317 <356>).“

Die Legitimität von Zwecken ist nicht objektiv, sondern subjektiv. Sie hängt von der jeweiligen Lage, aber auch von den Vorstellungen derer, die das Gesetz geben, also von den Bürgern eines Staats, vertreten von den zuständigen Amtswaltern. Die Vorstellungen folgen etwa der Religion, der Weltanschauung, den Geschäftsinteressen, den Sorgen und Ängsten, wenn es gut geht, der Verwirklichung der allgemeinen Freiheit, meist aber der Behauptung von Herrschaft. Legitimität ist zuvörderst eine politische Entscheidung, die der Gesetzgeber durch das Gesetz, das den Zweck zu verwirklichen be- zweckt, in seinen Gesetzesbeschluß aufnimmt. Diesen Beschluß muß im Streitfall vom Bundesverfas- sungsgericht gutgeheißen werden, das sich, wie zitiert, weitestgehend aus der Politik heraushalten zu müssen meint. Wenn die Zweckverfolgung geboten ist, wie die Überwindung eines Notstandes, insbe- sondere die Rettung von Leben und Gesundheit vieler Menschen im Lande, ist der Zweck unangreifbar, wie die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts erweist (in Sachen Corona-Abwehr BVerfG, Be- schluß vom 19. November 2021, Rnrn. 228 f., 231 ff.; Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 188 ff., 217, 239 ff., 254 ff.). Den Grundrechten lassen sich jedoch nicht Zwecke abgewinnen, die all und jedes rechtfertigen. Die Grundrechte sind einschränkbar und die Einschränkungen müssen gerechtfertigt werden können. Sie sind auch Leitentscheidungen der Verfassung, die Politiken des Staa- tes zu rechtfertigen vermögen. Das Bundesverfassungsgericht hat an der Legitimität der Corona- Schutzmaßnahmen keinen Zweifel gelassen. Den Grundrechten lassen sich jedoch nicht Zwecke abge- winnen, die all und jedes rechtfertigen. Die Grundrechte haben als Schutzrechte bestimmter Rechte ihren Eigenstand. Sie sind einschränkbar und die Einschränkung muß gerechtfertigt werden können. Sie sind auch Leitentscheidungen der Verfassung, die Politiken des Staates zu rechtfertigen vermögen (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff.). Wenn sie Schutzgüter des Gemeinwesens sind, die als hohe oder höchste Zwecke Grundrechte mittels Gesetzen einzuschränken erlauben, be- gründen die Grundrechte nur noch den ohnehin im Rechtsstaat gebotenen Gesetzesvorbehalt, ersetzen aber den Tatbestand der Grundrechte durch den dem Grundrecht abgewonnenen Zweck. Das führt zu dem schon kritisierten Abwägungs- und Ausgleichsprinzip (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rn 218, 232 ff.; weitere Hinweise oben zu A II 3 IV 2 c, d, e) und dem damit verbundenen Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu zu A II 4). Damit wird der Verfassungsstaat zum Verfassungsge- richtsstaat, weil das Bundesverfassungsgericht die Zwecke der Politik gutheißt oder selbst setzt (dazu

auch V 4 c, bb). Die rechtsstaatliche Gewaltenteilung ist damit kraftlos. Sie ist freilich im entwickelten Parteienstaat ohnehin ohne größere Bedeutung (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 168 ff., 772 ff., 1045 ff.). Eine solche Dogmatik führt durch die Möglichkeit, Für und Wider von Maßnahmen abzuwägen, nicht aber deren Rechtllichkeit durch Subsumtion zu prüfen, zu untragbaren Judikaten wie die Bevorzugung von Leben und Gesundheit von Mehrheiten gegenüber denen von Minderheiten (vgl. BVerfG, Beschluß vom 10. Februar 2022 (Akz. 1 BvR 2649/21 (siehe A II 1 c), Rnrn 16 ff.; dazu kritisch zu VII 6 b, aa). So können auch Triagen gerechtfertigt werden.

bb) Geeignetheit

Die Geeignetheit und die Notwendigkeit der Schutzmaßnahmen für deren Zweck beurteilen sich, deren Sachlichkeit vorausgesetzt, nach dem Gesetz, das diesem Zweck dient. Das ist das Infektionsschutzgesetz, das seinen Zweck in § 1 Abs. 1 definiert:

„Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern“.

Nach den Erkenntnissen der Immunologen, etwa Professor Hendrik Streeck, 25. Januar 21, bei Markus Lanz, und Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022, ist nicht zu erwarten, daß der Zweck, das Coronavirus SARS-CoV-2 zu besiegen, durch die Schutzmaßnahmen erreicht wird. Das gibt zu bedenken, ob die Allgemeinheit und das öffentliche Leben mit ungeeigneten Maßnahmen belastet und die Wirtschaft des Landes mit ungeeigneten Maßnahmen des Staates geschädigt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat an der Eignung der Impfpflicht für den Schutz jedenfalls der vulnerablen Gruppe keine Zweifel gelassen (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 165 ff.).

Die Bemühungen, mittels der gesetzlichen und verordneten Schutzmaßnahmen das Coronavirus SARS-CoV-2 unschädlich zu machen, sind fragwürdig, weil selbst radikale Abwehrmaßnahmen gegen das Virus es nicht aus der Welt zu schaffen vermögen. Selbst die rigorosen Quarantänen, die nach wenig bestrittenen Berichten China verhängt hat (Null-Covid-Strategie, für viele, Georg Fahrion/Christoph Giesen, Peking, Drei Jahre Pandemie – und China macht weiter wie 2020, Spiegel Ausland vom 21. November 2022), haben die Infektionslage in dem weitestgehend abgeschotteten großen Land, in dem den Menschen größtmöglich abgesondert zu leben vorgeschrieben ist und durchgesetzt wird, nicht nachhaltig verbessert. Unwirksame Schutzmaßnahmen, die, zum Teil erheblich, in die Grundrechte eingreifen und sogar deren Wesensgehalt antasten, lassen sich schwerlich rechtfertigen. Schon gar nicht erlauben die Grundrechte eine Verpflichtung zu Impfungen, die die Gesundheit und das Leben bedrohen, die, selbst wenn sie den Krankheitsverlauf mildern sollten, der Pandemie nicht abzu helfen geeignet sind und auch vor der Erkrankung an dem Virus nicht allgemein und wirksam schützen (dazu zu VII). Der Immunologe Professor Alexander Kekulé etwa zweifelt an der Eignung der eingesetzten Impfstoffe für ihren Zweck, die Erkrankung an den Varianten Delta und Omikron des Coronavirus SARS-CoV-2 und deren zu erwartenden Mutanten mittels Impfungen abzuwehren: „Allgemeine Impfpflicht totaler Unsinn“ (Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022). Wohl in der Einsicht dieser tatsächlichen Gefahren- und damit der Rechtslage werden die kaum noch zumutbaren Eingriffe in die Wirtschaft, in das öffentliche Leben und vor allem die Versorgung der Kranken zurückgenommen. Die Quarantänen nach positiver PCR-Testung wurden und werden verkürzt, gegenwärtig allgemein auf fünf Tage (BMG, Quarantäne und Isolierung, Stand 25. November 2022), auch in

Unternehmen und für ‚systemrelevante‘ Tätigkeiten, zumal der Krankenversorgung. Ein Lock-Down wird jedenfalls gegenwärtig nicht mehr ins Auge gefaßt. Lock-Downs waren womöglich niemals geboten, um Gesundheit und Leben zu schützen. Unverdrossen wurde lange Zeit eine Herdenimmunität durch Schutzimpfung angestrebt. Gegenwärtig ist davon keine Rede mehr. Die für die Herdenimmunität erforderliche Impfquote ist trotz aller Bemühungen, die politisch vertretbar zu sein scheinen, wegen des Widerstands gegen die Impfung nicht zu erreichen. Aber sie dürfte ihren Zweck auch verfehlen. Portugal hatte 2022 trotz einer Impfquote von 87% der Bevölkerung nach offizieller Information einen außerordentlich hohen Corona-Infektions- und Krankenstand.

Maßnahmen, die nicht geeignet sind, ihren Zweck, das Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren, zu erfüllen, sind auch nicht notwendig und vermögen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem rechten Maß, nicht zu genügen.

cc) Notwendigkeit und rechtes Maß

aaa) Notwendigkeit

Die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit i. e. S. (Übermaßverbot), von denen die Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen auch abhängt, hängen wesentlich von den konkreten Fällen ab, in denen die Verpflichtungen greifen, Schutzmaßnahmen hinzunehmen oder vorzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hält Einzelfallprüfungen nicht für geboten, sondern stellt auf den „Regelfall“ ab (Beschuß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 191). Zudem räumt es dem Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum ein (Beschuß vom 27. April 2022, Rdnr. 188 ff.). Eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist, selbst wenn sie als Schutzmaßnahme gegen das Virus geeignet wäre, jedoch nicht notwendig, weil es mildere Maßnahmen gibt, deren Grundrechtsbeeinträchtigungen weniger empfindlich sind, etwa der Testnachweis oder die Maskenpflicht und die Abstandspflicht. So hat es das Oberverwaltungsgericht Lüneburg gesehen, das infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 Niedersachsens vorläufig außer Vollzug gesetzt hat (näher zu VIII 4 a). Die Impfpflicht ist somit durchgehend nicht notwendig (a. A. BVerfG, Beschuß vom 27. April 2022, Rn. 186 ff.) und kann übermäßig sein, abgesehen von ihrer Verfassungswidrigkeit aus spezifischen grundrechtlichen Erwägungen (dazu zu VI 1, 5 und 6). Eine Notstandsverfassung, die eine allgemeine Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, zumal eine allseitige Impfpflicht, ermöglichen könnte, hat Deutschland ohnehin nicht.

bbb) Rechtes Maß

Für die ganz große Masse der Bevölkerung in Deutschland, die weder an dem Virus erkrankt noch mit diesem infiziert ist, ist eine Impfpflicht gegen das Coronavirus unverhältnismäßig i. e. S., also übermäßig.

Das Bundesverfassungsgericht hat an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der Pflicht der in den § 20 a IfSG aufgeführten Einrichtungen und Unternehmungen Beschäftigten zum Nachweis der Impfung bestätigt, wenn und weil der Zweck der Impfung ist, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der vulnerablen Gruppen („Hochaltrige, Vorerkrankte, Pflegebedürftige, Menschen mit Behinderungen und Beeinträchtigung“) darin zu schützen (Beschuß vom 27. April 2022, Rdnr. 153 ff., 165 ff., 188, 191, 202 ff.).

Die Kriterien der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 8. Juni 2016.- 1 BvR 3634/13- zu Rn. 16 sind zu IV 2 e im Rahmen der Schutzpflichtdogmatik des Gerichts zitiert und kritisiert. Sie sind vage und ohne jede subsumtive Bestimmtheit, die dem Rechtsstaatsprinzip genügen könnten (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 273 ff.).

4. Wesensgehalt der Grundrechte

a) Dogmatik des Wesensgehalts

Den Wesensgehalt der Grundrechte, den Art. 19 Abs. 2 GG nicht anzutasten erlaubt (dazu zu Teil A III 4 b, cc), dogmatisiert die überwiegende Lehre fragwürdig als deren Menschenwürdegehalt (dazu Günter Dürig, Der Grundrechtsatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956) S. 117 ff., 146 ff.); vgl. i. d. S. BVerfGE 80, 376 (373 f.); ergebnisorientiert relativierend BVerfGE 109, 279, Rn. 112, großer Lauschangriff; mit anderer Dogmatik K. A. Schachtschneider, Res publica es populi, S. 819 ff., insb. S. 827 f., S. 978 ff., auch S. 1002 ff.). Aber auch die Materialisierung des grundrechtlichen Wesensgehaltsschutzes im gänzlich unbestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine verständliche Kapitulation vor dem fragwürdigen Begriff, aber auch ein Beitrag zur Auflösung der Grundrechte in das Verhältnismäßigkeitsprinzip (dazu zu IV 2 c, d, e mit Hinweisen; dazu vor allem Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Absatz 2 GG, 1962, 3. Aufl. 1983, S. 58 ff., S. 234 ff. „institutionelle Garantie“; weichenstellend C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 163 ff., 171 ff.; dazu auch K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff, 827 ff., 830, 978 ff.; dazu Teil A III 4 mit Hinweisen)... Wesensgehalt der Grundrechte ist nicht definierbar und damit der ‚praktischen Vernunft‘ des Bundesverfassungsgerichts ausgeliefert.

Eine Notstandsverfassung ist unverzichtbar, weil eine solche Grundrechte außer Kraft zu setzen pflegt. Im Notstand kommt ein Wesensgehaltsschutz gemäß Art. 19 Abs. 2 GG nicht in Betracht. Wenn die betroffenen Grundrechte außer Kraft gesetzt sind, kann auch der Wesensgehalt der grundrechtlich geschützten Rechte nicht geschützt werden. Einen Gesetzesvorbehalt kennt auch Art. 2 Abs. 2 GG in Satz 3. Wie sollte der Wesensgehalt des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit geschützt werden, wenn das Grundrecht außer Kraft gesetzt ist. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht den Wesensgehaltsschutz als die Beachtung der Verhältnismäßigkeit der in das geschützte Recht eingreifenden Maßnahmen dogmatisiert (BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373); Teil A III 4 b, cc) und damit der Sache nach Art. 19 Abs. 2 GG die Relevanz genommen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat als solches keinerlei subsumtionsfähige tatbestandliche Bestimmtheit. Es ist von der Lage, wie sie die Politik sieht, abhängig (dazu Teil A IV4). Die Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen prüft das Bundesverfassungsgericht ohnehin, freilich ohne eine Schutzwirkung, die über das Willkürverbot hinausgeht.

b) Schutzmaßnahmen

Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 tasten den Wesensgehalt der Grundrechte nicht an, wenn sie nur die Menschen zu den Schutzmaßnahmen verpflichten, die an Veranstaltungen teilnehmen wollen, die eine abstrakte Gefahr bilden. An der Abwehr der Realisierung der abstrakten Gefahr durch konkrete Gefahren (dazu zu III 5 b), die Infizierung der an den Veranstaltungen teilnehmenden Menschen, können alle Teilnehmer nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips

mitzuwirken verpflichtet werden. Es ist auch vertretbar, den öffentlichen Nahverkehr als eine abstrakte Gefahr einzustufen, weil oft die S-Bahnen, U-Bahnen, die Busse und Straßenbahnen voll oder sogar überfüllt sind. Wenn diese Verkehrsmittel allerdings leer sind und die Fahrgäste weit (mehr als 1, 5 Meter) auseinander Platz finden, läßt sich das nicht mehr begründen. Genausowenig besteht eine abstrakte Gefahr in Geschäften, wenn diese nicht voll sind. Die Rechtslage unterscheidet sich von der Inpflichtnahme aller Menschen im Lande (dazu IV 3, auch III, 6, u. ö), die sich nicht in Veranstaltungen begeben, welche nach Erfahrung und Wissen eine abstrakte Gefahr bilden. Die Bestimmung der Lagen, in die Menschen sich begeben, als abstrakte Gefahrenlagen ist schwierig. Die Dogmatik aber ergibt, daß Unterschiede gemacht werden müssen, je nach Lage und Handeln. Die Verpflichtung aller Menschen im Lande kommt nur auf der Grundlage der alle betreffenden Infektionsgefahr in Frage.

Die Schutzpflichten können aber auch den Wesensgehalt von Grundrechten antasten.

Die Verpflichtungen von Verwaltern beispielsweise, Schutzmaßnahmen zu treffen, können in Grundrechte des Veranstalters eingreifen, der dadurch in seiner Gewerbefreiheit, nach herrschender Meinung durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, richtigerweise durch Art. 2 Abs. 1 GG, das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 GG, der Eigentumsgewährleistung (K. A Schachtschneider, Fallstudie Gewerbeuntersagung, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, S. 16 ff.; ders., Fallstudie Produktwarnung der Bundesregierung – Glykol-Skandal, daselbst, S. 187 ff.), und gegebenenfalls auch in seiner Religionsausübungsfreiheit des Art. 4 Abs. 2 GG, in seiner Wissenschafts- oder Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG, seiner Pressefreiheit, Rundfunk und Filmfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, in seiner Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, in seiner Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, aber auch in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, insbesondere in seinem Grundrechten der individuellen Selbstbestimmung und der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG, nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG (dazu 2 a), beeinträchtigt sein kann.

Die Veranstalter sind gewissermaßen die Störer, wenn sie Menschen an ihrer Veranstaltungen teilnehmen lassen, die die vorgeschriebenen und berechtigten Schutzmaßnahmen nicht beachten. Die staatlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen können dann bis zur Untersagung der polizeipflichtigen Veranstaltung gehen.

Vor allem die G 2-Regelung ist ein erheblicher Eingriff in die Grundrechte, nämlich in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, in die Freiheit der Person, die körperliche Bewegungsfreiheit, des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG und insbesondere in die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG (dazu IX).

In § 28 b Abs. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 hieß es zu

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

7. „die Öffnung von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes ist untersagt; dies gilt auch für Speiselokale und Betriebe, in denen Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle abgegeben werden; von der Untersagung sind ausgenommen:...“

Diese Bestimmungen sind nicht mehr in Kraft. Aber sie zeigen, daß der Gesetzgeber vor Grundrechtsverletzungen nicht zurückgeschreckt, die zu weit gehen und den Wesensgehaltsschutz entgegen Art. 19 Abs. 2 GG mißachten. Die „Freiheit der Person“ des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist die Bewegungsfreiheit (BVerfGE 149, 293 (318 Rn. 65 m.w.N.); 156, 63 (127 Rn. 222); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 1 ff.). Sie schützt, wie auch Art. 104 Abs. 1 GG, insbesondere die Freiheit, nicht eingesperrt zu werden (Habeas Corpus Akte vom 12. Juli 1679). Die Bewegungsfreiheit besteht auch und gerade außerhalb des Hauses und auch in der Nacht. Die Bewegungsfreiheit wurde für die Nachtstunden gänzlich aufgehoben. Das hat den Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verletzt. Die Gaststätten usw. müssen offen sein, damit Menschen essen und trinken können, aber auch, damit die Gastwirte usw. ihren Beruf ausüben und ihr Unternehmen, mit dem sie ihren Lebensunterhalt erarbeiten, betreiben können. Die Berufsfreiheit wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, die Unternehmensfreiheit nach der Judikatur und üblichen Lehre auch. Richtiger wird die Unternehmensfreiheit durch Art. 14 Abs. 1 GG, die Eigentumsgewährleistung, und Art. 2 Abs. 1 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit, geschützt (K. A. Schachtschneider, Fallstudie Umweltschutz, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 334 ff.; vgl. Wolfgang Freitag, Unternehmen in der Republik, 2001, S. 157 ff., 184 ff.)). Insbesondere wurde und wird das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG mißachtet. Für Monate waren diese Freiheiten unterbunden. Kleinunternehmer, Gastwirte, Handwerker, Händler usw., sind vielfach insolvent geworden und mußten ihr Unternehmen aufgeben. Viele kleine und auch mittelständische Unternehmen sind wirtschaftlich und finanziell geschädigt worden. Die staatlichen Zahlungen haben die Verluste nur zum Teil ausgeglichen. Der Wesensgehalt der genannten Grundrechte wurde verletzt. Diese Maßnahmen sind wegen der ‚Corona-Pandemie‘ mit der Delta- und der Corona-Variante des Virus eher verschärft worden.

Die Inanspruchnahme von Menschen, die keinerlei Hinweis erkennen lassen, an dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert zu sein, ist als eine staatliche Maßnahme gegen die Gefahr des Virus mehr als bedenklich, wenn und weil die Abstandspflicht, die Maskenpflicht, die Testpflicht und gegebenenfalls die Quarantänepflicht oder gar die Impfpflicht ihre Grundrechte im Wesensgehalt antasten. Die Verpflichtung aller Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen könnte ohnehin nur auf die epidemische Infektionsgefahr gestützt werden, wenn eine Notstandsverfassung praktiziert werden darf. Die Grundrechte sind, wie schon mehrfach gesagt, das der allgemeinen Handlungsfreiheit, das der freien Entfaltung der Persönlichkeit und das des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, sowie gegebenenfalls das der Berufs- und Unternehmensfreiheit und weiterer besonderer Grundrechte.

VI

Corona-Notstandsmaßnahmen ohne Notstandsverfassung

1. Notständige Ausnahmelage der Corona-Pandemie
 - a) Notabwehr Staatspflicht

Not ist gebieterisch. In der Not handelt der Staat und muß handeln. Der Staat kann einer Pandemie nicht tatenlos zusehen, wenn er meint, Maßnahmen gegen diese treffen zu können und treffen zu sollen. Die Not schafft einen Ausnahmezustand. Mit den Gesetzen für den Normalzustand kann der Staat der Not nicht wehren. Der Exekutive kann die Entscheidung nicht überlassen werden, welche Situation einen Notstand begründet, wenn die Verfassung den Notstand nicht in hinreichend bestimmten Tatbeständen regelt. Auch Notmaßnahmen des Staates müssen das Recht achten, freilich das Notstandsrecht.

Ein Rechtsstaat kann die beiden Sätze: ‚Not kennt kein Gebot‘ und: ‚Der Zweck heiligt die Mittel‘, als ungenannte Ermächtigung zu handeln, weil es erforderlich erscheint, der Not zu wehren, ohne hinreichende Notstandsverfassung schwerlich akzeptieren. Diese Sätze sind auch dem demokratischen Prinzip zuwider. Auch Notmaßnahmen des Staates müssen das Recht achten.

Die Corona-Pandemie ist als eine Notlage abzuwehren versucht worden, mit begrenztem Erfolg. Es werden weitere Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vorgeschrieben und getroffen. Diese Maßnahmen sind auf besondere Gefahrenlagen begrenzt und verpflichten nicht die Allgemeinheit zu Schutzmaßnahmen. Vor allem sind Gesichtsmasken in Krankenhäusern und Pflegeheimen anzulegen, etwa in Berlin nach § 2 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022. Die Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen verletzen jedenfalls, wenn jedermann verpflichtet wird, ohne daß er eine konkrete oder abstrakte Gefahr zu verantworten hat oder als Nichtstörer, um eine konkrete Gefahr abzuwehren, in Anspruch genommen werden kann, die Menschenwürde, den Wesensgehalt von bestimmten Grundrechten und bestimmte Grundrechte überhaupt, insbesondere das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG. Ohne eine Verfassungsgrundlage für die in der Normlage verfassungswidrigen Schutzmaßnahmen kann die Ausnahmelage der Corona-Pandemie rechtens nicht bewältigt werden.

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 2022 zur Impfpflicht in Einrichtungen und Unternehmungen ist von dem Zweck geleitet, die Notlage der Pandemie wenigstens dort zu mindern, wo besonders gefährdete und hilflose Menschen leben.

Das Gericht leitet, wie zitiert, aus Art. 2 Abs. 2, S. 2 GG die Pflicht des Staates her, Leben und Gesundheit zu schützen (Rn. 166 ff., 217 ff., 274 ff. des Beschlusses vom 19. November 2021; BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 155, 203 f., 217 ff., u. ö., vgl. BVerfGE 56, 54 (78); 121, 317 (356); dazu zu IV 1 a). Die Schutzpflichtdogmatik ist zu IV 1 dargestellt und zu IV 2 kritisiert. Die Sicherheit des Landes und seiner Bewohner ist elementarer Zweck des Staates. Dazu gehört auch die „Volksgesundheit“ (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Ls. 4 d, Rn. 205 bis 211). Deren allgemeine Gefährdung, die der Begriff epidemische Infektionsgefahr erfaßt, kann ein Notstand sein, wenn der Gefährdung nicht anders abgeholfen werden kann, als durch Notstandsmaßnahmen. Dazu ist oben zu III 6 Stellung genommen.

Eine „schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit“ muß, sagt das Bundesverfassungsgericht, vom Staat, dessen Zweck wesentlich die Sicherheit des Gemeinwesens ist (H.- Ch. Link und G. Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48, 1989, S. 7 ff., 27 ff. bzw. S. 56 ff., 83 ff.), nach Möglichkeit abgewendet werden. Wenn die Verpflichtung, Schutzmaßnahmen zu ergreifen und zu erdulden, von einer Gefährdung durch Menschen im herkömmlichen Sinne des Polizeirechts abhängt, die für

spezifische Gefahren für die Sicherheit und Ordnung verantwortlich gemacht werden können, läßt sich die pandemische oder epidemische Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 schwerlich zurückdrängen. Wer nämlich nicht Verursacher der Gefahr ist, die sogar „ernsthaft“ sein muß, kann nicht als Verursacher der Gefahr für deren Abwehr in Anspruch genommen werden. Der Staat muß andere Wege suchen und darum den genannten anderen Begriff der Gefahr praktizieren, den das Infektionsschutzgesetz, wenn auch nicht explizite, aber doch der Sache nach, bietet, den der epidemischen Infektionsgefahr oder auch den der Pandemie oder den der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“. Diese Begriffe schließen eine Gefahr für die Allgemeinheit ein, die durch Schutzmaßnahmen abgewehrt werden muß, die soweit als nötig, die Allgemeinheit in die Abwehrmaßnahmen einbindet. Das gebietet, wie das Gericht betont hat, Einschätzungen und Beurteilungen des Gesetzgebers, aber auch der verordnenden oder die Rechtssätze anwendende Exekutive. Ohne die erforderliche Flexibilität der Legislative und der Exekutive kann die Gefahr für Gesundheit und Leben, die durch Infektionen mit Viren, die zudem noch stetig mutieren, nicht abgewehrt werden. Die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen kann schlecht auf Störer der Sicherheit und Ordnung durch erkennbare Belastung mit übertragbaren Viren begrenzt werden, wie das der polizeirechtliche Gefahrbegriff des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulassen würde. Das hieße, den Staat zu verkennen, der das Recht so gestalten muß, daß jedenfalls die elementaren Rechte des Menschen, die auf Leben und körperliche Unversehrtheit, bestmöglich gesichert werden. Darum ist eine eigenständige Rechtslage für eine epidemische Infektionsgefahr richtig, die unabhängig von konkreter oder abstrakter Gefahr im herkömmlichen Sinne (dazu zu III 5) für Schutzgüter der Menschen ist. Sie hängt nicht davon ab, daß jemand Störer/Gefährder ist, also Verursacher konkreter Gefahren, seien diese bereits real, erkennbar aus Tatsachen, oder seien es abstrakte Gefahren, nur nach der Erfahrung zu erwarten. Wegen einer Infektionsgefahr werden alle Menschen des Landes für Schutzmaßnahmen in Anspruch genommen.

Die Rechtswidrigkeit der Ermächtigungen zu Gesetzen und Verordnungen des Bundes und der Länder, die im Kapitel I dieses Teils C erörtert sind, werfen im notständigen Ausnahmezustand weitere Rechtsfragen auf.

b) Notlage Corona-Pandemie

aa) Außergewöhnliche Notsituation

Fraglich ist, ob die Corona-Pandemie die außergewöhnliche Notlage, also eine notständige Ausnahmelage, ist, als die sie behandelt wird, oder gar eine Naturkatastrophe.

Die Menschen im Lande hätten die Möglichkeit, mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 angesteckt zu werden und an diesem zu erkranken, auch selbst abwehren können. Sie hätten größtmögliche Vorsicht walten lassen können, aber auch die Schutzmaßnahmen, die der Staat angeordnet hat, auch gesetzlich vorgeschriebene Corona-Schutzimpfung (dazu VIII 2), freiwillig nutzen können. So machen es viele Menschen gegen andere nicht weniger infektiöse Viren, wie den Grippeviren, deren Infektion auch zum Tode führen kann. Schweden ist den Weg gegangen, auf staatliche Anordnungen von Schutzmaßnahmen gegen das Virus weitgehend zu verzichten und hatte mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 insgesamt weniger Not als die Staaten mit harten Maßnahmen. Insbesondere hat Schweden keine Erkrankungen oder Todesfälle durch Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu beklagen (dazu III, 5), soweit Impfungen nicht freiwillig entgegengenommen worden sind.

Der Staatsgerichtshof Hessens ist entgegen meinem Vortrag in dem Normenkontrollverfahren über dieses Gesetz, davon ausgegangen, daß eine Kreditaufnahme im Falle einer Naturkatastrophe oder einer außergewöhnlichen Notsituation wegen gemäß Art. 141 Abs. 4 der hessischen Verfassung wegen eines Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers nicht gegen die Verfassung verstoße (StGH Hessen, P. St. 2783, 2827, Urteil vom 27. Oktober 2021, Rnrn. 263 ff.⁴). Er hat die Corona-Pandemie als eine „außergewöhnliche Notsituation“ einzustufen akzeptiert. Deutschland kennt außer den „Naturkatastrophen“ die „außergewöhnliche Notsituation“, die es nach Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG Bund und Ländern erlaubt, entgegen dem grundsätzlichen Verbot, Kredit für die Finanzierung des Staatsaushalts aufzunehmen, der sogenannten Schuldenbremse, unter näheren Voraussetzungen den Haushalt dennoch kreditär zu finanzieren. Berlin erlaubt in Art. 88 Abs. 1 VvB „Haushaltsüberschreitungen“ „im Falle eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses“. Der Bund hat kurzer Hand das Kreditaufnahmeverbot des Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG auf der Grundlage des Art. 115 Abs. 2 S. 6 und 7 GG, § 6 Art. 115-Gesetz durch Beschluß des Bundestages vom 25. März 2020 ausgesetzt und diese ‚Ausnahmenregelung‘ durch Beschluß des Bundestages vom 3. Juni 2022 verlängert. Diese Ausnahme ist bereits erneuert worden und wird wohl noch oft wiederholt werden.

Der Begriff der außergewöhnlichen Notsituation ist wenig bestimmt und gibt einen Beurteilungsspielraum. Die Notsituation kann sich aus den unterschiedlichsten Gegebenheiten entwickeln. Es muss sich aber eine Notlage ergeben, die hinreichend schwer ist und wirkliche Not für viele Menschen mit sich bringt, nicht lediglich finanzielle Schwierigkeiten. Zudem muß die Notsituation, abgesehen von den weiteren Tatbestandsmerkmalen der Ausnahmeregelung, außergewöhnlich sein. Zumindest wegen der Abwehrmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 besteht keine Notsituation, schon gar nicht eine außergewöhnliche Notsituation. Wegen des Corona-Virus Sars Covid 19 ist außer den gestorbenen und erkrankten Menschen in Deutschland noch niemand in eine Notsituation gekommen, wenn auch die Lebensverhältnisse sich für viele Menschen drastisch verändert haben. Viele der erkrankten Menschen sind gegebenenfalls in Lebensgefahr oder in Gefahr, dauerhaft Schäden an ihrer Gesundheit zu erleiden. Aber sie finden in Deutschland eine gute, wenn nicht sehr gute medizinische Versorgung, die die Krankheit meist zu bewältigen vermag. Krankheiten, die zum Tode führen, sind die Normalität des menschlichen Lebens. Wenn auch das deutsche Gesundheitswesen noch verbessert werden kann, so ist die Lage doch keine Notsituation. Eine Notsituation bestand in Deutschland nach den beiden Weltkriegen, ganz zu schweigen von der Not der Kriege selbst. Viele Menschen sind in den Nachkriegsjahren verhungert oder gestorben, auch weil es keine Medikamente gab, auch eine meiner Schwestern mit vierzehn Jahren und zwei Brüder meiner Frau, einer im Säuglingsalter, der andere mit vier Jahren. Den Menschen geht es in Deutschland auch nach eigenen Bezeugungen überwiegend gut. Sie sind nicht in Not, auch nicht, wenn sie statt Arbeitsentgelt Kurzarbeitergeld beziehen. Nicht gut geht es freilich den Kranken und Sterbenden. Aber die gibt es unausweichlich, weil das Leben nicht ewig währt, ohne dass deswegen eine Notsituation ausgerufen wird. Auch Insolvenz von Unternehmen schafft keine Not, jedenfalls keine Notsituation, allenfalls einen Verlust des Unternehmens und gegebenenfalls des

⁴ Dennoch hat der Staatsgerichtshof die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes wegen der Kreditermächtigung über 12 Milliarden Euro in dem Musterverfahren festgestellt, weil der Gesetzgeber einerseits die Schuldenbremse der Hessischen Verfassung (Rnrn. 228 ff.) und andererseits die Haushaltsgrundsätze der Hessischen Verfassung (Rnrn. 153 ff.) wegen der nicht durch die Corona-Pandemie veranlaßten Maßnahmen, die mit den Geldern aus dem Kredit durchgeführt werden sollten (und zum Teil schon waren), verletzt hatte.

Vermögens, ganz oder zum Teil. Das schafft keine Not für den Unternehmer und nicht für Deutschland. Noch hat jeder Mensch in Deutschland hinreichende Kaufkraft, um sein Leben ohne Not zu führen. Wenn es erforderlich ist, gibt der Staat die benötigten Mittel. Schließlich hat jeder, der sich im Lande befindet, sei es legal oder illegal, grundrechtlich gesicherten Anspruch auf das lebensnotwendige Existenzminimum (BVerfGE 125, 175 ff., Rnrm. 132 ff., gestützt aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, die Unantastbarkeit der Menschenwürde). Dieser Anspruch wird auch erfüllt. Eine „außergewöhnliche Notsituation“ besteht in Deutschland nicht.

Der Mangel an Pflegepersonal kann durch Dienstverpflichtungen behoben werden. Für Männer, die den Wehrdienst aus Gewissensgründen verweigert haben, gab es 50 Jahre lang, von 1961 bis 2011, die Zivildienstpflicht. Sie lässt sich wieder einführen. Im Verteidigungsfall können nach Art. 12 a Abs. 4 S. 1 GG schon jetzt Frauen dienstverpflichtet werden, um die für die Gesundheit gebotene Aufgaben zu erfüllen (Art. 12 a Abs. 4 GG, Wortlaut im Teil A, IV 2).

Im Interesse des gemeinen Wohls lassen sich auch für Frauen durch verfassungsänderndes Gesetz Dienstpflichten für Friedenszeiten einführen. Aber so groß ist die Not eben nicht, wie propagiert wird. Die notwendige Organisation und Anleitung der Kräfte, die nicht spezifisch ausgebildet sind, lässt sich bewältigen.

Der Bundestag hat sogar die „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nach dem 25. November 2021 nicht mehr festgestellt (**dazu zu II 1**). Die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in Deutschland verantworten auch die Amtswalter, die die Grenzen des Landes vor dem Zugang von Menschen, die infiziert sind, nicht geschützt haben und nicht schützen. Die Omikron-Variante etwa hätte sich nicht in Deutschland ausbreiten müssen, wenn die notwendigen Schutzmaßnahmen, auch für Deutsche, an den Grenzen und auf den Flughäfen getroffen worden wären, etwa hinreichend lange dauernde Quarantänezeiten vor dem Betreten des öffentlichen Raumes. In dieser Pflicht, Deutschland vor der Not der epidemischen Lage von nationaler Tragweite zu schützen, hat schon die Bundesregierung der vergangenen 19. Wahlperiode (Legislaturperiode) versagt und versagt auch die gegenwärtige Regierung der 20. Wahlperiode. Die Flüchtlinge aus der Ukraine und die mit dem Flüchtlingsstrom nach Deutschland eindringenden Menschen, die ein besseres Leben suchen, verstärken den ungeprüften und gesundheitsgefährdenden Zuzug erheblich.

Augenscheinlich haben die Vertreter des Volkes im Bundestag und Bundesrat, vor allem aber in der Regierung, politisch die Parteifunktionäre in der verfassungsrechtlich bedenklichen Konferenz der Bundeskanzlerin/des Bundeskanzlers mit den Ministerpräsidenten der Länder, die Pandemie nicht für einen Notstand gehalten. Das hat sich nicht geändert.

bb) Corona-Pandemie keine Naturkatastrophe

Beispiele von Naturkatastrophen sind zu III 6 f angeführt, etwa Erdbeben, Vulkanausbrüche. Durch Menschen verbreitete Viruskrankheiten und die Defizite der menschlichen und staatlichen Abwehrmaßnahmen gegen die Infektionsmöglichkeit sind keine Naturkatastrophen.

Nach § 5 Abs.1 des Gesetzes über das Sondervermögen „Hessens gute Zukunft sichern“ ist die ‚Corona-Pandemie‘ eine „Naturkatastrophe“, wenn der Gesetzgeber eine solche Lage feststellt. Der

Staatsgerichtshof Hessens hat die Feststellung des Gesetzgebers in § 5 Abs.1 des Gesetzes über das Sondervermögen „Hessens gute Zukunft sichern“, die Corona-Pandemie sei eine Naturkatastrophe, nicht zurückgewiesen. Art. 35 Abs. 3 GG und Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG überlassen die Feststellung einer Naturkatastrophe der Exekutive. Das ist sachgerecht. Der Gesetzgeber beschließt so gut wie immer, was die Regierung zu beschließen vorgeschlagen hat. Immerhin kann fingiert werden, daß die folgenreiche Feststellung einer Naturkatastrophe als einer außergewöhnlichen Notsituation eine stärkere demokratische Legitimation hat. Das nähert sich der Typik der Feststellung von Notständen, die zu diktatorischen Maßnahmen berechtigen, wie das Art. 48 Abs. 2 WRV zeigt. Aber es fehlt für die Corona- Schutzmaßnahmen die Verfassungsgrundlage.

Eine Naturkatastrophe ist eine weitverbreitete Krankheit nicht ohne weiteres. Die Corona-Pandemie ist in Deutschland keine Massenerkrankung, allenfalls birgt sie die Möglichkeit einer Massenerkrankung. Diese Gefahr wehrt Deutschland ab. Die Zahl der tödlichen Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2, die mangels genauer Untersuchungen (kaum Obduktionen) niemand kennt, ist nicht höher, eher niedriger als in anderen Influenza- Infektionswellen, etwa mit Grippeviren. Die Testungen, die eine Ansteckung mit dem Virus Sars Covid 19 ausweisen sollen, sind unsicher. Die Ansteckungen haben eher selten Corona-Krankheiten zur Folge. Groß ist die Angst der Bevölkerung, die tagtäglich durch die sehr emotionalisierte Berichterstattung der Medien geschürt wurde. Fraglos ist die Möglichkeit der Erkrankung ernst zu nehmen. Die Verbreitung macht eine Krankheit allenfalls zur Naturkatastrophe, wenn die Verbreitung unabwendbar ist, nachdem die Krankheit irgendwo in der Welt ausgebrochen ist, sei es auch durch die Ansteckung eines Menschen von einem Tier. Davon kann bei der sogenannten Corona-Virus-Pandemie keine Rede sein. Die Menschen und ihre Staaten hätten die Ausbreitung der Krankheit verhindern können. Das ist einigen Staaten und den meisten der Menschen weitgehend oder ganz gelungen. Die Ansteckung mit dem Corona-Virus Sars Covid 19 und die Erkrankung durch das Virus ist kein Naturgesetz. Man kann dem entgehen. Es sind vornehmlich, wenn nicht ausschließlich, die Verhaltensweisen der Menschen, deren mangelnde Vorsicht, die zur Verbreitung des Virus führen. Die Maßnahmen etwa in Deutschland haben bisher trotz ihrer erheblichen Inkonsequenz die weitgehende Eindämmung der Ausbreitung der Ansteckungen mit dem Corona-Virus Sars Covid 19 erreicht. Die Bedrohung der Infektion mit diesem Virus liegt im Verhalten der Menschen. Nichts anders gilt für die Mutanten des Corona-Virus Sars Covid 19, wie B. 1.1 7. und B.1.351, trotz deren höheren Ansteckungsintensität.

2. Notstandsordnung in epidemischer Lage ohne Notstandsverfassung

a) Corona-Schutzmaßnahmen ohne Verfassungsgrundlage

Die Maßnahmen zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 sind durch die Corona-Pandemie, die als Notlage behandelt wird, veranlaßt. Das Bundesverfassungsgericht hat wie der Gesetzgeber das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz wiederholt „Bundesnotbremse“ genannt (siehe zu A II 1 und 2). Die alle Menschen in Deutschland verpflichtenden Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind typische Notstandsmaßnahmen. In der Normallage wären diese Maßnahmen absurd; denn sie hätten keinen Schutzgegenstand. Notstandsmaßnahmen haben seit eh und je diktatorischen (nicht despotischen) Charakter. Die Gesetze und Verordnungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind Notstandsgesetze und Notstandsverordnungen. Voraussetzung rechtmäßiger Notstandsmaßnahmen ist

eine Notstandsverfassung. Das Grundgesetz enthält nur Bruchstücke einer Verfassung des inneren Notstandes (Teil A IV 2).

Die beschränkten Befugnisse, die das Grundgesetz in bestimmten Notlagen „zur Abwehr einer drohenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 2 GG, Recht der Freizügigkeit) oder „zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr“ (Art. 13 Abs. 4 GG, „technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen“) sowie „zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahren oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher (Art. 13 Abs. 7 GG, Unverletzlichkeit der Wohnung) genutzt werden. Diese Befugnisse decken die Erfordernisse von Schutzmaßnahmen auf Grund des Infektionsschutzgesetzes und der Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen nur zu einem geringen Teil ab (dazu auch 4 b) insbesondere nicht eine Impfpflicht. Die Pflicht der Frauen zu Dienstleistungen kommt, wie zitiert, nur im Verteidigungsfall in Betracht, nicht in einer epidemischen Lage. Eine Pflicht zum Zivildienst gibt es gegenwärtig nicht. Es gibt seit 2011 einen Bundesfreiwilligendienst.

In einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, einer Notstandslage oder eben der Ausnahmezustand, können alle Menschen im Lande zum Schutz gegen Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichtet werden, wenn die Verpflichtungen nicht gegen durchgreifende Verfassungsrechte oder Verfassungsprinzipien verstoßen würden, wie insbesondere die Impfpflicht (dazu zu VIII). Vor allem aber steht der Verpflichtung der Allgemeinheit, Abwehrmaßnahmen gegen eine epidemische Infektionsgefahr Abwehr zu treffen, entgegen, daß es Deutschland an einer Notstandsverfassung mangelt. Dem verfassungsrechtlichen Dilemma kann durch eine Ergänzung des Grundgesetzes um die notwendige Verfassung des inneren Notstandes ohne Schwierigkeit abgeholfen werden. Darauf, ob jemand Störer im Sinne des Polizeirechts ist, kommt es nach der Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr nicht an.

Ohne Notstandsverfassung, ohne Verfassung für den inneren Notstand also, sind die Infektionsschutzvorschriften des Bundesgesetzgebers, der Bundesregierung und Landesverordnungsgeber auf der Grundlage von Ermächtigungen des Bundes nichtig, soweit sie nicht durch die soeben aufgeführten Sonderbefugnisse aus Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 13 Abs. 4 und 7 GG eine Grundlage im Grundgesetz finden.

b) Vom Verfassungsstaat in den Regierungsstaat

Die Weimarer Reichsverfassung kannte, wie im Teil A IV 1 zitiert, eine Ermächtigung für den Reichspräsidenten in Art. 48 Abs. 2 WRV, „wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen zu treffen“, die Diktaturverfassung. Das Grundgesetz kennt eine solche Ermächtigung eines Staatsorgans, jedweder Notlage mit geeigneten Maßnahmen zu wehren, nicht. Die an die Verfassung, zumal die Grundrechte, gebundene Ordnung des Normalzustandes genügt nicht, außergewöhnliche Notsituationen als Ausnahmelagen zu bewältigen, weil die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, verletzt werden müssen, wenn hinreichende Maßnahmen gegengerartige

Notlagen getroffen werden. Wenn freilich die Verfassungsordnung, wie es das Bundesverfassungsgericht praktiziert, in das Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgelöst wird, läßt sich alles rechtfertigen. Dieser Ausweg aus der Not ist der Wechsel vom Verfassungsstaat in den Regierungsstaat, den Staat ohne Verfassung, den Staat ohne Recht, in den Unrechtsstaat. Im Regierungsstaat, in dem die Regierung auch die Macht im Parlament hat, wie typisch im Parteienstaat, wie es Deutschland einer ist, unterwirft sich auch das ‚Verfassungsgericht‘ der Regierungspolitik, weil das Verfassungsgericht keinen verbindlichen Maßstab in dem Verfassungsgesetz findet. Die Verfassungsrichter sind regelmäßig alle Mitglieder einer pluralen Parteinheit. Es bleibt ihnen kaum eine andere Möglichkeit, als der Regierungspolitik zu folgen, nachdem sich das Verfassungsgericht selbst mittels der Auflösung der Verfassungsvorschriften in das Verhältnismäßigkeitsprinzip eines validen Maßstabes regierungskritische Rechtsprechung begeben hat (dazu Teil A II). In Deutschland hat sich das Verfassungsgericht zudem durch die weitgehende Unterwerfung unter die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, wenn Unionsrecht relevant für die Entscheidungen ist (Vorabentscheidungen gemäß Art. 267 AEUV), weitgehend selbst ‚entmachtet‘ (dazu K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 484 ff.).

Eine Pandemie „stört und gefährdet erheblich die öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, das Notstandskriterium des Art. 48 Abs. 2 WRV, der Diktaturverfassung der Weimarer Zeit. Die Infektionsschutzmaßnahmen sollen einen wesentlichen Teil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Deutschlands verteidigen oder wiederherstellen, nämlich die hinreichende Sicherheit, im Lande gesund leben zu können. Die der Bewältigung außergewöhnlicher Notsituationen, Ausnahmelagen, dienenden Gesetze bedürfen einer eigenständigen Grundlage im Grundgesetz. Schließlich wandeln sie das grundrechtlich geschützte freiheitliche Gemeinwesen in eine Diktatur. Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 13 Abs. 7 GG bieten im Falle der Seuchengefahr Befugnisse, um Gesetzen der Seuchenbekämpfung eine Verfassungsgrundlage zu geben. Andernfalls sind Abwehrmaßnahmen gegen die Seuchen, die die genannten Grundrechte beschränken nicht nur mit den Grundrechten unvereinbar, sondern als Notstandsmaßnahmen ohne Notstandsverfassung ohne Verfassungsgrundlage überhaupt. Auch die Corona-Pandemie ist eine Seuche. Die beschränkten Befugnisse decken die Erfordernisse der Schutzmaßnahmen des Infektionsschutzgesetzes und der Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen nur zu einem geringen Teil ab, insbesondere nicht eine Impfpflicht. Die Pflicht der Frauen zu Dienstleistungen kommt, wie zitiert, nur im Verteidigungsfall in Betracht, nicht in einer epidemischen Lage.

Die beiden Ausnahmeregelungen für die Seuchengefahr, eine außergewöhnliche Notsituation, können schon nach ihrem Tatbestand nicht auf alle Grundrechte ausgedehnt werden, wenn das verhältnismäßig erscheint. Die Ausnahmeregelungen dürfen nicht zu Lasten aller Grundrechte verallgemeinert werden. Die Verpflichtungen, die das Infektionsschutzgesetz vorschreibt und den Ländern vorzuschreiben ermächtigt, schränken die Grundrechte nicht im Rahmen deren eng materialisierten Gesetzvorbehalte ein, sondern setzen der Sache nach die Grundrechte zum Schutz vor der Pandemie außer Kraft. Ohne Notstandsverfassung verletzt, wie gesagt, eine solche ‚diktatorische‘ Schutzmaßnahmenpolitik das Grundgesetz. Mit der Beschränkung der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit auf die Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen, deren Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 mit den Grundrechten, die eingeschränkt werden, ausgleichend abgewogen wurden, macht sich das Bundesverfassungsgericht zum Verfassungsgeber in Notsituationen, in dem es Gesetze lediglich auf ihre Verhältnismäßigkeit in der (vermeintlichen) Notsituation prüft, obwohl die Verfassung, das Grundgesetz, dafür eine Befugnis

für eine Notstandsgesetzgebung nicht vorsieht (dazu kritisch Teil A II 4). Das Gericht praktiziert eine Notstandsordnung wie eine Notstandsverfassung, die es im Grundgesetz nicht gibt. Der Hinweis des Gerichts auf die Gesetzesvorbehalte (BVerfG, Beschluß vom 21. Juli 2022 (Masern, wiedergegeben zu A II 1 e); BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe Teil B II 1 d, Ls 1 und 2, Rnrn. 115, 124) verkennt die Grenzen der Gesetzesvorbehalte im Grundsatz. Sie dienen nicht dazu, die Grundrechte durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu ersetzen, das auch im Notstand seine Wirkung entfaltet, freilich in anderer Weise, nämlich nicht ohne spezifische Verfassungsgrundlage. Zudem „darf der Wesensgehalt der Grundrechte in keinem Fall angetastet werden“ (Art. 19 Abs. 2 GG). Das Bundesverfassungsgericht aber setzt die Grundrechte, wenn auch nur für begrenzte Zeit, außer Kraft und ersetzt diese durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Verbindung mit dem Ausgleichs- und Abwägungsprinzipien. Das Ergebnis dieser Judikatur steht von vornherein fest, weil der Zweck der Maßnahmen, der Not zu wehren, zu diesen Maßnahmen zwingt, so sie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, jedenfalls den Verfassungsorganen einschließlich dem Bundesverfassungsgericht zu zwingen erscheint. Das Verfassungsgericht kann schlechterdings nicht andere Maßnahmen vorschlagen als die Regierung. Ernst Forsthoff hat geklärt, der Zweck von Maßnahmegesetzen führe logisch zum Mittel, das den Zweck zu erreichen verspricht (Über Maßnahmegesetze, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 225 f.; H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 40, Fn. 15). Das Infektionsschutzgesetz ist keine Notstandsverfassung.

Das gegenwärtig durch das Grundgesetz verfaßte Deutschland hat für die Aufgabe, auch für innere Notstände, zu denen man die Epidemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 jedenfalls rechnen müßte, wenn die Infektion zu einem epidemischen Krankenstand mit Lebensgefahr führen würde, nicht die erforderlichen Notstandsverfassung, die es auf Ausnahmestände sachgerecht zu reagieren befähigt könnte. Es ist nicht wie ein vollkommener Staat auf Gesundheitsnotlagen vorbereitet. Dieses Manko kann das Bundesverfassungsgericht nicht durch eine der Sache nach verfassungsgebende Judikatur ausgleichen (dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 858 ff.; dazu Teil A II). Dafür fehlen dem Gericht die Befugnis, aber auch die Eignung und vor allem die verfassungsrechtliche Legitimation. Die Prüfung der Maßnahmen am Verhältnismäßigkeitsprinzip hilft über das Manko nicht hinweg. Gerichtliches Handeln ohne spezifische Verfassungsgrundlage ist mit dem Rechtsprinzip eines Rechtsstaates unvereinbar. Auch die Regierung und der Gesetzgeber bedürfen für Notstandsmaßnahmen einer Verfassungsgrundlage.

c) Notstandsregelungen der Länder

Notstandsregelungen in Landesverfassungen werden hier nicht erörtert, weil sie wegen des Infektionsschutzgesetzes als Gesetz des Bundes keine Wirkung zu entfalten vermögen, solange sich ein Land nicht wegen der Notlage entgegen Art. 31 GG vom Vorrang des Bundesrecht löst und gemäß seiner Souveränität trotz des Bundes mit den anderen Ländern und der Staatlichkeit des Bundes die Verantwortung gegenüber seinen Bürgern wahrnimmt. Notfalls kann ein Land sich von der Bundesrepublik Deutschland lossagen, also sezedieren (dazu K. A. Schachtschneider, Souveränität, S. 402 ff.). Carl Schmitt hat vom „Dualismus der politischen Existenz als das Wesen des Bundes“ gesprochen (Verfassungslehre, S. 372 f.; i.d.S. auch Richard Bartlspenger, Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Ordnung, HStR, Bd. VI, Bundesstaat, 3. Aufl. 2009, § 28, Rdnr. 27 ff, auch Rdnr 6 ff.). So groß

scheint die Not durch das Coronavirus-Sars-CoV-2 jedoch nicht zu sein. Aber die Notlage Deutschlands verschärft sich durch verantwortungslose Energiepolitik der 19. Und 20. Legislaturperiode stetig.

3. Einfachgesetzliche Corona-Schutzmaßnahmen

a) Surrogative Notstandsorgane

aa) Ministerpräsidentenkonferenz

Die Maßnahmen zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 waren augenscheinlich von dem verfassungsrechtlich fragwürdigen Sondergremium der Ministerpräsidenten und der Bundeskanzlerin initiiert. Die sogenannte Ministerpräsidentenkonferenz fungierte gewissermaßen als Notstandsorgan. Die Zusammensetzung dieses politischen Gremiums ohne verfassungsrechtlichen Status ähnelt der des Gemeinsamen Ausschusses im Verteidigungsfall (Art. 115 e GG). Im Verteidigungs- oder Spannungsfall können durch Gesetz bestimmte für die Freiheit wesentliche Grundrechte suspendiert werden (Art. 115 c Abs. 2 GG). Das Infektionsschutzgesetz und die auf dessen Ermächtigungen gestützten Verordnungen der Bundesregierung und der Landesregierungen (dazu oben zu I 1 und 2.) müssen sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht einmal uneingeschränkt an das Grundgesetz halten. Bestimmte Grundrechte können nach § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG und § 32 S. 4 IfSG ohnehin eingeschränkt werden.

bb) Bundestag, Bundesrat, Bundes- und Landesregierungen

Die Maßnahmen und Ermächtigungen, Gebote und Verbote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 wurden vom Bundestag und Bundesrat durch ein einfaches Gesetz vorgeschrieben (dazu I). Die Maßnahmen, die der Bund und die Länder auf Grund der Ermächtigungen im Infektionsschutzgesetz getroffen haben und zum Teil noch treffen (dazu IV, VII und VIII), sind Notstandsverordnungen/Notverordnungen. Dafür hätte das Grundgesetz um eine über die jetzigen Regelungen des inneren Notstandes hinausgehende Notstandsverfassung ergänzt werden müssen, die die Inpflichtnahme der ganzen Bevölkerung durch eine hinreichende Einschränkung oder Aussetzbarkeit der Grundrechte hätte stützen können. Das ist nicht geschehen.

Es ist rechtens nicht möglich, eine Notstandsordnung auf das Infektionsschutzgesetz zu stützen. Die Notstandsverfassung kann nicht durch Notstandsgesetze surrogiert werden, die durchaus in einem Notstand geboten und verhältnismäßig sein können. Daß die Notstandsregelungen im Infektionsschutzgesetz stehen, ändert nichts daran, daß sie Notstandsregelungen sind, die einer Grundlage im Grundgesetz bedürft hätten und bedürfen. Es genügt nicht, wenn sie nicht gegen Grundrechte verstoßen, wie es das Bundesverfassungsgericht mit der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen feststellen zu können meint. Wie dargelegt ist das nichts anderes als die Feststellung, daß die Lage nicht anders bewältigt werden kann als durch die Notstandsmaßnahmen. Nur fehlt diesen Regelungen die Verfassungsgrundlage. Die Grundrechte stehen nicht zur Disposition von jedweden Maßnahmen, denen Verhältnismäßigkeit zugestanden wird.

Wenn ein Notstand festgestellt ist, müssen die Maßnahmen gegen diesen, also gegen die Corona-Pandemie (dazu zu III 6), dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen (Teil A IV 4). Dafür ist der Zweck der Notstandsmaßnahmen maßgeblich. Dessen Verhältnismäßigkeit hängt von der Notwendigkeit, aber auch der Geeignetheit der Mittel und dem rechten Maß der Mittel für die Erreichung des Zwecks ab, nämlich die epidemische Gefahr (vgl. V 3 b). Zu den Mitteln gehört es, bestimmte Grundrechte außer

Kraft zu setzen, insbesondere die Grundrechte des Art. 2 Abs. 2 GG, der in Satz 1 das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ und in Satz 2 die „Unverletzlichkeit der Freiheit der Person“ schützt. Die Rechtmäßigkeit der Feststellung des Notstandes muß vom Verfassungsgericht überprüft werden können. Auch zur Klärung der Rechtmäßigkeit der Diktaturmaßnahmen des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 Abs. 2 WRV konnte der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich angerufen werden (G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, S. 294 ff.). Den Maßstab für die geeigneten und notwendigen Maßnahmen, aber auch deren rechtes Maß bestimmt sich nach dem jeweiligen Notstand und den Mitteln, die zu seiner Überwindung eingesetzt werden. Der notständige Ausnahmezustand muß jedoch bestehen und festgestellt sein, ehe die Maßnahmen zu seiner Bewältigung am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen werden.

Die Grundrechte regeln keinen Ausnahmezustand oder eben Notzustand. Sie stehen nicht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, sondern können nur durch Rechtsgesetze, nicht durch extrakonstitutionelle Notmaßnahmengesetze (zu den Arten der Gesetze und der Gesetzgeber Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932, 2. Aufl. (Nachdruck) 1968, S. 7 ff., 20 ff., 40 ff.) eingeschränkt werden, die aber ihren Wesensgehalt unangetastet lassen müssen (dazu zu V 4). Die Vorschriften zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 im Infektionsschutzgesetz und in den Corona-Schutzmaßnahmenverordnungen des Bundes und der Länder sind diktatorische Maßnahmen dazu 4). Die Grundrechte sind nicht bestimmt, den Notstandsmaßnahmen eine Grenze zu ziehen. Darum werden sie in Staaten, die eine vollständige Verfassung haben, außer Kraft gesetzt. So hatte das auch Art. 48 Abs. 2 WRV geregelt. Eine rechtlich beliebige Verhältnismäßigkeitsprüfung vermag die gebotene Notstandsverfassung nicht zu ersetzen (dazu zu III 6 f und IV 2 c). Viele Bürger, die den Sinn für einen Rechtsstaat nicht verloren haben, haben gespürt, daß die Corona-Schutzmaßnahmen, so nötig sie gewesen sein und weiter sein können, nicht mit rechten Dingen zugehen. Eine Notstandsverfassung hätte keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Schutzdiktatur aufkommen lassen.

Ob die Schutzmaßnahmen ohne Notstand oder mit Notstand rechtmäßig waren und sind, wurde und wird in anderen Kapiteln erörtert.

b) Zweck und Mittel des Infektionsschutzgesetzes

Die Ermächtigungen im Infektionsschutzgesetz werden trotz ihrer verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit genutzt, um die notstandsmäßigen Schutzmaßnahmen gegen die Corona-Pandemie durchzusetzen. Die Maßnahmen sollten und sollen die Menschen im Lande vor Infektionen und Erkrankungen mit dem bzw. durch das Coronavirus SARS-CoV-2 schützen und die „öffentliche Gesundheit“ als Teil der öffentlichen Sicherheit bewahren und wiederherstellen. Insbesondere sollten sie und sollen sie noch Leben und Gesundheit der vulnerablen Gruppen schützen (dazu zu III 2 c, 6 am d, VII 3 b und d). Die Maßnahmen verfolgen weitgehend einen gebotenen Zweck und setzen nach Auffassung der medizinischen und epidemiologischen Fachleute die Erfolgversprechenden Mittel ein. Freilich gibt es auch andere Handhabungen der Corona-Pandemie, nämlich wie jedenfalls in der Anfangszeit der Pandemie in Schweden. Dort wurde der Vorsicht der Menschen vor Infektionen und vor allem einer baldigen Herdenimmunität mehr vertraut als in Deutschland, zunächst wenig erfolgreich, langfristig ist die Wirkung des Schwedischen „Sonderwegs“, das Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren, schwer einzuschätzen (Corona-in-Zahlen.de, 11. November 2022). Darauf kommt es rechtlich nicht an, solange der Stand der

Wissenschaft in einer Weise streitig ist, daß verschiedene Verfahren der Abwehr des Corona-Virus tragfähig erschienen.

Der Bundesgesetzgeber spricht in den §§ 28, 28 a Abs. 7 IfSG von „Maßnahmen als notwendigen Schutzmaßnahmen“, die Bundesregierung von der „COVID-19-Schutzmaßnahmausnahmenverordnung“ und die Landesregierungen von Schutzmaßnahmenverordnungen zur Abwehr der Corona-Pandemie in ihrem Land, etwa der Senat von Berlin von „Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen“ und von der „SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin.“ Die Staatsorgane bezeichnen und verstehen also selbst ihre Schutzmaßnahmenvorschriften mit dem Zweck, die außergewöhnliche Corona-Pandemie zurückzudrängen, als „Maßnahmen“, sei es das Gesetz oder seien es die Rechtsverordnungen. „Maßnahme“ ist der typische Begriff diktatorischer Gesetzgebung, um einer Notlage abzuwehren.

c) Notstandsgesetze - Diktaturgesetze

Die Corona-Schutzgesetzgebung ist also Maßnahmengesetzgebung. Sie ist um die Bewältigung der Corona-Pandemie in Deutschland bemüht und trifft darum laufend neue Regelungen, um die Schutzmaßnahmen der Entwicklung der Corona-Pandemie anzupassen. Der Gesetzgeber spricht wie zu b gesagt, selbst in fast allen Vorschriften zur Bekämpfung der Corona-Pandemie von Schutzmaßnahmen, etwa von „notwendigen Schutzmaßnahmen“. Diese sind weitgehend durch das Infektionsschutzgesetz in § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG vorgegeben. Die spezielle Corona-Abwehrgesetzgebung ist nicht spezifisch Rechtserkenntnis für besondere Lagen, sondern Anordnung von Abwehrmaßnahmen. Sittliche Rechtsetzung sind die sehr allgemeinen polizeirechtlichen Gefahrenabwehrvorschriften, die mit wenigen Sätzen langfristig seit Jahrhunderten, etwa § 10 II 17 Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794, die wichtigste Aufgabe des Staates regeln, um der Sicherheit der Menschen willen Schäden abzuwehren, die hinreichend wahrscheinlich sind (dazu zu III). Die Infektionsschutzmaßnahmengesetze des Bundesgesetzgebers sind funktional Verwaltungsmaßnahmen in der Form von Gesetzen. Sie sollen wegen der möglicher Grundrechtseingriffe deren Gesetzesvorbehalt genügen. Sie sind vor allem wegen der Maßnahmen zur Abwehr der bloßen Möglichkeit, nicht der Wahrscheinlichkeit, von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, verfassungswidrig. Die Verpflichtung aller Menschen im Lande ist (dazu III 2, 4 b, cc, ff., 5 aa, u. ö.) schlechterdings vor allem wegen der Mißachtung der Menschenwürde in einer Normallage des Gemeinwesens mit Prinzipien des Rechtsstaates unvereinbar (C. Schmitt, Die Diktatur, 1928/1964, S. 193; der Sache nach H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 37 f.). Diese Notstandsmaßnahmen bedürfen, wie schon klargestellt, der Notstandsverfassung. Allein polizeirechtliche Regelungen, zu denen auch Vorschriften gegen Infektionsgefahren gehören können, vermögen im Normalzustand Abwehrmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage zu geben. Polizeiliche Abwehr ist freilich durch die polizeilichen Gefahrbegriffe begrenzt, die zu III 1, 2, 5 und 6 erörtert sind. Für darüber hinausgehende Notstandsmaßnahmen bedarf es der Notstandsverfassung. Der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr, den das Bundesverfassungsgericht praktiziert, erfaßt diktatorische die Allgemeinheit treffende Maßnahmen. Er ist mit dem Grundgesetz unvereinbar. Das könnte und müßte durch den verfassungsändernden Gesetzgeber geändert werden. Verfassungsänderung, soweit sie wegen Art. 79 Abs. 3 GG nicht einer Verfassungsgebung unmittelbar durch das Volk erfordern (Art. 146 GG; BVerfGE 123, 267, Rn. 179, 226 f.), bedürfen nach Art. 79 Abs. 2 GG der Zweidrittelmehrheiten im Bundestag

und im Bundesrat. Zudem muß nach Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG der Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich geändert oder ergänzt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat nicht die Befugnis, Deutschland eine neue Verfassung zu geben. Es hat sich mit der Judikatur zu den Corona - Schutzmaßnahmen erneut zum republikwidrigen und das demokratische Prinzip ignorierenden Verfassungsgeber Deutschlands aufgeschwungen. Das Gericht hat das Grundgesetz anzuwenden, nicht zu ändern. Es ist nicht das Politbüro Deutschlands.

4. Grundrechte im inneren Notstand

a) Aussetzung der Grundrechte

Der Sache nach sind die Grundrechte für die Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 nach ausgesetzt. Sie sind dem Bundesverfassungsgericht nur noch textliche, formelle Ansatzpunkte für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen (dazu Teil A II 4). Die materielle Anwendung der Grundrechte würde, wie zu III, 6, V 4 und öfter ausgeführt, alle Menschen im Lande verpflichtende Schutzmaßnahmen ausschließen, die keine Gefahren im polizeirechtlichen Sinne für Infektionen erkennen lassen (dazu zu III 5 und 6 a und b). Das Bundesverfassungsgericht bringt gegenüber den Maßnahmen gegen die praktizierte epidemische Infektionsgefahr, seien diese auf das Infektionsschutzgesetz oder auf die Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen gestützt, nur das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Geltung. Die polizeirechtlichen Gefahrenbegriffe erwähnt es erst gar nicht. Nicht einmal die Unantastbarkeit der Menschenwürde veranlaßt das Gericht, die Corona-Schutzmaßnahmen wegen Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG in Frage zu stellen, geschweige denn wegen des Wesensgehalts der Grundrechte.

b) Inadäquanz der normalen Grundrechtsverfassung

Die Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Maßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 hat das Bundesverfassungsgericht an den Grundrechten gemessen, vor allen an dem von Art. 2 Abs. 2 S. 2 geschützten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn. 109 ff., 188 ff.), das Recht auf Freiheit der Person, praktiziert als Recht auf Bewegungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 240 ff., auch an der Berufsfreiheit, die die Sätze 1 und 2 des Art. 12 Abs. 1 GG schützen (Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrn 243 ff.), und an dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 105, 110, 112, 166, 188, 219, 251, 295), aber nach langjähriger Judikatur des Bundesverfassungsgerichts in ihren Kern durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG auch als Würde des Menschen unantastbar (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.). Die Unantastbarkeit der Menschenwürde und den Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte hat das Gericht nicht in die Rechtsprüfung der Maßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 einbezogen. Es hat keine Grundrechtsverletzung zu erkennen vermocht. Der Maßstab der Rechtsprüfung war jedoch der falsche. Er entsprach und entspricht nicht der Lage, in der die Schutzgesetze gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 gegeben wurden und gegeben werden, nämlich der Notlage. In der Notlage können die genannten Grundrechte nicht Maßstab der Rechtmäßigkeit der Schutzmaßnahmegesetze sein. Freilich bedarf das einer Notstandsverfassung, welche die genannten Grundrechte für die Bewältigung des Notstandes außer Kraft setzt. Die Notstandsgesetze sind Maßnahmegesetze, deren Zweck es ist, einen Notstand zu bewältigen, wie das zu 1 und 2 dargelegt ist. Maßnahmegesetze sind aber keine Rechtsgesetze.

Für die Bekämpfung einer Seuchengefahr hat Deutschland in Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 13 Abs. 7 GG Sonderregelungen, die die Freizügigkeit einzuschränken und die Unverletzlichkeit der Wohnung zu beschränken oder in diese einzugreifen erlauben. Das Grundrecht der Freizügigkeit schützt das Recht, in jedem Ort Deutschlands die Wohnung oder den Aufenthaltsort zu nehmen (BVerfGE 2, 266 (273); 80, 137, Rn. 58; 110, 177 (190 f., Rn. 32)). Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung schützt vor allem den privaten Wohnräume (my home is my castle), die räumliche Privatsphäre (u. a. BVerfGE 109, 279, Rn. 104), aber auch die Arbeits-, Betriebsstätten und Geschäftsräume (BVerfGE 32, Rn. 54 ff.) usw. (dazu Manfred Gertz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung: Artikel 13 des Grundgesetzes, 1968), auch gegen die akustische Wohnraumüberwachung (großer Lauscheingriff (BVerfGE 109, 279, Rn. 122 ff.), online-Durchsuchung (BVerfGE 120, 274 ff.)).

Rn. 104 von BVerfGE 109, 279 ff.:

„Dieses Grundrecht (sc. Art. 13 Abs. 1 GG) verbürgt dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum und gewährleistet das Recht, in ihm in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 32, 54 [75]; 42, 212 [219]; 51, 97 [110]). Art. 13 Abs. 1 GG schützt die räumliche Privatsphäre insbesondere in Gestalt eines Abwehrrechts (vgl. BVerfGE 7, 230 [238]; 65, 1 [40]). Die Norm enthält das an Träger der öffentlichen Gewalt gerichtete grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen (vgl. BVerfGE 76, 83 [89 f.]), aber auch Abhörgeräte in der Wohnung zu installieren oder sie dort zu benutzen (vgl. BVerfGE 65, 1 [40])“

§ 28 IfSG und § 32 IfSG nennen gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG die Grundrechte der Freizügigkeit und der Unverletzlichkeit der Wohnung als Grundrechte, die durch Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 eingeschränkt werden können. § 39 der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins hatte die beiden Grundrechte eingeschränkt. Die 4. SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin nennt sie in § 8 nicht mehr als eingeschränkt. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß die Corona-Schutzmaßnahmen Maßnahmen zur Bekämpfung einer Seuchengefahr sind und daß die beiden Grundrechte in ihrem Wirkungsbereich solche Maßnahmen unterbinden würden, wenn sie nicht durch Gesetz oder das Grundrecht der Freizügigkeit auch auf Grund eines Gesetzes als einschränkbar genannt sind. Die Bekämpfung einer Seuchengefahr kann es erfordern, die Freizügigkeit einzuschränken. Die Bekämpfung einer Seuchengefahr kann das Eindringen in die Wohnung/die Geschäftsräume usw. oder das Verbot, die Wohnung zu nutzen, das Gebot, die Wohnung zu säubern, Tiere aus der Wohnung zu entfernen usw., erforderlich machen. Der Schutzbereich der Grundrechte und die Grenzen der Beschränkungen derselben muß hier nicht vertieft werden. Die Corona-Schutzmaßnahmen schränken vornehmlich andere Grundrechte ein. Das sind Notstandsmaßnahmen, die eine Verfassungsgrundlage für den inneren Notstand voraussetzen.

Die epidemische Infektionsgefahr in der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts mindert die rechtsstaatlichen Voraussetzungen von Gefahrenabwehrmaßnahmen erheblich. An die Stelle des Grundrechtsausschlusses der klassischen Notstandsverfassungen ist eine Grundrechtspraxis durch das Bundesverfassungsgericht getreten, deren Grundrechtsschutz nicht der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes genügt. Das Gericht läßt wegen des „legitimen“ Zwecks der Maßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, Leben und Gesundheit zumal der „vulnerablen Gruppen“ (BVerfG Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 150 ff.) sowie das Gesundheitssystem zu schützen, als Maßstab

der Vereinbarkeit mit den Grundrechten genügen, was die Regierungen beschließen und von den anderen Gesetzgebungsorganen ohne relevante Kritik verabschiedet wird. Den Zweck haben die Regierungen von Bund und Ländern, die Ministerpräsidentenkonferenz, beschlossen. Der Bundesgesetzgeber, Bundestag und Bundesrat, wiederum Bund und Länder, haben diesen Beschluß ohne größere Bedenken zum Gesetz gemacht. Das Bundesverfassungsgericht, dessen Richter zu gleichen Teilen vom Bundestag und vom Bundesrat, gewählt werden, hat der Zwecksetzung nichts entgegengestellt. Die die Politik bestimmenden Staatsorgane, deren Ämter ausschließlich Mitglieder der etablierten Parteien innehaben, haben die gemeinsam von ihren Parteien beschlossenen Politiken in die Gesetze umgesetzt. Das ist die Wirklichkeit der ‚Demokratie‘ in Deutschland, einem von den Medien, vor allem von dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, gestützten Parteienstaat ohne wirkliche Gewaltenteilung (ganz so schon H. Wehrhahn, Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S. 26, 39, „Rücken an Rücken mit der Exekutivspitze operierender Gesetzgeber“).

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Verfassungsmäßigkeit des Zweckes der Corona-Schutzpolitik so als ginge es um Gesetze für eine Normallage. Den rechtlich entscheidenden Zweck, nämlich eine Ausnahmelage des Notstandes zu bewältigen, spricht das Gericht nicht an. Die Rechtfertigung des Zwecks wird ohne Notstandsmaßnahme auch nicht nur schwierig, sondern unmöglich. Die Grundrechte geben für Notstandsgesetze keinen geeigneten Prüfungsmaßstab, allenfalls die Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG.

5) ‚Spruchweisheiten‘

Die genannten ‚Spruchweisheiten‘: „Not kennt kein Gebot“ und „Der Zweck heiligt die Mittel“, sind die eigentliche, wenn auch ungesagte, Rechtfertigung der Regierungen, der Gesetzgeber und des Bundesverfassungsgerichts, Corona-Schutzmaßnahmen auch ohne Notstandsverfassung anzuordnen. Die Notlage der ‚Corona-Pandemie‘ für Deutschland wird, der ständigen Propagierung der Schutzmaßnahmen folgend, administriert, legifert und judifiziert. Erörtert wird, ob die Maßnahmen wirksam sind und ob nicht härtere oder mildere Maßnahmen für den Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 erforderlich seien bzw. genügen würden, ob den ‚Bürgern‘ nicht ‚Freiheit‘ zurückgegeben werden solle, als wenn die an der Macht befindlichen Parteifunktionäre das Recht hätten, die ‚Freiheit‘ zu nehmen und zu geben. Die Verfassungsmäßigkeit der Schutzmaßnahmen wurde und wird in der medialen Öffentlichkeit nicht diskutiert, aber in den Gerichten. Die vermeintlichen Grundrechtsbeeinträchtigungen haben zu den grundrechtsbestimmten Erkenntnissen der Judikate des Bundesverfassungsgerichts geführt. Ich spreche von vermeintlichen Grundrechtsbeeinträchtigungen, weil die Grundrechte für die Corona-Abwehr der Sache nach außer Kraft gesetzt worden sind.

Rechtswissenschaftliche Dogmatik hat das Bundesverfassungsgericht nicht irritiert. Die politischen Begründungen der Judikate, die sich um eine durchaus gelungene Verhältnismäßigkeitsprüfung bemüht haben, helfen nicht darüber hinweg, daß die Grundrechte verletzt sind und sogar die Menschenwürde und der Wesensgehalt der Grundrechte angetastet wurden und werden. Dieser Mißachtung essentieller Bausteine der Verfassung Deutschlands hätte nur eine Ergänzung des Grundgesetzes durch eine Ordnung des inneren Notstandes abzuhelpen vermocht. Die kann aber nur der verfassungsändernde Gesetzgeber beschließen, nicht das Bundesverfassungsgericht durch Begründungen von Judikaten ersetzen, mögen die auch noch so vernünftig erscheinen. Sie sind rechtlos.

VII

Grundrechtsstatus einzelner Schutzmaßnahmen

Die Rechtmäßigkeit der verschiedenen Schutzmaßnahmenpflichten hängen davon ab, ob sie einer Polizeigefahr oder einer epidemischen Infektionsgefahr entgegen wirken sollen. Sie können nur selten gerechtfertigt sein, wenn konkrete oder abstrakte Gefahren des Polizeirechts bestehen. Nicht jede Veranstaltung, bei der eine Vielzahl von Menschen in einem geschlossenen Raum zusammenkommt, birgt typischer Weise eine abstrakte Gefahr polizeirechtlicher Art, zumal nicht, wenn die Räume ein enges Nebeneinander der Anwesenden nicht erfordern. Wegen einer epidemischen Infektionsgefahr können Schutzpflichten berechtigt sein, die im Rahmen der Dogmatik polizeilicher Gefahren nicht erlaubt wären. Aber diese setzen, wie zu III 6 und IX ausgeführt, eine Notstands-verfassung voraus.

1. Abstandsgebot

Der Abstand von 1, 5 Metern, den in öffentlichen Räumen, drinnen und draußen, einzuhalten in § 1 der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 allen Menschen in Berlin (mit der Ausnahme nach Absatz 2 S. 2 „sofern eine körperliche Nähe unter 1,5 Metern nach den Umständen nicht zu vermeiden ist“, mit Beispielen) sowie in Regelungen anderer Länder für viele Lebenssituationen vorgeschrieben war, dürfte nur geringe, wenn nicht vernachlässigungswerte Schutzwirkungen haben. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 sieht kein Abstandsgebot vor.

Eine begrenzte Eignung für den Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 kann dem Abstandsgebot nicht abgesprochen werden. Eingehalten wird diese Vorschrift eher selten. Auch die nur in wenigen Lebensbereichen mögliche Durchsetzbarkeit des Abstandsgebots begrenzt die Geeignetheit der Maßnahme. Diese Maßnahme ist milde, aber nicht immer leicht einzuhalten, insbesondere nicht, wenn mehrere oder viele Menschen sich in einem Raum aufhalten und sitzen wollen, erst recht nicht bei Massenveranstaltungen im Freien, trotz vieler Versuche der Ordnungskräfte. Die mehr als geringe Durchsetzbarkeit des Abstandsgebots macht dieses zur *lex imperfecta*. Ein *lex imperfecta* mißachtet das Gleichheitsprinzip und das Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 84, 239 ff., Rnrn. 115 ff.; 110, 94 ff., Rnrn.115 ff.). Es ist verfassungswidrig.

Das Abstandsgebot verpflichtet auch die Unternehmer von Gaststätten, Theatern, Sportveranstaltungen, Demonstrationen usw. Sie müssen dafür Sorge tragen, daß bei den von ihnen zu verantwortenden Unternehmungen die Abstände von den Gästen, Besuchern, Teilnehmern usw. eingehalten werden. Die Verpflichtung haben auch ihre Mitarbeiter. Die Veranstaltungsräume können nicht mehr gemäß ihrer Kapazität genutzt werden. Das beeinträchtigt Umsätze und/oder Wirkungsmöglichkeiten. Diese Beeinträchtigungen können Unternehmer ruinieren, aber auch das Publikum an der Entfaltung der Persönlichkeit hindern, usw. Diese Grundrechtseingriffe sind schwerwiegend.

Das Abstandsgebot beeinträchtigt mehrere Grundrechte: Die allgemeine Handlungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG, die Bewegungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 GG, vor allem auf den Straßen und Wegen, die Berufsausübungsfreiheit, geschützt durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, die Unternehmensfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 GG, gegebenenfalls

auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützte freie Entfaltung der Persönlichkeit der Veranstalter wie deren Teilnehmer, die Freiheit des Rundfunks und Films, geschützt durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, die Kunst- und Lehrfreiheit, geschützt durch Art. 5 Abs. 3 GG, die Versammlungsfreiheit, geschützt durch Art. 8 GG, die Demonstrationsfreiheit, geschützt durch Art. 8 GG in Verbindung mit Art. 5 Abs. S. 1 GG.

Die Grundrechtsbeeinträchtigungen durch das Abstandsgebot können unterschiedlich stark sein. Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt sich deren Rechtmäßigkeit in den Einzelfällen.

Mit einer Polizeigefahr ist der Eingriff dieser Schutzpflicht in die Rechte aller jeweils betroffenen Menschen im Lande nicht begründbar. Nicht alle Menschen sind mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert und folglich keine Gefahr für andere, wie oben zu III 2 und 5 dargelegt ist. Die Grundrechtsbeeinträchtigungen können gerechtfertigt sein, wenn konkrete oder abstrakte Gefahren im Sinne des Polizeirechts bestehen. Das dürfte selten der Fall sein. Nicht jede Veranstaltung, bei der eine Vielzahl von Menschen in einem geschlossenen Raum zusammenkommt, birgt typischer Weise eine abstrakte Gefahr polizeirechtlicher Art, zumal nicht, wenn die Räume ein enges Nebeneinander der Anwesenden nicht erfordern.

Das allgemeine Abstandsgebot könnte wegen eines Notstandes durch eine epidemische Infektionsgefahr gerechtfertigt werden, wenn Deutschland eine dahingehende Notstandsverfassung hätte (dazu zu III 6 und IX).

2. Pflicht zum Mund-Nasenschutz

Wenn Menschen bestimmte ganz alltägliche Handlungen ausführen wollen, müssen sie vielfach, je nach Vorschrift, einen Mund-Nasenschutz, meist mit einer FFP2-Maske, anlegen. Der Mund-Nasenschutz mindert nach allen Kenntnissen erheblich die Ansteckungsgefahr, jedenfalls wenn ein hinreichender Abstand zwischen den Menschen eingehalten wird. Atmet jedoch ein Mensch einem andern in einer Nähe von bis zu etwa 30 cm etwas kräftiger ins Gesicht atmet, dringen die Viren auch durch das FFP 2-Gewebe in Mund und Nase.

Wenn auch die Verpflichtung, eine Maske, richtig gehandhabt, zu tragen, die in den gewöhnlichen Fällen nicht ungeeignet sein dürfte, erheblichen Schutz gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Schutz zu geben, so birgt der Mund-Nasenschutz doch auch nicht geringe gesundheitliche Gefahren. Die gesundheitlichen Belastungen des gegebenenfalls langen Einatmens der ausgeatmeten und verbrauchten Luft in der Maske ist noch nicht hinreichend untersucht. Sie können schwerwiegend sein. Das stundenlange Tragen der Maske gilt als nicht zu unterschätzende Gesundheitsgefährdung.

Der Mund-Nasen-Schutz verbirgt das Gesicht und hindert, das Gesicht anderer Menschen, die auch den Mund-Nasen-Schutz angelegt haben, insgesamt zu erkennen. Der Blick auf einen Menschen vermag es, diesen so gut wie unmittelbar als gefährlich oder nicht gefährlich einzustufen, freilich mit der Gefahr zu irren. Diese der Evolution zu dankende Fähigkeit dient dem Schutz der Menschen vor anderen Menschen, kann aber auch zu anderen Menschen Zutrauen schaffen und Zuwendung begründen.

Diese das Miteinander von Menschen wie auch von Tieren wesensbestimmende Verhalten wird erheblich beeinträchtigt und auch damit ein Stück des Menschseins. Der Mund-Nasenschutz ist nicht nur lästig, sondern erschwert das Atmen und die Sicherheit. Wenn etwa jemand eine Treppe heruntergeht, wird durch das Beschlagen einer Brille wegen des warmen Atems beim Ausatmen, wenn man aus der Wärme in die Kälte tritt oder umgekehrt, erheblich beeinträchtigt, noch mehr, wenn jemand eine Gleitsichtbrille trägt, die die Stufen wegen des Wechsels weiter und kurzer Sicht schlecht erkennen läßt. Das kann zu lebensgefährlichen Treppenstürzen führen.

Der Mund-Nasenschutz ist somit nicht, wie es im Allgemeinen scheint, nur ein milder Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB. Er beeinträchtigt auch die allgemeine Handlungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG, gegebenenfalls auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit, im Kern geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.

Zunächst einmal bedarf die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz als Verpflichtung jedermanns bei vielen Handlungen, die zu einer Nähe zu anderen Menschen führen kann, einer Rechtfertigung. Diese kann ihr nur ein Gesetz zur Abwehr einer epidemischen Infektionsgefahr geben, wenn und soweit dieses auf der Grundlage einer Notstandsverfassung dem Recht zu genügen vermag (dazu zu III 6 und zu IX). Zur Abwehr einer Polizeigefahr läßt sich die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz nur rechtfertigen, wenn eine konkrete oder abstrakte Gefahr abgewehrt werden soll. Die körperliche Beeinträchtigung muß sich an sich ohne besondere Gefahrenlage kein Mensch vorschreiben lassen, jedenfalls nicht in Deutschland.

Die Verpflichtung, eine medizinische Gesichtsmaske anzulegen, wie das § 2 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 allen Menschen in Berlin (Ausnahmen für Kinder, Kranke usw.) wie auch andere Länder Deutschlands in ihren Verordnungen für viele Lebenssituationen vorschreiben, ist zur Abwehr konkreter und abstrakter Gefahren im polizeirechtlichen Sinn verhältnismäßig. Wenn die Nähe von Menschen wegen unverzichtbarer Tätigkeiten ausgeschlossen, etwa der Gesundheit dienende körpernahe Maßnahmen wie Zahnbehandlung, nicht zu vermeiden ist, besteht eine abstrakte Polizeigefahr, die mit dem Mund-Nasen-Schutz vermieden oder jedenfalls verringert werden kann.

Wenn die Schutzmaßnahmen wegen einer pandemischen Infektionsgefahr auf Grund einer Notstandsverfassung überhaupt für alle Menschen im Lande angeordnet werden dürfen (dazu zu III 6 und zu IX), ist die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz geeignet, Infektionen abzuwehren. Sie ist das mildeste Mittel wirksamer Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und verletzt wegen der regelmäßig geringen Grundrechtsbeeinträchtigung nicht das rechte Maß. Wenn der Mund-Nasen-Schutz jedoch stundenlang getragen werden muß, bedarf das einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit in den verschiedenen Fallgruppen.

Der Mund-Nasenschutz ist noch immer in vielen Lebenssituationen vorgeschrieben, die verstärkt eine Infektionsgefahr befürchten lassen. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlins von

29. März 2022 schreibt sie mit detaillierten Einzelregelungen in § 2 vor. § 2 Abs. 3 enthält eine Optionsregelung:

„Es steht den Einrichtungen und Unternehmen frei, für tagesstrukturierende Veranstaltungen eine Abstandsregelung für die teilnehmenden Bewohnenden und eine Belüftungsregelung für die davon betroffenen Räumlichkeiten festzulegen; in diesem Fall besteht im Rahmen der tagesstrukturierenden Veranstaltungen keine Maskenpflicht für die Bewohnenden.“

Weitere Regelungen der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlins ermächtigen nachgeordnete Leitungsorgane zu Erleichterungen und Ausnahmen (Erschwerungen) der vorgesehenen Schutzpflichten.

3. Nachweispflicht negativer Testung

Allen Menschen in Berlin wie allen Menschen in den anderen Ländern Deutschlands werden ein PoC-Antigen-Test und ein PCR-Test für vielerlei Tätigkeiten oder Gegebenheiten vorgeschrieben. Die maßgebliche Vorschrift fand sich in § 28 a Abs. 1 Nr. 2 a des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (IfSG, BGBl. I S. 1045), geändert am 27. September 2021, in der Fassung vom 28. Juni 2022. Seit der Änderung des Gesetzes durch Art. 1 b der Verordnung vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1451) steht in § 28 a Abs. 1 Nr. 3 IfSG: „Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises nach § 22a Absatz 1 bis 3“. Nähere Regelungen stehen in den Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen der Länder. § 28 a Abs. 1 Nr. 3 IfSG stuft die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises, die alternativ oder kumulativ angeordnet werden können (dazu zu II 5 b), als notwendige Schutzmaßnahmen ein, wenn eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag festgestellt ist. Wenn „Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so hat die zuständige Behörde gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen, insbesondere die in § 28a und in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist.... Sie kann insbesondere Personen zu Schutzmaßnahmen verpflichten, die Infektionen befürchten lassen. Den PCR-Test müssen nach § 7 Abs. 1 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins alle „Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist“, durchführen lassen. In vielen Regelungen verlangt die Berliner Verordnung ein negatives Testergebnis, zumindest anstelle einer grundimmunisierenden, gar aufgefrischten Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder Genesung von einer Erkrankung durch das Virus. Nach einem gewissen Zeitablauf seit einer Infektion gilt der Status als Genesener als beendet (vgl. BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 200 f.). Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 hat die Testpflichten mit den Nachweispflichten beibehalten. Mit hinreichenden Erfahrungen ist die begrenzte Dauer des begünstigten Status nicht begründet. Regelmäßig genügt ein negativer PoC-Antigen-Test zum Nachweis, nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert zu sein. Die ohne negativen Testnachweis nicht zugänglichen Tätigkeiten sind regelmäßig freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit also, gegebenenfalls auch im

Schutzbereich der unantastbaren Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG (vgl. BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)).

Die Einführung des § 22 a in das Infektionsschutzgesetz durch Art. 4 Gesetz vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) hat die Nachweispflichten neben der für die Impfung auch für die Testung näher geregelt. § 28 b IfSG hat in den Absätzen 1 und 2 Bestimmungen für Arbeitsverhältnisse gegeben. Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 478), hat vor allem in § 3 die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und die Genesung von einer „Erkrankung“ an dem Coronavirus SARS-CoV-2 dem negativen Test einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in Landesregelungen gleichgestellt. Sie hat weiterhin Erleichterungen für gegen das Virus geimpfte Personen und von der „Erkrankung“ an dem Virus genesene Personen vorgeschrieben und vor allem in § 7 die Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen von den landesrechtlichen Geboten und Verboten des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes ermächtigt. Frühere Fassungen der Verordnung der Bundesregierung hatten zum Teil andere Regelungen. §§ 3 ff. der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 wie schon §§ 4, 6 ff. und die meisten weiteren Vorschriften der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins haben die Regelungen des Bundes in Berliner Landesrecht kleinteilig umgesetzt. Die anderen Länder haben das ähnlich geregelt. Die Vorschriften sind im Anhang zu 1 e, 3 und 4 wiedergegeben. Diese Neuregelung beeinflusst die Argumentation zur Testpflicht nicht relevant.

Die vorgeschriebenen Tests auf Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind Maßnahmen, die den Schutz vor Infektionen in vielen gefährdeten Lagen dienen, vor allem den Schutz vulnerabler Gruppen. Sie dienen auch der Information, ob jemand nach dem PCR-Test, der nach einem (PoC) Antigen-Test durchzuführen ist, mit dem Virus infiziert und deswegen zu einer Quarantäne verpflichtet ist.

Auch wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag nicht festgestellt ist, können diese Schutzmaßnahmen auf Grund der Absätze 7 und 8 des § 28 a IfSG angeordnet werden. Die auch in der neusten Fassung vom 28. Juni 2022 geltenden Voraussetzungen sind im Anhang zu 1g wiedergegeben und zu II b 5 erörtert.

Vielen Veranstaltern von öffentlichen Ereignissen genügte der Nachweis eines negativen Tests für die Teilnahme an ihrer Veranstaltung nicht. Sie haben auf Grund der Optionen, die ihnen die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins gemäß der 2 G-Bedingung des § 9 gab, etwa für Stadionbesuche, nach der 2 G-Regel die grundimmunisierende Impfung, später sogar die Auffrischimpfung angeordnet. In einigen Vorschriften waren sie dazu sogar vom Gesetz- oder Verordnungsgeber verpflichtet. Entsprechend Regelungen haben die anderen Länder getroffen.

§ 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung ermächtigt die Landesregierungen zu bestimmten Optionsregelungen:

„Ermächtigung der Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, Erleichterungen und Ausnahmen von den auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten oder Verboten für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen zu regeln, soweit diese Verordnung nichts anderes regelt. § 3 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend“.

Die Pflicht, durch Tests feststellen zu lassen, ob man mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert ist, setzt eine diese Pflicht begründende konkrete oder abstrakte Polizeigefahr voraus, die für die Allgemeinheit nicht besteht. Die allgemeine Nachweispflicht eines negativen Tests, wenn jemand öffentliche Räume betreten will, obwohl er keine konkrete Polizeigefahr durch Infektion erkennen läßt und sich nicht in eine abstrakte Polizeigefahr begibt, ist grundrechtlich nicht tragfähig. Gerechtfertigt werden kann diese Maßnahme nur, wenn sie auf der Grundlage einer Notstands-verfassung einer epidemischen Infektionsgefahr abzuhelpen beiträgt. Das muß eine allgemeine Infektionsgefahr sein, weil alle Menschen im Lande von der Testpflicht betroffen sind, um bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen, ohne daß sie eine konkrete Polizeigefahr, andere Menschen zu infizieren, erkennen lassen oder eine abstrakte Polizeigefahr zu verantworten haben.

Die Nachweispflicht eines negativen Testes auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mag noch tragfähig sein, jedenfalls bei abstrakten Gefahren, je nach den Erkenntnissen der Immunologen auf Grund ihrer Studien. Wenn weitestgehend die 2 G-Regel angewandt werden muß, wie nach der bisher geltenden Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins, entfällt die Möglichkeit, durch den Nachweis eines negativen Testergebnisses und die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz an Veranstaltungen teilzunehmen, die eine abstrakte Gefahr bilden. Am 2. Dezember 2021 haben die geschäftsführende Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten der Länder („Regierungschefinnen und Regierungschefs“ genannt) als „Maßnahmen zur Bewältigung der Corona-Pandemie“, die auf Grund der Delta-Variante in vielen Teilen vor allem des Südens Deutschlands hohe Inzidenzen zeigte und wegen einer als sehr infektiös eingeschätzten und gegen die bisherigen Impfungen möglicherweise resistenten Omikron-Variante, die noch wenig von den Immunologen erforscht ist, beschlossen, als (vermeintlich) besonders wirksame Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 die 2 G-Regel in ganz Deutschland einzuführen (Nummern 6 und 7, auch 8 und 9 des Beschlusses). Die Länder sind diesem Beschluß, wiewohl dieser rechtlich keine Wirkung (dazu zu I 1 d und zu VII) zu entfalten vermochte, wie üblich gefolgt.

Die Pflicht, ein negatives Testergebnis nachzuweisen, wenn man am Leben wie gewöhnlich teilnehmen will, zieht nicht nur eine Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, sondern kann auch das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen. Letzteres Recht ist die durch das Grundrechte des Art. 2 Abs. 1 GG sowie die entsprechenden Grundrechte des Art. 7 VvB und anderer Landesverfassungen geschützt und nach der kritisierten (K. A. Schacht-schneider, Zum Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles), aber in der Praxis relevanten Judikatur vom Bundesverfassungsgericht durch das Prinzip unantastbaren Menschenwürde in ihrem Kern gestärkt (BVerfGE 27, 1 (16); 35, 202 (220); 54, 148 (153, Rn. 13); 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78,

77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.); st. Rspr.; grundlegend G. Dürig, Die Menschauffassung des Grundgesetzes, JR, 259 ff., 260; vgl. D. Murswiek/St. Rixen, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2, Rn. 60;). Die Rn. 13 des verfassungsgerichtlichen Beschlusses BVerfGE 54, 148, S. 153 ist zu III 6 a, dd zitiert.

Die Pflicht, ein negatives Testergebnis nachzuweisen, verlangt aber, auch einen Eingriff in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit hinzunehmen, nämlich das Eindringen mit einem Teststab mit Wattebausch, der mehrfach gedreht wird, in die Nasenlöcher oder in den Mund und Rachen, um den Schleimhäuten Testmaterial zu entnehmen.

Die Pflicht, einen negativen Test nachzuweisen, die grundrechtlich als Gefahrenabwehrmaßnahme gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 der Menschen gerechtfertigt werden kann, die an einer Veranstaltung mit abstrakter Gefahr teilnehmen wollen, hat eine relevante Schwäche. Der Test bietet wegen seiner mangelnden Aussagekraft nicht die hinreichende Sicherheit, die Gefahr zu erkennen und der Gefahr entgegenzuwirken. Viele negative Testergebnisse und viele positive Testergebnisse gelten als falsch (dazu auch zu I 4 und 5). Das schließt die negativen Testnachweise als Gefahrenabwehrmaßnahmen aus und dürfte auch der Grund dafür sein, daß die negativen Testergebnisse, wenn die 2 G-Regel greift, nicht mehr ausreichen sollen, um den Zugang zu den betroffenen Veranstaltungen zu erreichen. Selbst nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind die Testergebnisse vielfach fehlerhaft. Sie seien zu kostspielig, jedenfalls würden drei PCR-Tests in der Woche immense Kosten verursachen und die Labore überfordern. Folglich seien sie für den Schutz der vulnerablen Gruppen in den besonderen Einrichtungen und Unternehmungen, die ein hohes Infektionsrisiko hätten (Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 161 ff.), unzureichend (daselbst, Rn. 192 ff.). Kontrolltests stellen häufig die Fehlerhaftigkeit vorheriger Tests fest. Die Verpflichtungen zu PCR-Tests sollen auch deswegen, aber wohl auch, weil nicht mehr genügend Testmöglichkeiten bestehen, vielleicht auch nur wegen der Kosten, reduziert werden. Nur Impfungen der Beschäftigten würden diese Gruppen schützen (daselbst, Rn. 199).

Fachkundige Diskutanten sprechen von einer Fehlerhaftigkeit von etwa 40 % auch von PCR-Tests. Die Tests weisen Infektionen aus, die entweder nicht oder nicht in einer Stärke bestehen, die andere Menschen anzustecken geeignet ist, oder stellen umgekehrt ansteckungsfähige Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht fest. Die Tests helfen auch nicht, eine Infektionsgefahr mit der hinreichenden Sicherheit anzuzeigen, die Eingriffe in Grundrechte um des Schutzes anderer Menschen und der Allgemeinheit willen erfordern. Sie sind für den angestrebten Zweck, Schutz vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu geben, ungeeignet. Wäre die Maßnahme für den Schutz geeignet, wäre der Grundrechtseingriff weitaus weniger schwerwiegend als der der Impfung, die mit Gefahr für Leib und Leben verbunden ist, wie viele Fälle der Erkrankung oder auch Todesfälle unmittelbar oder auch in zeitlichem Abstand zur Impfung erweisen. Die Todesfolgen durch die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 werden nicht (mehr) bestritten.

Die Pflicht, einen negativen Test nachzuweisen, ist keine schwerwiegende, aber massenhafte Grundrechtsbeeinträchtigung. Wenn allerdings jedermann den Test, gar den PCR-Test, selbst bezahlen muß, wird er unzumutbar. Die Allgemeinheit mit der Testpflicht zu belasten, ist grundrechtswidrig, schon

mangels einer Notstandsverfassung. Wegen ihrer Unsicherheit sind die Tests nicht geeignet, ihren Zweck, Infektionen aufzuzeigen und gegebenenfalls nachzuweisen. Sie verstoßen folglich gegen das grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip und genügen dem Rechtsstaatsprinzip nicht.

4. Quarantänepflicht

§ 6 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022 bestimmt, gestützt auf § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 und § 28a Abs. 7 in den Absätzen 1 bis 5 IfSG, ähnlich den Regelungen in § 7 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins:

„§ 6 Regelungen zur Absonderung

(1) Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen vorgenommene Antigen-Testung oder eine mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, sind vorbehaltlich des Absatzes 2 verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntniserlangung auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft zu begeben und sich für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Vornahme des die Absonderung begründenden Tests ständig dort abzusondern. Abweichend von Satz 1 sind Personen, die in Krankenhäusern, Arztpraxen, Pflegeeinrichtungen, in Rettungsdiensten und Einrichtungen der Eingliederungshilfe tätig sind und Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen vorgenommene Antigen-Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, verpflichtet, unverzüglich eine bestätigende Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 herbeizuführen; im Falle eines positiven Testergebnisses gilt Satz 1 entsprechend. Zum Zwecke einer weitergehenden Testung darf die Örtlichkeit der Absonderung verlassen werden.

(2) Für Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Antigen-Tests zur Selbstanwendung vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, gilt Absatz 1 entsprechend, sofern die Testung unter fachkundiger Aufsicht erfolgt ist. Ist die Testung nicht unter fachkundiger Aufsicht durchgeführt worden, so sind die Personen verpflichtet, unverzüglich in einer zertifizierten Teststelle eine bestätigende Testung mittels eines Antigen-Tests herbeizuführen. Als fachkundige Aufsicht im Sinne von Satz 1 gilt jede Person, die berechtigt ist, Point of Care (PoC)-Testungen an anderen Personen vorzunehmen. Bei positivem Antigen-Selbsttest und negativem zwecks Bestätigung in einer zertifizierten Teststelle durchgeführten Antigentest ist eine Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 herbeizuführen.

(3) Personen in Absonderung ist es nicht gestattet, Besuch von Personen zu empfangen, die nicht ihrem Haushalt angehören. Für die Zeit der Absonderung unterliegen die abgesonderten Personen der Beobachtung durch das zuständige Gesundheitsamt.

(4) Die Absonderung endet in den Fällen von Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 4 oder im Fall einer freiwilligen bestätigenden Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses der Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2; sie endet in der Regel spätestens jedoch nach 10 Tagen nach dem Zeitpunkt der Vornahme des die Absonderung begründenden Tests; sie endet auch mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer frühestens am 7. Tag nach dem Zeitpunkt der Vornahme der die Absonderung begründenden Testung

vorgenommenen Testung im Sinne von § 22a Absatz 3 Nummer 3 des Infektionsschutzgesetzes. Zum Zwecke der Freitestung im Sinne von Satz 1 darf die Örtlichkeit der Absonderung verlassen werden. Abweichend von Satz 1 endet die Absonderung für Beschäftigte in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen, Rettungsdiensten und Einrichtungen der Eingliederungshilfe nur, sofern die abgesonderte Person zuvor 48 Stunden symptomfrei war. Sofern der Symptombeginn vor dem Zeitpunkt der Testdurchführung liegt, kann das zuständige Gesundheitsamt abweichend von den Absätzen 1 und 2 den Symptombeginn als fiktiven Zeitpunkt des Beginns der Absonderung festlegen.

(5) Für Personen, die vom zuständigen Gesundheitsamt als enge Kontaktpersonen zu einer im Sinne der Absätze 1 und 2 positiv getesteten Person eingestuft wurden, gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend, mit der Maßgabe, dass der die Absonderung begründende Zeitpunkt der Zeitpunkt des letzten Kontakts zu der positiv getesteten Person ist. Satz 1 gilt nicht für enge Kontaktpersonen, die geimpfte oder genesene Personen im Sinne von § 2 Nummer 2 und 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung sind.“

In der Zweiten SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 27. September 2022 ist die Absonderungs- und Quarantänepflicht in § 8 geregelt.

Entsprechende Regelungen haben die anderen Länder getroffen.

Die Quarantäne ist ein schwerer Eingriff in die „Freiheit der Person“ als der Bewegungsfreiheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, aber auch der allgemeinen Handlungsfreiheit, geschützt in Art. 2 Abs. 1 GG und in der freien Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, wenn die unantastbare Menschenwürde in ihrem Kern (insbesondere „Privatsphäre, Geheimsphäre und Intimsphäre“) beeinträchtigt wird ((BVerfGE 27, 1 (16, Rnrrn. 30 ff., 38); 35, 202 (220); 54, 148 (153, Rnrrn. 14 f.), 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.); st. Rspr.).

Der Eingriff in die Freiheit der Person durch die Quarantänepflicht bereits nach einem positiven PCR-Test ist schon deswegen nicht zu rechtfertigen, weil diese Tests unzuverlässig sind. Die Quarantänepflicht bewirkt auch keine nennenswerte Minderung der Verbreitungsfahr des Coronavirus SARS-CoV-2. Mehrfache Testungen genügen. Die Quarantänezeiten wurden erheblich reduziert (dazu III 4 b), schlicht, weil die Arbeitskräfte gebraucht werden. Entweder wurde die weitgehende Ungeeignetheit der Quarantäne als Schutzmaßnahme gegen das Virus eingesehen (vgl. BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rnrrn. 161 ff.) oder die Nöte des Alltagslebens sind allzu gebieterisch. Es wäre bedauerlich, wenn immunologische Erkenntnisse von sachfremden Zwängen abhängig gemacht werden.

Die Quarantänepflicht für Kontaktpersonen ist ungeeignet und übermäßig. Professor Alexander Kulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022 :

„Die allgemeine Quarantäne für Kontaktpersonen sollte sofort ausgesetzt werden, außer in besonders sensitiven Bereichen, wo Menschen zum Beispiel Schwerkranke oder Hochbetagte pflegen. Sonst schaffen wir einen weiteren, künstlichen Personalmangel, der viele Bereiche tangiert - wirtschaftlich, aber auch die kritische Infrastruktur. Das verstehen die Menschen auch nicht mehr, wenn sie quasi wegen nichts in Quarantäne müssen. Zudem funktioniert sie gar nicht, weil die

Gesundheitsämter die dafür notwendige Nachverfolgung gar nicht hinbekommen. Beibehalten müssen wir aber die Pflicht zur Isolierung für Infizierte: Wer Symptome hat, bleibt daheim. Das ist die wichtigste Botschaft in der Omikron-Welle“

Eine längere Quarantänepflicht nach der Einreise aus dem Ausland, zumal aus sogenannten Hochrisikogebieten, ist tragfähig, weil alle Bemühungen, die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 einzudämmen, durch die Einschleppung des Virus aus dem Ausland konterkariert werden.

Quarantäne für längere Zeit, vierzehn Tage oder auch ein Woche, ist ungeeignet, wie zu VI 2 c dargelegt ist, den Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nachhaltig zu stärken. Nach jüngsten Studien sind Infektionen schon nach zwei Tagen feststellbar. Jedenfalls sind die langen Absonderungszeiten unnötig und widersprechen dem rechten Maß staatlicher Maßnahmen.

5. Anwesenheitsdokumentation

Die Anwesenheitsdokumentation, die § 4. Dritte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins für bestimmte Aufenthalte, etwa bei Veranstaltungen durch § 11 Abs. 5 der Verordnung, bei gewissen Dienstleistungen wie denen des Friseurs durch § 17 Abs. 4 der Verordnung, in der Gastronomie und Kantinen durch § 18 Abs. 3 der Verordnung, bei Beherbergungen durch § 19 Abs. 3 der Verordnung, vorgeschrieben hatte, war mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht, dem leitenden Grundrecht des Datenschutzes, welches das Bundesverfassungsgericht auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, also mit dem Prinzip der unantastbaren Menschenwürde in deren Kern, stützt (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)), nicht zu vereinbaren. Eine erkennbare Gefahr für aktive Infektionen setzt diese Verpflichtung nicht voraus. Das ist grundrechtswidrig. Die Anwesenheitsdokumentation bewirkt keinen Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2. Dafür ist sie auch nicht vorgesehen. Sie dient der Möglichkeit nachzuverfolgen, wer andere mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert haben könnte. Es ist nicht bekannt, daß diese Maßnahme schon einmal erfolgreich Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwenden beigetragen hat. Folglich ist diese Maßnahme nicht geeignet, ihren (vermeintlichen) Zweck zu erfüllen, abgesehen von der Rechtswidrigkeit wegen des Verstoßes gegen den Datenschutz. In der Vierten Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins regelt allgemein § 4 die Dokumentationspflichten. Durch § 38 der Vierten Verordnung ist die jeweils zuständige Senatsverwaltung ermächtigt, „über § 4 Absatz 1 Satz 1 hinaus bereichsspezifische Regelungen zur Führung einer Anwesenheitsdokumentation, insbesondere auch für weitere als den im 2. Teil genannte Verpflichtungen zur Dokumentation der Anwesenheit zu bestimmen.“

Die Dokumentationen leisten keinen nennenswerten Beitrag zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 hat die Dokumentationspflicht nicht mehr vorgeschrieben, in der Zweiten SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin erst recht nicht.

6. Elektronische Warn-Apps

Elektronische Warn-Apps dienen der Möglichkeit nachzuverfolgen, wer andere mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert haben könnte. Bemühungen, infizierte Menschen und Infektionswege mittels

elektronischer Instrumente zu identifizieren, waren nicht nur persönlichkeitsrechtlich fragwürdig, sondern sind auch gescheitert. Elektronische Warntechnik, die auch als Kontrollelektronik mißbraucht werden kann, sind nicht geeignet, die Gefahr eines Menschen durch seine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für andere Menschen auszumachen. Derartige Elektronik ist wegen der Würde des Menschen bedenklich. Einen Überwachungsstaat läßt das freiheitliche Rechtsstaatsprinzip nicht zu. Gerade deswegen muß eine Polizeigefahr, die ein Mensch durch eine Infektion bildet, im Prinzip konkret oder abstrakt sein. Eine Polizeigefahr muß erkennbar sein. Die erwartbare Verwirklichung einer konkreten polizeilichen Gefahr ist Voraussetzung von Polizeiverordnungen wegen der abstrakten Polizeigefahr (dazu zu III 5 c).

Die elektronischen Warn-Apps waren geeignet, die Unsicherheit einer Infektion zu verstärken. Als Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 waren und sind sie unbrauchbar. Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 und die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 27. September 2022 sehen die Warn-Apps nicht mehr vor.

7. Private Zusammenkünfte

aa) Veranstaltungen und private Zusammenkünfte waren durch Landesverordnungen, zu denen die Länder in § 32 IfSG in Verbindung mit § 28 a Abs. 1 Nr. 3 IfSG ermächtigt sind, solange die epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt ist, in Berlin durch § 11 der Vierten Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins, die im Anhang zu 3 vollständig zitiert ist, geregelt. Private Veranstaltungen bestimmter Art in einem Haushalt sind nach § 11 Abs. 5 der Verordnung Berlins außer den Angehörigen eines Haushalts nur zwei Besuchern erlaubt. Kinder unter 14 Jahren auch aus anderen Haushalten blieben unberücksichtigt. Wenn alle Personen die G 3-Regel eingehalten haben, waren es nach näherer Regelung des Satz 2 des § 11 Abs. 5 bis zu 10 zugleich Anwesende. Die Vorschrift lautete:

„(5) Private Veranstaltungen (Veranstaltungen im Familien-, Bekannten- oder Freundeskreis) und private Zusammenkünfte sind nur im Kreise der Angehörigen eines Haushalts mit bis zu zwei Personen eines weiteren Haushalts gestattet, Personen im Sinne von § 1 Absatz 3 gelten als ein Haushalt; Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres bleiben, unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem Haushalt, unberücksichtigt. Abweichend von Satz 1 sind private Veranstaltungen und private Zusammenkünfte an denen ausschließlich Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4, ausgenommen Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, teilnehmen mit bis zu 10 zeitgleich Anwesenden zulässig. Dieser Absatz findet keine Anwendung, wenn die jeweilige Veranstaltung gewerblich durchgeführt wird.“

bb) § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 lautete:

„(1) ¹Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -

partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt;

Nach dieser Vorschrift waren die privaten Zusammenkünfte personell stark beschränkt, wenn der PCR-Test den Schwellenwert der Inzidenzen von 100 überschritten hatte. Das war grundrechtlich wegen der freien Persönlichkeitsentfaltung des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG nicht tragfähig. Sie tasten die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Kern an. Die Vierte Sars-CoV-2- Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins regelt das in § 4 und § 11 Abs. 6 (§ 7 Dritte VO) nicht wesentlich anders als § 28 b Abs. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021, eher schärfer. Überhaupt haben die Länder im Wesentlichen die Gebote und Verbote ausgesprochen, die in § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 standen und wohl wegen der unterschiedlichen Auffassung der Länder durch deren Verordnungen in der föderalistischen Eigenständigkeit ersetzt werden sollten und wurden, weil § 28 b IfSG zum 30. Juni 2021 außer Kraft getreten ist. Die staatlichen Maßnahmen sind durch diesen Wechsel der Zuständigkeit für den Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Großem und Ganzen nicht weniger grundrechtsbelastend für die Bevölkerung geworden.

Die Einschränkungen des Rechts von privaten Zusammenkünften, einschließlich der Besuche in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, sind ein krasses Beispiel verfassungswidriger Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.

Gemeinsamkeit im eigenen Haus oder in der eigenen Wohnung gehört zu den elementaren Lebensweisen des Menschen. Die Ansteckungsgefahr kann objektiv bestehen und die Ansteckung eines der gemeinsam in einem „Raum“ anwesenden Menschen dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen. Aber das geschieht einerseits nur selten, wenn und weil einer der Anwesenden von seiner Infektion weiß, andererseits begibt sich jeder der Anwesenden freiwillig in die potentielle Gefahr und nimmt jeder der Anwesenden diese objektive Gefahr für seine Gesundheit in Kauf. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit aller in dem Raum Anwesenden wiegt bei der grundrechtlichen Abwägung mit der Schutzpflicht des Staates für die körperliche Unversehrtheit und das Leben der Menschen in der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts (Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn 166 ff., 174; Kritik zu III 6 c) im staatlichen Hoheitsbereich schwer. Die geringe Wahrscheinlichkeit einer Infizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 rechtfertigt den Eingriff in die Grundrechte aller Anwesenden in dem Haus oder der Wohnung, dem „privaten Raume“, nicht, auch die Möglichkeit der Weitergabe des Coronavirus SARS-CoV-2 im öffentlichen Raume nicht. Hinzu kommt wesentlich, daß „die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres“ von dem Verbot der Teilnahme an der Zusammenkunft nicht betroffenen sind, selbst eine Person außer den Angehörigen nicht. Was rechtfertigt eigentlich die Ausnahme von dem Verbot für eine weitere Person, die schließlich auch infiziert sein kann? Warum waren es nicht zwei, drei oder vier Personen? Doch nur, daß die Infektionsgefahr durch die Anwesenheit mehrerer Personen größer sein könnte. Die relevante Wahrscheinlichkeit der Infektion und damit der Gefahr für die Gesundheit erhöht das nicht. Die Ausnahme für eine weitere Person ist willkürlich.

Die Zahl der zu einem Haushalt gehörenden Menschen hängt von der Kultur ab, die in einem Haushalt gelebt wird. In bestimmten Kulturen kann ein Haushalt durchaus 20, 30 oder mehr Personen umfassen.

Das erhöht die Möglichkeit der Infizierung erheblich, soll aber mit dem Schutz der Familie gerechtfertigt werden. Dem Familienbegriff des Grundgesetzes wird das nicht gerecht. Die Rechtfertigung der besonderen Zusammengehörigkeit der Familie, die großes Gewicht hat, greift nicht für die nicht zur Familie gehörenden Besucher. Die Kinder unter 14 Jahren werden nicht als aktive Infektionsmöglichkeit erfaßt, obwohl die Kinder recht häufig mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind und die Viren, die sie aus der Kindertagesstätte oder auch der Schule mitbringen, häufig an die Eltern und auch die Großeltern weitergeben. Das Wohl der Kinder in der Obhut ihrer Eltern stärker als die ‚Gefahr‘ der Ansteckung durch sie. Das ist verständlich, auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 VvB und die anderen Landesverfassungen, dem besonderen Schutz der Familie durch die staatliche Ordnung. Das allgemeine Verbot der Zusammenkunft von erwachsenen oder auch älteren noch nicht volljährigen Menschen mag bei einer konkreten oder abstrakten Polizeigefahr noch grundrechtlich hingenommen werden, aber ein Verbot des Zusammentreffens von beliebigen Menschen in einem Haus oder einer Wohnung ist schwerlich zu rechtfertigen.

Eine konsequente Abwehr der konkreten und abstrakten Gefahr der Coronaviren SARS-CoV-2 war die Regelung des § 28 b Abs. 1 IfSG in der Fassung vom 27. September 2021 ohnehin nicht, die mit der pandemischen Gefahr desselben begründet wurde. Die Regelungen des §§ 7, 11 Abs. 6 u. a. der Berliner 4. Sars-CoV-2-Schutzmaßnahmenverordnung waren es genauswenig. Die Abwehrmaßnahmen gegen das Virus hätten, wenn die Möglichkeit der Ansteckungen so groß war, wie das, um die Bereitschaft der Bevölkerung, die angeordneten Schutzmaßnahmen zu treffen, von den staatlichen Stellen, insbesondere dem Gesundheitsministerium, propagiert wurde, weitaus weniger Ausnahmen zulassen dürfen. So recht dürften die verantwortlichen Experten und Politiker nicht an die ‚Gefahren‘ geglaubt haben, die sie an die Wand gemalt haben, aber auch nicht an die Wirksamkeit der Abwehrmaßnahmen, zumal das Impfen. Sonst hätten sie die so wenig begründbaren Ausnahmen nicht zugelassen.

Rechtlich unbegründbar war aber auch die Ausnahme des Absatzes 1 Nr. 1 des § 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 für Trauerfeiern, die nur 30 Personen zugelassen hat. Es gab keine verfassungsrechtliche Regelung, die für diese Ausnahme geltend gemacht werden konnte. Nach der Dritten Berliner 4. Sars-CoV-2-Schutzmaßnahmenverordnung unterlagen die „Bestattungen und Trauerfeiern auf Friedhöfen oder bei Bestattungsunternehmen“ nach § 11 Abs. 6 S. 1 (Veranstaltungen) nicht den Personenobergrenzen nach Absatz 2 der Vorschrift. Satz 2 des Absatzes 6 von § 11 der Verordnung:

„Hiervon nicht erfasste Beerdigungen und Feierlichkeiten anlässlich einer Beerdigung sowie private Veranstaltungen einschließlich Veranstaltungen im Familien-, Bekannten- oder Freundeskreis, insbesondere Hochzeitsfeiern, Geburtstagsfeiern, Abschlussfeiern oder Feierlichkeiten anlässlich religiöser Feste sind abweichend von Absatz 2 im Freien mit bis zu 100 zeitgleich anwesenden Personen und in geschlossenen Räumen mit bis zu 50 zeitgleich anwesenden Personen zulässig“

Das war, scheint es, Rücksichtnahme auf besondere Teile der neuen Gesellschaft in Deutschland, in denen ungewöhnlich große Familienfeiern, Hochzeiten und Trauerfeiern, zur Kultur gehören. Auf die Religionsgrundrechte ließ sich die erleichternde Ausnahme des § 11 Abs. 6 S. 2 der Dritten Berliner Schutzmaßnahmenverordnung nicht stützen. Die Religionsausübung, die Art. 4 Abs. 2 GG schützt,

unterliegt dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 1 WRV (zum Schutz der Religionsausübung K. A. Schachtschneider, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, 2. Aufl. 2012, S. 49 ff.). Diese Feiern und Veranstaltungen dürften erheblich zur Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 beigetragen haben. § 11 Abs. 5 der Vierten Berliner Schutzmaßnahmenverordnung macht diese Ausnahmen nicht.

Private Zusammenkünfte dürfen grundsätzlich vom Staat nicht unterbunden oder beschränkt werden. Wenn ein Teilnehmer am Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt oder infiziert ist, besteht eine konkrete oder auch abstrakte Gefahr für Leben und Gesundheit im Sinne des Polizeirechts. Die Zusammenkünfte waren nach § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG im öffentlichen und privaten Raum untersagt. Wenn Tatsachen erkennen lassen, daß durch eine private Zusammenkunft die allgemeine Infektionsgefahr verstärkt wird, wie das immunologisch die regelmäßige Einschätzung sein wird, ist es dennoch fragwürdig, ob die Untersagung oder Begrenzung privater Veranstaltungen angesichts des tiefen Eingriffs in die freie Entfaltung der Persönlichkeit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt. Das rechte Maß dieser Schutzmaßnahme zur Abwehr auch der Infektionsgefahr dürfte überschritten sein.

§ 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 war grundrechts- und damit verfassungswidrig und damit nichtig. Nichts anderes galt für die 3. und 4. Berliner 4. Sars-CoV-2- Infektionsmaßnahmenverordnung; denn die Regelungen über die „Zusammenkünfte“ in §§ 4, 11 Abs. 5 der Verordnung waren wesentlicher Teil derselben. Das ist auch für die Neuregelung richtig.

Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 382/374 und die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 27. September 2022 schränken die privaten Zusammenkünfte nicht mehr ein.

cc) Wer in einem Krankenhaus in Berlin einen Angehörigen besuchen möchte, mußte, wenn er nicht die grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder die Genesung von dem Virus nachweist (§ 3 Abs. 1 der COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung), nach § 35 der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung vom 5. Oktober 2021 ein negatives Testergebnis auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen, das im Falle des (PoC)-Antigen-Tests nicht älter als 24 Stunden, im Falle des PCR-Tests nicht älter als 48 Stunden ist (§ 6 Abs. 1 S. 3 und 4 der Verordnung). Dies galt nicht für den Besuch von Schwerstkranken und Sterbenden, wobei alle erforderlichen Schutzmaßnahmen zum Schutz der anderen Patienten und Besucher und des Personals ergriffen werden müssen. Die weiteren Hygienemaßnahmen mußten (und müssen) eingehalten werden. Besucher mußten und müssen nach wie vor eine FFP2-Maske tragen; gleiches gilt für Patienten, sofern sie sich außerhalb ihres Zimmers aufhalten oder Besuch empfangen. Ähnliches galt nach § 36 der Verordnung für Pflegeeinrichtungen. Nach § 35 Abs. 1 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins mußten die Besucher nach wie vor eine FFP2-Maske tragen. Die Senatsverwaltung für Gesundheit war durch § 38 Abs. 3 der Verordnung ermächtigt, „Bedingungen und Anforderungen, insbesondere Hygienevorgaben, für Krankenhäuser sowie Regelungen über das Betreten oder den Besuch von Einrichtungen des Gesundheitswesens, insbesondere von Krankenhäusern, zu treffen“. Die Verantwortlichen der Einrichtungen können ermächtigt werden und sind ermächtigt worden, außer den Nachweisen negativer Tests auch

die Grundimmunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. für den Besuch ihrer Einrichtung zu verlangen: § 35 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins:

„Die Vorgaben für den Krankenhausbereich bestimmt die für das Krankenhauswesen zuständige Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach § 38“ der Verordnung

§ 38 dieser Verordnung hatte die „zuständige Senatsverwaltung“ u. a. ermächtigt, Regelungen über das Betreten oder den Besuch von Einrichtungen des Gesundheitswesens, insbesondere von Krankenhäusern, zu treffen. Die nachfolgenden Basisschutzmaßnahmenverordnungen Berlin enthielten bzw. enthalten derartige Bestimmungen nicht mehr. Die Regelungen der Schutzmaßnahmen hat das Infektionsschutzgesetz im Wesentlichen der Leitern der Krankenhäuser überantwortet. § 23 Abs. 3 IfSG:

„(3) Die Leiter folgender Einrichtungen haben sicherzustellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen zu verhindern und die Weiterverbreitung von Krankheitserregern, insbesondere solcher mit Resistenzen, zu vermeiden:

1. Krankenhäuser
- 2....., 3. usw.

In § 23 IfSG folgen weitere Regelungen über Verantwortlichkeiten der Leiter der in § 23 IfSG genannten Einrichtungen.

dd) Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021, geändert am 22. November 2021, am 10. Dezember 2021 und am 14. Januar 2022 hat abgesehen von der allgemeinen Gleichstellung der geimpften und genesenen mit negativ getesteten Personen in § 3 Ausnahmen in § 4 Abs. 1, 2 und 3 für geimpfte und genesene Personen gemacht:

„§ 4 Ausnahmen von der Beschränkung von Zusammenkünften

(1) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht die Anzahl von Personen begrenzt wird, gilt diese Begrenzung nicht für private Zusammenkünfte sowie für ähnliche soziale Kontakte, wenn an der Zusammenkunft ausschließlich geimpfte Personen oder genesene Personen teilnehmen. Auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht, durch das die Anzahl von Personen begrenzt wird, kann abweichend von Satz 1 vorsehen, dass die Begrenzung auch für private Zusammenkünfte sowie für ähnliche soziale Kontakte gilt, an denen ausschließlich geimpfte oder genesene Personen teilnehmen.

(2) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht die Zahl der Teilnehmer bei einer privaten Zusammenkunft oder bei ähnlichen sozialen Kontakten beschränkt, bleiben geimpfte Personen und genesene Personen bei der Ermittlung der Zahl der Teilnehmer unberücksichtigt. Auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht, durch das die Zahl der Teilnehmer bei einer privaten Zusammenkunft oder bei ähnlichen sozialen Kontakten beschränkt wird, kann abweichend von Satz 1 vorsehen, dass auch geimpfte und genesene Personen bei der Ermittlung der Zahl der Teilnehmer berücksichtigt werden.

(3) Die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die zur Abwendung einer Gefahr für Personen, die auf Grund ihres Alters oder ihres Gesundheitszustandes ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf haben, erforderlich sind, bleibt unberührt. Schutzmaßnahme im Sinne von Satz 1 kann auch

die Pflicht geimpfter Personen und genesener Personen sein, ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzulegen.“

Die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022 hat die Regelungen der privaten Zusammenkünfte nicht wiederholt.

8. Kontaktbeschränkungen

Jeder Mensch hat mit anderen Menschen Kontakte, manche Menschen wenige, die meisten Menschen viele, manche sehr viele. Alle Kontakte von Menschen bergen die Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Diese Möglichkeit versuchen die Infektionsschutzmaßnahmen abzuwehren. Es gibt aber keine expliziten Gebote oder Verbote zur bloßen Abwehr von Infektionen durch Kontakte.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 die Anordnung von Kontaktbeschränkungen aus § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl I S. 802) abgeleitet, der nicht von Kontaktbeschränkungen gesprochen, sondern private Zusammenkünfte reglementiert hat (dazu 7). Die Vorschrift lautete:

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

Fraglos ist jede Zusammenkunft ein Kontakt. Vorschriften jedoch, die Kontakte regeln, sind nicht auch Regelungen von privaten Zusammenkünften im Sinne der Schutzmaßnahmenordnungen. Verbote von Zusammenkünften verbieten unvermeidlich auch Kontakte. Das Bundesverfassungsgericht hat das in dem Bundesnotbremse-Beschluß nicht klargestellt oder auch nur erörtert. Es bringt dieses Verständnis aber zum Ausdruck. Das Gericht spricht in vielen Sätzen von „den in § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen“ oder von „bei den Kontaktbeschränkungen aus § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG“, etwa zu den Rn. 109, 112, 115, 116, 123, 125, 236 und zu weiteren Randnummern. Drei Beispiele seien zitiert:

Rn. 109 „In diese Rechte griffen die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen ein. Die Regelung machte vollstreckungsfähige Vorgaben für private Zusammenkünfte sowohl im öffentlichen als auch im privaten Raum“

Rn. 123 „Nach diesen Maßstäben handelte es sich bei den Kontaktbeschränkungen aus § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG um Maßnahmen gegen übertragbare Krankheiten beim Menschen. Sie waren dem Kompetenztitel Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zugeordnet. Der Bund hatte daher die Gesetzgebungszuständigkeit“.

Rn. 125 „Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG geregelten Beschränkungen, damit auch die Kontaktbeschränkungen nach dessen Nr. 1, waren als Maßnahmen gegen die bei Menschen übertragbare Krankheit COVID-19 dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuzuordnen.“

Freilich setzen die Verbote von Kontakten, die das Gericht aus § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG ableitet und bemerkenswert „Anordnungen von Kontakten“ nennt, private Zusammenkünfte voraus. Nur bei privaten Zusammenkünften sind durch § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG Kontaktbeschränkungen impliziert, also angeordnet. Ohne private Zusammenkünfte greifen die aus den Regelungen der privaten Zusammenkünfte abgeleiteten Kontaktbeschränkungen nicht. Wenn das Gericht mit dem *argumentum a maiore ad minus* aus den Regelungen der privaten Zusammenkünfte eine eigenständige Anordnung von Kontaktbeschränkungen als einen besonderen Typus von Infektionsschutzmaßnahmen kreieren wollte, obwohl der nicht im Infektionsschutzgesetz stand, hätte es das zumindest *lege artis* begründen müssen. Es löst die Anwendung der Anordnung von Kontaktbeschränkungen von den Verböten privater Zusammenkünfte. Es hätte sonst die Verfassungsmäßigkeit der privaten Zusammenkünfte prüfen müssen. Das Infektionsschutzgesetz kennt zwar den Begriff Kontakt und verbindet diese Tatbestandsmerkmal mit Schutzregeln, aber keine eigenständige Anordnung von Kontaktbeschränkungen, sondern nur Gebote oder Verbote, in denen Kontakte möglichst reduziert werden sollen. In der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 finden sich zwei Regelungen, die insoweit erwähnt werden können:

„§ 5 Schutz- und Hygienekonzept

(1) Die Verantwortlichen für jegliche Art von Veranstaltungen, mit Ausnahme solcher nach § 12 Absatz 2, mit mehr als 20 zeitgleich Anwesenden, in Betrieben und in anderen Einrichtungen sowie für Sportstätten und in Vereinen haben entsprechend der spezifischen Anforderungen des jeweiligen Angebots ein individuelles Schutz- und Hygienekonzept zu erstellen und auf Verlangen der zuständigen Behörde vorzulegen. Soweit in dieser Verordnung die Erstellung und Einhaltung eines individuellen Schutz- und Hygienekonzepts vorgesehen ist, gelten die Vorgaben mit der Zielsetzung

1. die Kontakte zwischen den Personen durch die Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 Metern und der maximal für die jeweilige Fläche zugelassenen Personenzahl zu reduzieren; ...“

„§ 2 Maskenpflicht

(3) Es besteht Maskenpflicht in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs für Fahrgäste; für das Kontroll- und Servicepersonal und für das Fahr- und Steuerpersonal, soweit bei diesem tätigkeitsbedingt physischer Kontakt zu anderen Personen besteht, gilt die Pflicht, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen.“

„§ 6 Regelungen zur Absonderung

(5) Für Personen, die vom zuständigen Gesundheitsamt als enge Kontaktpersonen zu einer im Sinne der Absätze 1 und 2 positiv getesteten Person eingestuft wurden, gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend, mit der Maßgabe, dass der die Absonderung begründende Zeitpunkt der Zeitpunkt des letzten Kontakts zu der positiv getesteten Person ist. Satz 1 gilt nicht für enge Kontaktpersonen, die geimpfte oder genesene Personen im Sinne von § 2 Nummer 2 und 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung sind.“

Die Reduzierung der Kontakte von Personen, die durch die Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 Metern und der maximal für die jeweilige Fläche zugelassenen Personenzahl nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr.

1 der Verordnung erreicht werden soll, ist, wie der Text ergibt, eine Zielsetzung des spezifischen Abstandsgebots, aber keine Kontaktbeschränkung, schon gar nicht eine, die verallgemeinert werden könnte. Die Maskenpflicht in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs, die § 2 der Verordnung anordnet, setzt „einen tätigkeitsbedingt physischer Kontakt zu anderen Personen“ des „Kontroll- und Servicepersonal und für das Fahr- und Steuerpersonal“ voraus. Eine ähnliche Regelung hatte schon § 28 b Abs. 1 Nr. 8 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 getroffen. Derartige Bestimmungen ordnen keine Kontaktbeschränkung an, sondern sind Maskenpflichten im Falle „physischer Kontakte“. § 6 Abs. 5 der Verordnung gelten für „enge Kontaktpersonen“ unter bestimmten Voraussetzungen die „Absätze 1 bis 4“, nämlich näher geregelte Test- (Absätze 1 und 3) und Absonderungspflichten (Absätze 2 und 4). Durch die Absonderungen sollen Kontakte vermieden werden. Die Vorschriften ordnen aber keine Kontaktbeschränkungen an, die zudem verallgemeinerungsfähig wären.

§ 28 a Abs. 1 Nr. 3 IfSG hat Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als notwendig im Sinne des § 28 IfSG alter Fassung aufgeführt. § 28 a IfSG (neue Fassung vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geändert):

„1) Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere sein

1, 2, 2 a,

3. Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum,

4. und ff.“

Entsprechende Bestimmungen können somit die Länder in ihre Schutzmaßnahmenverordnungen aufnehmen. Voraussetzung ist aber die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite. Eine solche ist nicht festgestellt. Eine allgemeine Anordnung von Kontaktbeschränkungen läßt sich dieser Ermächtigung nicht entnehmen. Ein solche wäre auch mit den Regelungen der Schutzmaßnahmenpflichten, die ihre jeweiligen tatbestandlichen Grenzen haben, unvereinbar. Der Schutz der grundrechtlichen Freiheiten durch die Tatbestände der besonderen Schutzmaßnahmevorschriften im Infektionsschutzgesetz und in den Verordnungen der Länder, wie insbesondere der für private Zusammenkünfte, wäre ausgehebelt. Anordnungen von Kontaktbeschränkungen könnten jedweden Kontakt unterbinden. Die Verbote von Kontaktbeschränkungen müßten schon aus Gründen der Lebbarkeit begrenzt werden. Diese Grenzen finden sich in den Regelungen der besonderen Schutzmaßnahmen des Infektionsschutzgesetzes und dessen Rahmen der Schutzmaßnahmenordnungen der Länder. Ein allgemeines Verbot wäre nicht nur ein grober Verstoß gegen die praktische Vernunft und würde die Grundrechte im Wesensgehalt antasten, sondern auch nicht legitim, ungeeignet, unnötig und übermäßig, also mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schlechterdings unvereinbar. In Absatz 8 des § 28 a IfSG, der maßgeblich ist, wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht festgestellt ist, wie gegenwärtig, sind zwar die Ausgangsbeschränkungen, nicht aber die Kontaktbeschränkungen genannt.

Dieser Befund wird durch Absatz 2 Nr. 2 des § 28 Abs. 1 IfSG erhärtet, der in dieser Vorschrift ein gewisses Subsidiaritätsprinzip der Schutzmaßnahmen vorsieht, aber zwar die nach Absatz 1 Nummer 3 der Vorschrift ermöglichte Anordnung von Ausgangs-, nicht jedoch die in derselben Nummer genannte von Kontaktbeschränkungen aufführt.

Kontakte sind nun einmal die Voraussetzung von Infektionen, die ohne mehr oder weniger enge Kontakte nicht vorkommen. Jede der Schutzmaßnahmenvorschriften könnte mit der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts als Grundlage eines eigenständigen Schutzmaßnahmentypus, nämlich der Kontaktbeschränkung herhalten, etwa das Abstandsgebot, das so, wie es geregelt ist, nur einen Teil von Kontakten erfaßt, nämlich die, die näher sind als 1, 5 Meter. Infektionsfähige Nähe kann aber auch ein weiterer Abstand als 1, 5 Meter sein. Das ist auch ein Kontakt. Die specifica der jeweiligen Gebote und Verbote würden aus einer den Schutzmaßnahmenregelungen extrapolierten allgemeinen Regel der Beschränkung von Kontakten eliminiert. Alle Verhaltensweisen, die nicht unter die Tatbestände der Gebote oder Verbote der spezifischen Schutzmaßnahmenregelung fallen, sind aber erlaubt, auch wenn sie, wie vielfach, Kontakte mit sich bringen. Die 30 Menschen, die beispielsweise an Bestattungen und Trauerfeiern teilnehmen dürfen, müssen die Teilnahme dennoch unterlassen, soweit sie in Kontakt treten, jedenfalls wenn sie den Abstand von 1, 5 Metern nicht einhalten können, weil sie dem nahen Angehörigen ihr Beileid aussprechen wollen oder schlicht nicht in den Raum der Trauerfeier passen.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) den Eingriff der Kontaktbeschränkung des § 28 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung vom 27. September 2021 in das Grundrecht der Ehe und Familie, der Art. 6 Abs. 1 GG den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung zugesprochen hat, und in das allgemeine Persönlichkeitsrecht erkannt (Rn. 166), aber für dieses Grundrecht bemerkenswerter Weise nur § 2 Abs. 1 GG und nicht auch wie üblich Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG genannt, augenscheinlich, weil Kontakte nicht in der durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Kern der freien Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen können (dazu BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)). Das würde nicht überzeugen können. Nur, wenn einem Menschen ohne Besuche „physische Vereinzelung“ drohen würde, lasse das Übermaßverbot das nicht zu (Rn. 221). Die Kontaktbeschränkungen würden „verfassungsrechtlich legitimen Zwecken dienen, die der Gesetzgeber in Erfüllung grundrechtlicher en aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erreichen wollte“. Das Gericht ist der Politik des Gesetzgebers gefolgt. Auch an Art. 6 Abs. 1 GG hat das Gericht die gesetzlichen Schutzmaßnahmen nicht scheitern lassen (Rnrn. 219 ff.). Das Gesetz habe „dem besonderen Gewicht des Familiengrundrechts im Eltern-Kind-Verhältnis nach Art. 6 Abs. 2 GG Rechnung getragen“.

Das Gericht hat in dem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 105 ff., 238 ff., die Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen des § 28 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 IfSG alter Fassung (Rdnr. 104 ff., 238 ff.) wegen des Spielraums des Gesetzgebers (Rnrn. 171, 209) als vertretbar bewertet (Ls. 4 b, Rnrn. 105 ff.). Über die privaten Zusammenkünfte, die § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG regelt hatte, hat das Gericht nicht entschieden, sondern über die Kontaktverbote, die es, wie schon kritisiert, ohne das näher darzulegen, aus dem Verbot privater Zusammenkünfte abgeleitet hat (dazu zu 7).

Kontaktbeschränkungen als solche hatten und haben somit keine gesetzliche Grundlage. Sie konnten und können schon deshalb nicht in grundrechtsgeschützte Rechte eingreifen. Sie mißachten nicht nur die Grundrechte, sondern auch das Rechtsstaatsprinzip wie das demokratische Prinzip.

Das Kontaktverbot beispielweise, einen weit zu See und Wind offenen Pavillon zu betreten, um Kaffee und Kuchen zu erwerben, die an den Tischen im Freien verzerrt oder mitgenommen werden können,

ist zudem übermäßig, jedenfalls wenn es erlaubt ist, sich im Freien aufzuhalten, sogar ohne Test und ohne Maske.

9. Ausgangsbeschränkungen

Nach § 28 a Abs. 2 Nr. 2 IfSG war die „Anordnung von Ausgangsbeschränkungen nach Absatz 1 Nummer 3 des § 28 a IfSG, nach der das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken zulässig ist“, „nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre“. Sie waren für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag erlaubt (§ 28 a Abs. 1 IfSG neuer Fassung), können nach Absatz 8 des § 28 a IfSG, der maßgeblich ist, wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht festgestellt ist, angeordnet werden.

Weder die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 noch die Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022 Berlins treffen Ausgangsbeschränkungen. Diese können als solche nicht aus den Regelungen zu Absonderung des § 7 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin abgeleitet werden, obwohl Absonderungspflichten auch den Ausgang unterbinden können, wenn mit dem Ausgang Zusammenkünfte mit anderen Menschen verbunden sind. Kontakte mit anderen Menschen genügen nicht, weil, wie zu 8 erörtert, keine Kontaktverbote bestehen.

Die Ausgangsbeschränkungen sind nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG einschneidender, wenn Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war.

§ 28 b Abs. 1 Nr. 2 in der Fassung vom 22. April 2021 lautete:

„(1) ¹ Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

1. ... (dazu f und g)

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

- a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,
- b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,
- c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,
- d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,

- e) der Versorgung von Tieren,
- f) aus ähnlich gewichtigen oder unabweisbaren Zwecken oder
- g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen;“

Ausgangsbeschränkungen beeinträchtigen Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG wie auch in Art. 8 Abs. 1 S. 2 VvB und in anderen Landesverfassungen geschützte „Freiheit der Person“, die Bewegungsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht im Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) zum Hauptgegenstand seiner Überlegungen zur Ausgangssperre gemacht hat (Rnrn. 238 ff.), aber gegebenenfalls auch den Kern des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und den Landesverfassungen, sowie die allgemeine Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG schützt, gegebenenfalls auch Rechte aus weiteren Grundrechten, etwa die Berufsfreiheit.

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 205 ff., 238 ff., neben den Kontaktbeschränkungen, die es implizit auf die Regelung der privaten Zusammenkünfte in § 28 b Abs. Nr. 1 IfSG gestützt hat, auch die nach § 28 b Abs. 1 Nr. 2 IfSG für alle geltenden Ausgangsbeschränkungen (dazu die zu A II 1 und 2 zitierte Presseerklärung zu dem Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021) mit den Zwecken des Lebens- und Gesundheitsschutzes und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in der Pandemie gerechtfertigt (dazu II 2 b).

Eine Rechtfertigung für Ausgangsbeschränkungen wegen der Möglichkeit der Infektion gibt es nicht. Die Quarantänepflichten setzen positive Tests voraus, die eine konkrete oder auch abstrakte Gefahr der Infektion anzeigen können. Wenn man die Dogmatik der notständigen Infektionsgefahr zugrundelegt, lassen sich freilich auch Ausgangsbeschränkungen rechtfertigen, wie sie das Bundesverfassungsgericht praktiziert hat (BVerfG Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021, Rnrn. 238 ff.).

10. Arbeitsstätten

Die besonderen Regelungen über die Schutzmaßnahmen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Arbeitsstätten des § 28 b IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 sind durch das Infektionsschutzänderungsgesetz vom 18. März 2022 zu 6 a aufgehoben. § 28 b IfSG in der Fassung vom 18. März 2022 (zu 6 b des Infektionsschutzänderungsgesetzes) wie auch noch in der Fassung vom 28. Juni 2022 enthält gegenüber den Bestimmungen in § 28 b IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 veränderte Bestimmungen für den Luftverkehr und den öffentlichen Personenfernverkehr. § 29 b IfSG in der Fassung vom 10. Dezember 2021 galt nach Absatz 7 bis zum Ablauf des 19. März 2022. Rechtsverordnungen auf Grund dessen Absatz 6 Satz 1 traten spätestens mit dem Ablauf des 19. März außer Kraft. Die Fristen konnte der Deutsche Bundestag durch Beschluß nach Maßgabe des Absatzes 7 Satz 3 verlängern. In dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 18. März 2022 wurde zu 6 d aa Absatz 7 des § 28 b IfSG zu Absatz 2 und in Satz 1 des Absatz 7 des § 28 b IfSG die Angabe „19. März 2022“ durch die Angabe „23. September 2022“ ersetzt. Zu bb) wurden die Sätze 2 und 3 aufgehoben.

Die infektionsschutzrechtlichen Vorschriften für Arbeitsstätten sind exemplarisch und können zukünftigen Politiken ein Beispiel geben.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat am 21. Januar 2021 auf Grund des § 18 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz, der durch Artikel 1 Nr. 1 lit. b des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3334) eingefügt worden ist, die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung erlassen (Corona-ArbSchV). Sie ist mit Wirkung des 25. Mai 2022 außer Kraft getreten.

Die Corona-ArbSchV hat die Pflichten der Arbeitgeber zum betrieblichen Infektionsschutz näher geregelt. In ihrer letzten Fassung vom 16. März 2022 waren die Pflichten der Arbeitgeber schon wesentlich abgemildert worden. Das Angebot von Home-Office-Tätigkeit, das wöchentliche Bereitstellen von Antigen-Tests und Atemschutzmasken sowie die Verminderung betriebsbedingter Personenkontakte waren nicht mehr als Pflicht ausgestaltet, sondern nur noch als Maßnahmen ermöglicht, deren Erforderlichkeit zur Gewährleistung der Sicherheit vom Arbeitgeber zu prüfen ist.

Die Anwendbarkeit der Corona-ArbSchV war vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales bislang mehrmals verlängert worden. Mit dem Außerkrafttreten der Corona-ArbSchV am 26. Mai 2022 haben auch die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregeln, die unter Koordination der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin gemeinsam von den Arbeitsschutzausschüssen beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstellt worden waren, ihre Wirksamkeit verloren. Die Arbeitsschutzregeln soll aber weiterhin fortgeschrieben werden, damit später auf eine aktuelle Fassung zurückgegriffen werden kann. Die Neufassung der Verordnung vom 16. März 2022 sah vor, daß Basisschutzmaßnahmen in betrieblichen Hygienekonzepten unter Berücksichtigung des regionalen Infektionsgeschehens sowie besonderer tätigkeitsspezifischer Infektionsgefahren festgelegt sowie Beschäftigte bei der Wahrnehmung von Impfangeboten unterstützt werden.

Ab dem 26. Mai 2022 unterliegen Arbeitgeber nur noch der allgemeinen Verpflichtung aus dem Arbeitsschutzgesetz, durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Diese Gefährdungsbeurteilung muss jeweils dem Infektionsgeschehen angepasst werden. Die Arbeitgeber müssen jedoch im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung basierend auf der DGUV Vorschrift 1 „Grundsätze der Prävention“ sowie dem Arbeitsschutzgesetz erforderliche Maßnahmen zur Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren treffen. Schutzmaßnahmen vor SARS-CoV-2 müssen somit auch weiterhin eigenverantwortlich vom Arbeitgeber fest-gesetzt werden, um das Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bei der Arbeit zu minimieren und die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten damit zu wahren. Dabei können - abhängig von der jeweils aktuellen Infektionslage und den Infektionsrisiken am Arbeitsplatz - weiterhin Basisschutzmaßnahmen (AHA-L), die in den Betrieben bereits umgesetzt werden, einen wirksamen Schutz darstellen. Je nach Gefährdungsbeurteilung kann es weiterhin sinnvoll sein, einen Teil der bestehenden Infektionsschutz-Maßnahmen weiterzuführen. Regelungen über den Gesundheitsschutz im Betrieb, die nicht nur gesetzliche oder tarifliche Vorgaben umsetzen, sind grundsätzlich mitbestimmungspflichtig.

Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21. Januar war nach § 4 am 15. März 2021 außer Kraft getreten. Ihre Geltung war verlängert worden und nach mehreren Änderungen auch einer Neufassung nach § 5 am 25. Mai 2022 außer Kraft getreten. Seit dem 1. Oktober 2022 ist die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wieder in Kraft. Sie gilt (vorerst) bis zum 7. April 2023. Die Rechtmäßigkeit der Verordnung bestimmt sich nach den Verfassungsvorschriften, die in dieser Schrift herangezogen worden sind. Arbeits- und arbeitsverfassungsrechtliche Vorschriften kommen hinzu. Ihre Erörterung ist nicht geboten.

11. Grundrechtliche Quintessenz

Die grundrechtliche Fragwürdigkeit der Verpflichtung der Allgemeinheit zu Infektionsschutzmaßnahmen ohne Notstandsverfassung gebietet es, von der Dogmatik der notständigen Infektionsgefahr (dazu zu III 6 und IX) Abstand zu nehmen und, dem Wortlaut des Infektionsschutzgesetzes gemäß, auf die Dogmatik der Polizeigefahr im herkömmlichen und bewährten Sinne zurückzugreifen. Dadurch werden Grundrechtsverletzungen vermieden. Eine solche Praxis würde dem Rechtsstaat gerecht. Die Engpässe in den Normalstationen in Krankenhäusern rechtfertigen die schweren Grundrechtseingriffe keinesfalls. Die Intensivstationen sind nicht überlastet. Deutschland hat genügend Kapazitäten für die Intensivbehandlung (Professor A. Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022). Der Staat ist nicht befugt, die gesamte Bevölkerung in Pflicht zu nehmen, um die Fehler auszugleichen, mit denen er das Gesundheitssystem geschwächt hat. Die Kontrolle der Krankenhäuser könnte die Berechtigung der Sorgen um die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems aufzeigen. Die Privatisierung der Krankenhäuser hat schon zu manchen nur am Geschäft orientierten Praktiken der Krankenhausbetreiber geführt. Der Mangel an Pflegepersonal, ein schweres Versagen des Staates, zumal des Schul- und Ausbildungssystems, aber auch der Aufhebung der allgemeinen Dienstpflichten, kann und darf nicht durch Grundrechtsverletzungen kompensiert werden. Wegen der Schutzpflichten des Staates, wie auch immer diese begründet sind (dazu zu IV 1), ist mit den polizeirechtlichen Mitteln der notwendigen Infektionsabwehr Genüge getan.

Wegen der allseitigen schweren Eingriffe in die Grundrechte durch die allgemeine Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 dürfen die Infektionsabwehrmaßnahmen allenfalls sehr zurückhaltend eingesetzt werden. Eine hinreichend konkrete Polizeigefahr mag noch angenommen werden können, wenn jemand sich hinreichend lange in einem Raum mit Menschen aufgehalten hat, von denen einige, zumindest einer, ansteckend mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert war, etwa ein sogenannter Superspreader. Aber in einer solchen Lage sind die allermeisten Menschen in Deutschland nicht. Auch eine notständige epidemische Infektionsgefahr vermag nicht jede Art von Schutzmaßnahmen zu rechtfertigen, keinesfalls die Impfpflicht.

VIII

Verpflichtung zur Schutzimpfung

1. Problematik einer allgemeinen Impfpflicht

Vor der Bundestagswahl im September 2021 haben sich Politiker von Parteien, die sich Chancen versprechen konnten, Bundestagsmandate zu erlangen, gegenseitig übertroffen, zu erklären, es wird mit ihnen keine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geben. Die Entwicklung des mutierenden

Virus und der Infektionen und Erkrankungen mit/an dem Virus, vor allem aber die zeitweilige Überlastung der Krankenhäuser, zumal der Intensivstationen, mangels Pflegekräften haben, wenn nicht vorgetäuscht, diese Politiker zu einer Impfpflicht gedrängt (vgl. BVerfG, Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Ls. 4 a). Der Hilferuf von Immunologen, von Medien und von Politikern, auch Ministerpräsidenten Deutschlands, ist stetig lauter geworden, eine Impfpflicht einzuführen. Der Bundeskanzler Olaf Scholz hat erklärt, im frühen Jahr 2022 solle die Impfpflicht zur Vorbeugung gegen eine fünfte Welle von Infektionen, Erkrankungen und zunehmenden Mangel an Möglichkeiten der Intensivpflege vorgeschrieben werden. Für in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen tätige Menschen besteht in Deutschland bereits die Impfpflicht (dazu zu 2 c). In diesen Gefahrenfällen sind Schutzmaßnahmen gerechtfertigt, eine Impfpflicht nur, wenn diese überhaupt gerechtfertigt werden kann.

Impfpflichten sind in Deutschland nicht neu. Es hatte Pandemien oder Epidemien mit noch größeren Infektionsmöglichkeiten als die des Coronavirus SARS-CoV-2 immer wieder gegeben. Die Pocken haben die Menschheit seit Menschengedenken, in Europa mehr als zwei Jahrtausende seit der Einschleppung durch die Römer, in Deutschland bis in die 70 Jahre des vorigen Jahrhunderts (Saarland), gequält und in manchen Gebieten, auch in Deutschland, immer wieder zahllose Opfer gefordert. Nur die Pest durch das Bakterium *Yersinia pestis* war verheerender, die, gut erforscht, mehr als zwei Jahrtausende immer wieder in schneller Folge ausbrach und große Teile der betroffenen Lebensräume dahintraffte, in jüngerer Zeit im europäischen Raum vor allem der Schwarze Tod im 14. Jahrhundert, der ein Drittel der Europäer, aber auch die im und nach dem dreißigjährigem Krieg im 17. Jahrhundert und die Große Pest im frühen 18. Jahrhundert mit über einer Millionen Toten. Ausgerottet ist die Pest nicht. Die Pocken gelten weltweit als ausgerottet. Die Affenpocken sind es nicht. Die Pockenimpfungen waren ein Segen. Verschiedentlich wird behauptet, daß auch in Deutschland in jüngerer Zeit wieder Pockenviren gefunden wurden. Gegen die verheerende Spanische Grippe im und nach dem Ersten Weltkrieg, vom April 1918 bis zum März 1920, die geschätzt 20 bis 50 Millionen Menschenleben gekostet hat, freilich in Zeiten großer Not, gab es keinen Impfschutz. Die Masern sind auch hochansteckend. Sie treffen vor allem Kinder. Sie müssen gegen die Krankheit geimpft werden. Die Impfungen sind hilfreich. Die gefürchtete Kinderlähmung ist durch doppelte Impfung weitestgehend verschwunden. Die Corona-Pandemie erreicht die Nöte dieser Seuchen nicht entfernt. Dennoch hat sie einen Notstand geschaffen, der ohne Schutzmaßnahmen weitaus größer sein dürfte.

Eine ‚Gefahr‘ stellen die nicht geimpften Personen nicht deswegen dar, weil sie es erschweren, die gewünschte Herdenimmunität zu erreichen, ganz abgesehen davon, daß diese durch die Impfung nicht erreicht wird; denn auch, wer zwei- oder auch dreifach geimpft ist, kann die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in sich tragen, nicht weniger als die Menschen, die nicht geimpft sind. Das bestätigen, entgegen früheren ‚Erkenntnissen‘, die Forschungen der Fachleute jetzt fast übereinstimmend, auch das RKI. Die Propaganda der öffentlich-rechtlichen Medien und von Politikern mit Versprechungen für die Gesundheit der Geimpften und Vorwürfen wegen eines Mangels an Solidarität der nicht Geimpften mit den ‚Alten und Kranken‘, hat sich als substanzlos erwiesen. Eine Herdenimmunität mag die Infektionsmöglichkeit zurückdrängen. Sie ist kein Rechtsgebot. Ein solches Gebot der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 einzuführen, ist unter Rechtsgesichtspunkten nicht tragfähig, auch nicht, dieses durch Schikanen gegen die Personen, die ‚immer noch‘ nicht geimpft sind, zu

ersetzen. Auch die bundesverfassungsgerichtliche Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr leistet mangels einer Notstandsverfassung keine Rechtgrundlage für eine Impfpflicht. Die Abwehrkraft der Grundrechte ist zu stark.

Das Prinzip der Rechtllichkeit einer Impfpflicht darf der Staat nicht mit Mitteln des mehr oder weniger sanften Zwanges zum Impfen umgehen, um den Schein von Freiwilligkeit der Impfung zu erzeugen. Die Androhung erheblicher Nachteile für nichtgeimpfte Personen kann, wenn sie verwerflich ist, strafbare Nötigung (§ 240 StGB) sein. Die strafrechtliche Problematik, ob die Gesetzlichkeit der nachteiligen Maßnahmen die Verwerflichkeit derselben aufhebt, hängt von deren Verfassungsmäßigkeit ab. Die „psychisch vermittelte Zwangswirkung“, die dem körperlichen Zwang gleichartig sei, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, die Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt, zurückgewiesen (Ls. 3 a, Rnrn. 242, 246 ff.; i. d. S. schon BVerfGE 105, 279 (300 ff.); 110, 177 (191); 113, 63 (76 f., Rnrn. 52 ff. „faktische Nachteile“). Der Staat hat befürchtet, wohl nicht zu Unrecht, daß eine gesetzliche Impfpflicht von den Verfassungsgerichten wegen der erheblichen Gefahr der Impfung für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der geimpften Menschen oder vieler oder auch nur einzelner dieser Menschen als Verletzung des Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und damit als Verstoß gegen die Verfassung zurückgewiesen wird. Mit der Gefährdung des Lebens und der Gesundheit beeinträchtigt die Impfpflicht die Würde des Menschen. Zudem wird die Impfung und erst recht die Impfpflicht von einer relevanten Minderheit der Bevölkerung strikt abgelehnt. Dennoch haben der Bundestag und der Bundesrat am 10. Dezember 2021 entgegen allen gegenläufigen Zusagen von Politikern § 20 a in das Infektionsschutzgesetz (zitiert im Anhang zu 1 d) eingefügt. Die Novelle verpflichtet die zunächst einmal im Gesetz aufgeführte Gruppen in Einrichtungen und Unternehmungen zur Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Der Druck der medialen Öffentlichkeit, diesen Gruppen die Impfpflicht aufzuerlegen, war zu groß geworden. Schon diese Maßnahme ist verfassungsrechtlich bedenklich.

Eine allgemeine Verpflichtung zur Schutzimpfung wurde seit Wochen (Stand 20. März 2022) in der Öffentlichkeit und in den Parteien intensiv diskutiert. Es war nicht sicher, daß im Bundestag die Mehrheit der Abgeordneten einer solchen Maßnahme zustimmen werde. Die Bundesregierung hat keinen Gesetzesvorschlag unterbreitet, weil zum einen in der Koalition keine Einigkeit erzielt worden sein dürfte und zum anderen der Bundeskanzler befürchten mußte, daß ein Antrag der Bundesregierung, die allgemeine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu beschließen, aus rein parteipolitischen Gründen keine Zustimmungen von Abgeordneten der Oppositionsfraktionen findet, die an sich in der Sache der Maßnahme zuzustimmen bereit wären. In den Fraktionen der Regierungskoalition gab und gibt es nicht wenige Gegner der Maßnahme. Eine Abstimmungsniederlage hätte die geringe Stabilität der Regierungsmehrheit des Bundeskanzlers, der sich ‚als Abgeordneter‘ für die allgemeine Impfpflicht ausgesprochen hat, gezeigt. Den Mitgliedern des Parlaments ist die Zustimmung oder Ablehnung der Maßnahme „aus ethischen Gründen“ freigestellt, eine peinliche Verfassungswidrigkeit in einem Parlament, in dem die Abgeordneten als „Vertreter des ganzen Volkes“, also nicht von Parteien, gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind“. Längst ist die Republik, die demokratisch sein muß (Art. 20 Abs. 1 GG), zu einem oligarchischen Parteienstaat (K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1086 ff.) geworden,

in dem Ausnahmen von geradezu systemischen Verfassungsverstößen wie dem Fraktionszwang der Öffentlichkeit als „ethische“ Ausnahme von der politischen Normalität dargeboten werden. Die Wissenschaft von der Freiheit heißt Ethik. „Diese wird Sittenlehre genannt“ (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 11). Demgemäß ist „das Gewissen über alle freien Handlungen der innere Richter“ (Kant, Metaphysik der Sitten, S. 572 ff., 574), der Gerichtshof der Sittlichkeit (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 266: ders., Das Sittengesetz und gute Sitten, Festschrift Werner Thieme, S. 195 ff.). Freiheitlich ist der Fraktionszwang der Abgeordneten nicht (BVerfGE 10, 4 (15); 11, 288 (273); 112, 118 (135); H. Hamm-Brücher, Abgeordneter und Fraktion, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, S.673 ff., 678 f., 690 f., 698 f., 694 f.; K. A. Schachtschneider, Res populi res populi, S. 1087 f. mit weiteren Hinweisen; S. Magiera, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 38, Rn. 50).

Eine Impfpflicht muß den Grundrechten genügen und vor der unantastbaren Würde des Menschen, wie sie das Bundesverfassungsgericht versteht (dazu zu III 6 a, b und c), bestehen können. Das ist mehr als zweifelhaft. Jedenfalls setzt das konkrete Gefahren durch die Menschen voraus, die nicht geimpft sind. Diese Gefahr muß erkennbar, nicht lediglich befürchtet oder nur vermutet sein (dazu zu III 3 a, 6 c, dd, f und g, 4 a; passim), Schon gar nicht genügt die Möglichkeit der Infektion, also die epidemische Infektionsgefahr, wie zu III 6 erörtert, den herkömmlichen Gefahrbegriffen des Polizeirechts. Aber ein ‚Recht‘, andere Menschen in eine konkrete oder abstrakte Gefahr für ihre Gesundheit oder ihr Leben durch eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu bringen, gibt die Menschenwürde nicht, ganz im Gegenteil. Die Menschenwürde ist die Freiheit. Deren Grenze sind die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und insbesondere das Sittengesetz.

Schließlich hat der Deutsche Bundestag am 7. April 2022 die allgemeine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 mit großer Mehrheit abgelehnt.

2. Gesetzliche Impfpflichten

a) § 20 Abs. 6 und 7 IfSG-Bedrohte Teile der Bevölkerung

In § 20 Abs. 6 und 7 IfSG sind Ermächtigungen des Bundesministeriums für Gesundheit und der Landesregierungen ermöglicht, „dass bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist.“ Die Vorschriften finden sich im Anhang 1 b.

Diese Impfpflicht trifft nur den „bedrohten Teil der Bevölkerung“ und nicht die Allgemeinheit. Der Teil der bedrohten Bevölkerung muß sich nach dem Gesetz von dem nicht bedrohten Teil unterscheiden lassen. Der Begriff des „bedrohten Teile der Bevölkerung“ ist nach Inhalt und Ausmaß, nämlich der betroffenen Bevölkerung, unbestimmt. Schon wegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG sind die Ermächtigungen verfassungswidrig. Auch für die „bedrohten Teile der Bevölkerung“ gelten die Grundrechte und auch deren Würde ist unantastbar.

b) § 20 Abs. 8 und Abs. 9 IfSG- Masern

§ 20 Abs. 8 und Abs. 9 IfSG kennt eine durchsetzungsstarke Impfpflicht gegen Masern. Diese Vorschriften sind im Anhang zu 1 c wiedergegeben. Verfassungsbeschwerden gegen diese Impfpflicht hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 21. Juli 2022 (siehe A II 1 e) mittels einer verfassungskonformen Interpretation des Gesetzes, die das Gesetz dem Grundgesetz angepaßt hat, zurückgewiesen. Bereits die Anträge auf einstweilige Anordnungen hat das Bundesverfassungsgericht (Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. Mai 2020 - 1 BvR 469/20) abgelehnt. Masern sind hoch infektiös und verlaufen meist tödlich.

Weitere Vorschriften geben nähere Regeln. Deutschland kannte also bereits eine Impfpflicht vor der Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 für Personen, die in bestimmten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind.

c) § 20 a IfSG-Einrichtungen oder Unternehmen

Durch § 20 a IfSG besteht eine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 für Personen, die in Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, die Absatz 1 des § 20 a IfSG auflistet, etwa in Krankenhäusern, in Alten- und Pflegeheimen. Die Menschen in der Obhut dieser Einrichtungen und Unternehmen gelten durch Krankheit, Alter oder aus anderen Gründen als besonders vulnerabel. Die Vorschrift ist im Anhang zu 1 d zitiert. Ab dem 15. März 2022 sollten die zur Impfung verpflichteten Personen in den Einrichtungen und Unternehmen nicht mehr tätig sein dürfen, wenn sie die vorgeschriebene grundimmunisierende oder aufgefrischte Impfung nicht den Verantwortlichen nachgewiesen haben oder nach Fristsetzung des Gesundheitsamtes nicht nachweisen. Das Gesundheitsamt konnte und kann dann die Tätigkeit untersagen (§ 20 a Abs. 3 S. und Abs. 5 S. 3 IfSG). Diese Schutzmaßnahme ist, wie zu erwarten war, in der Praxis gescheitert, nicht nur weil sie verfassungswidrig ist, wie jede Impfpflicht, sondern auch, weil die Gesundheitsämter, ohnehin überfordert, nicht auch noch diese Aufgabe bewältigen konnten und können. Es fehlen, heißt es, allein in Berlin hundertfünfzig Mitarbeiter in den Gesundheitsämtern. Viele der Mitarbeiter sind krank oder melden sich krank, warum auch immer. Die Angestellten im öffentlichen Dienst Deutschlands sind keine Freiberufler. Die Gesundheitsämter schaffen die Verwaltungsaufgaben ohnehin nicht mehr. Bayern will die ohnehin verfassungswidrige Regelung abschaffen. Andere Länder werden dem ‚guten Beispiel‘ folgen. Die Einrichtungen, aber auch Unternehmen, deren Mitarbeiter durch die Regelung des § 20 a IfSG zur Impfung verpflichtet, wenn nicht genötigt werden, könnten die Arbeit ohne die untersagte Tätigkeit nicht bewältigen. Die betroffenen Einrichtungen und Unternehmen sind vielfach Stätten der zu III 5 dargelegten abstrakten Gefahr von Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und von Erkrankungen an dem Virus, schon weil sie vulnerable Menschen betreuen. Eine Impfpflicht rechtfertigt diese besondere Gefahrensituation nicht, aber die sonstigen Schutzmaßnahmen, insbesondere den Mund-Nasen-Schutz und den Nachweis negativer Testung der Corona-Infektion. Der Termin für das Tätigkeitsverbot ist inzwischen abgelaufen. Daß Mitarbeiter entlassen wurden ist nicht bekannt. Die Gesundheitsämter haben ihre gesetzlichen Aufgaben nicht erfüllen können, vielleicht auch nicht wollen, weil die Impfung der unverzichtbaren Arbeitskräfte nicht durchgesetzt werden konnte und kann. Das Verbot, die Einrichtung oder das Unternehmen zu betreten oder dort die geschuldete Tätigkeit auszuüben, steht in ihrem Ermessen (§ 20 a Abs. 5 S. 3 IfSG). Sie werden das, hart an der Grenze des Ermessensmißbrauchs, so nutzen, daß den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen die erforderlichen Mitarbeiter bleiben. Wenn notwendige Arbeiten wegen der Impfpflicht nicht mehr verrichtet werden, ist die Impfung

augenscheinlich nicht mehr unverzichtbar, um Gesundheit und Leben der vulnerablen Menschen zu schützen. Die mangelnde, jedenfalls hinreichend gleichmäßige Vollziehbarkeit des Tätigkeitsverbots, weil der Staat § 20 a Abs. 3 S. 3 und Abs. 5 S. 3 IfSG nicht für die erforderlichen Verwaltungsfähigkeiten gesorgt hat, führt zur Rechtsstaatswidrigkeit der Vorschriften und deren Praxis (vgl. BVerfGE 84, 239 ff., Rnrm. 115 ff.; 110, 94 ff., Rnrm.115 ff.). Praktische Vernunft hätte geboten, es bei der Freiwilligkeit der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu belassen.

§ 20 a IfSG regelt den „Immunitätsnachweis gegen Covid-19“ mit umfangreichen, kleinteiligen Vorschriften.

Die Einführung des § 22 a in das Infektionsschutzgesetz durch Art. 4 G v. 18. März 2022 (BGBl 2022 Teil I Nr. 10 vom 18. März 2022 473) hat die Nachweispflichten für die Impfung und die Testung, die Covid-19 Zertifikate und Verordnungsermächtigungen näher geregelt. Die Vorschrift ist im Anhang zu 1 e wiedergegeben. Diese Neureglung beeinflusst die Argumentation zur Impfpflicht nicht.

Nach § 20 a Abs. 1, 2, 3 und 5 IfSG gefährdet die Entscheidung gegen die Impfung das Arbeitsverhältnis der impfunwilligen Personen, die in den Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, trotz deren Grundrechtsschutzes. Das Verbot, auch für langjährige Mitarbeiter, etwa in einem Pflegeheim tätig zu sein, kann zur Kündigung aus wichtigem Grunde führen, selbst wenn der Betroffene in der Verwaltung der Einrichtung oder des Unternehmens arbeitet. Die Tätigkeit kann das Gesundheitsamt nach seinem Ermessen untersagen, wenn der Mitarbeiter nach Fristsetzung die Impfung nicht nachgewiesen hat (§ 20 a Abs. 5 IfSG). Der Gesetzgeber geht davon aus, daß die Verpflichtung zur Impfung beispielsweise die Heimbewohner schützt, und berücksichtigt nicht, daß geimpfte Mitarbeiter nicht weniger infektiös sein können als geimpfte Mitarbeiter (dazu zu 5). Die Gefahr des Verlustes des Arbeitsplatzes, die der Gesetzgeber ermöglicht hat, ist verfassungswidrig. Den Mitarbeitern, zumal den älteren, bleibt nichts anderes übrig, als sich der Impfpflicht zu fügen, wenn sie nicht ihren Arbeitsplatz mit allen mit dem Arbeitsverhältnis verbunden Rechten verlieren wollen.

Wenn schon die Untersagung der Tätigkeit in den Einrichtungen und Unternehmen vom Staat durch Gesetz ermöglicht wird, muß die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen durch mildere Mittel als durch Untersagung der Tätigkeit gewahrt werden. Zunächst müssen den betroffenen, regelmäßig nicht infizierten, Mitarbeitern andere, weniger möglicherweise Dritte gefährdende, Tätigkeiten zugewiesen werden, zu denen die Mitarbeiter befähigt sind. Sonst muß der Staat dem Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten verpflichtet wird, ähnlich der Kurzarbeiterfinanzierung nach der Kurzarbeitergeldverordnung, verlängert bis zum 31. März 2022, die Lohnkosten erstatten, aber auch den Einrichtungen und Unternehmungen nach Möglichkeit andere Kräfte stellen, die sie für ihre Aufgaben benötigen. Das wird der Staat kaum schaffen, der kurzzeitig die allgemeinen Dienstpflichten für Frauen und Männer (Bundeswehr) abgeschafft hat. Auch für die betroffenen Einrichtungen und Unternehmen ist diese Schutzmaßnahme gegen die Infektionen mit Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 eine schwere Belastung, weil die Arbeitskräfte verlorengelassen, die nicht oder kaum ersetzbar sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Impfpflicht in Einrichtungen und Unternehmen grundrechtlich gebilligt (dazu zu 3 d).

d) § 17a Soldatengesetz

§ 17a Soldatengesetz verpflichtet Soldaten, Männer wie Frauen, Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu dulden. Die Vorschrift lautet in Auszügen:

§ 17a Soldatengesetz

(1) Der Soldat hat alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um seine Gesundheit zu erhalten oder wiederherzustellen. Er darf seine Gesundheit nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig beeinträchtigen.

(2) Der Soldat muss ärztliche Maßnahmen gegen seinen Willen nur dann dulden, wenn sie

1. der Verhütung oder Bekämpfung übertragbarer Krankheiten dienen
oder

2. der Feststellung seiner Dienst- oder Verwendungsfähigkeit dienen.

Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. In den Fällen des Satzes 1 Nummer 1 bleibt § 25 Absatz 3 Satz 3 des Infektionsschutzgesetzes unberührt.

(3) Einfache ärztliche Maßnahmen wie Blutentnahmen aus Kapillaren oder peripheren Venen und röntgenologische Untersuchungen hat der Soldat zu dulden.

(4) Lehnt der Soldat eine zumutbare ärztliche Maßnahme ab und wird dadurch seine Dienst- oder Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt, kann ihm die Versorgung insoweit versagt werden. Nicht zumutbar ist eine ärztliche Maßnahme, die mit einer erheblichen Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem Beschluß vom 7. Juli 2022 zu den Aktenzeichen BVerwG 1 WB 2.22 und 1 WB 5.22 die Impfpflicht der Soldaten auf Grundlage soldatenrechtlicher Dienstvorschriften bestätigt (siehe A II 2 b).

3. Judikatur zur Impfpflicht

a) Überblick

Überblick über die zu A II aufgeführte und soweit möglich und nötig in Pressemitteilungen der Gerichte bekanntgemachte Judikatur:

aa) Zum Beschluß zur Impfpflicht gegen Masern vom 21. Juli 2022 hat das Bundesverfassungsgericht am 18. August 2022 eine Pressemitteilung veröffentlicht. Diese ist zu A II 1 e wiedergegeben. Die Erste Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hatte im Beschluß vom 11. Mai 2020 in Sachen 1 BvR 469/20 und 1 BvR 470/20 den Antrag auf einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen § 20 Abs. 8 Satz 1 bis 3 i.V.m. Abs. 9 Satz 1 und 6 und Abs. 12 Satz 1 und 3 sowie i.V.m. Abs. 13 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in der Fassung des Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10. Februar 2020 (BGBl I S. 148) abgelehnt.

bb) Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021 zur sogenannten Bundesnotbremse ist für diese Abhandlung zu den Schutzmaßnahmen gegen das von grundlegender

Bedeutung. Ich weise oft auf den Beschluß hin und zitiere im Text Erörterungen des Gerichts zu vielen Randnummern. Zu A II 1 b ist die Pressemitteilung des Gerichts zu diesem Beschluß wiedergegeben.

cc) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juli 1959 zur Impfpflicht gegen Pocken ist zu A II 2 a kurz angesprochen. Dessen Leitsatz ist zitiert.

dd) Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem Beschluß vom 7. Juli 2022 zu den Aktenzeichen BVerwG 1 WB 2.22 und 1 WB 5.22 die Impfpflicht der Soldaten auf Grund der Allgemeinen Regelung zur Durchführung der Covid-19-Impfung als dienstliche Maßnahme i.S. des § 17 Abs. 3 Satz 1 WBO bestätigt. Es ist im Wesentlichen dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 2022 gefolgt. Es hat eine Pressemitteilung (Nr. 44/2022) vom 7. Juli 2022 veröffentlicht, die zu A II 2 b wiedergegeben ist.

ee) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in drei Verfahren Menschenrechtsbeschwerden wegen der Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 abgelehnt. Von den Entscheidungen ist zu A II 3 knapp berichtet.

Es gibt weitere Judikate zu den Schutzmaßnahmenpflichten gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die in dieser Schrift nicht angesprochen sind. [Prüfen](#)

b) Bundesverfassungsgericht Beschluß vom 10. Februar 2022

Im Beschluß vom 10. Februar 2022, von dem zu A II 1 c berichtet ist, hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Eilverfahren die beantragte einstweilige Anordnung in den Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht des § 20 a IfSG abgelehnt. Die wesentliche Begründung des Beschlusses ist zu A II 3 zitiert. Die Ausführungen des Beschlusses sind derart substantiell, daß in der Hauptsache keine andere Entscheidung erwartet werden konnte.

Der Beschluß vom 10. Februar 2022 stützt die Politik der Exekutive und der Legislative, die von der großen Mehrheit der Bevölkerung geteilt wird. Dazu haben die Medien erheblich beigetragen. Die Impfungen schützen, wie zu 5 dargelegt werden wird, nicht vor Infektionen, weder davor angesteckt zu werden noch davor, andere Menschen anzustecken.

c) Bundesverfassungsgericht Beschluß vom 27. April 2022

aa) Im Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsbeschwerden gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht des § 20 a IfSG zurückgewiesen. Die Pressemitteilung über den Beschluß vom 19. Mai 2022 ist zu A II 1 d wiedergegeben. Das Gericht gibt dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Vielen gegen die Gefährdung durch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in den Einrichtungen und Unternehmen den Vorrang vor dem Schutz der Wenigen in deren Leben und deren körperlicher Unversehrtheit gegen die Gefährdung durch die Impfungen. Es bricht ohne Erörterung oder Erwähnung des Urteils des Ersten Senats zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz (BVerfGE 115, 118 ff. vom 15. Februar 2006, 1 BvR 375/05) mit der Rechtsprechung der Unantastbarkeit der Würde auch der zur

Solidarität verpflichteten oder genötigten Menschen (dazu zu 6 b bb). Zu den Rnrrn. 137 bis 139 dieses Urteils heißt es:

„137

5) Schließlich lässt sich § 14 Abs. 3 LuftSiG auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten derjenigen rechtfertigen, gegen deren Leben das im Sinne von § 14 Abs. 3 LuftSiG als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden soll.

138

Dem Staat und seinen Organen kommt bei der Erfüllung derartiger Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu (vgl. BVerfGE 77, 170 [214]; 79, 174 [202]; 92, 26 [46]). Anders als die Grundrechte in ihrer Funktion als subjektive Abwehrrechte sind die sich aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte ergebenden staatlichen Schutzpflichten grundsätzlich unbestimmt (vgl. BVerfGE 96, 56 [64]). Wie die staatlichen Organe solchen Schutzpflichten nachkommen, ist von ihnen prinzipiell in eigener Verantwortung zu entscheiden (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]; 96, 56 [64]). Das gilt auch für die Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens. Zwar kann sich gerade mit Blick auf dieses Schutzgut in besonders gelagerten Fällen, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist, die Möglichkeit der Auswahl der Mittel zur Erfüllung der Schutzpflicht auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen (vgl. BVerfGE 46, 160 [164 f.]). Die Wahl kann aber immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht.

139

Daran fehlt es im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG. Die Anordnung und Durchführung der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nach dieser Vorschrift lässt außer Betracht, dass auch die in dem Luftfahrzeug festgehaltenen Opfer eines Angriffs Anspruch auf den staatlichen Schutz ihres Lebens haben. Nicht nur, dass ihnen dieser Schutz seitens des Staates verwehrt wird, der Staat greift vielmehr selbst in das Leben dieser Schutzlosen ein. Damit missachtet jedes Vorgehen nach § 14 Abs. 3 LuftSiG, wie ausgeführt, die Subjektstellung dieser Menschen in einer mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise und das daraus für den Staat sich ergebende Tötungsverbot. Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten.“

bb) In den Würdeschutz hat das Gericht das Leben und die Gesundheit einbezogen, auch Leben und Gesundheit nur eines einzelnen Menschen, die der Staat im Interesse anderer nimmt. Leben und Gesundheit beeinträchtigt der Staat auch durch die Impfpflicht oder die Nötigung zur Impfung. Jedenfalls gefährdet er das Leben und die Gesundheit von Menschen. Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit des Schadens, also des Todes oder der Erkrankung (dazu vor allem zu III 5). Der Staat, der zur Impfung verpflichtet oder nötigt, ist der Störer. Er hat die Würde der Menschen mißachtet, die sterben oder leiden.

In den Leitsätzen 1 und 2 und zu den Rdnr. 109 bis 114 des Beschlusses vom 27. April 2022 zur einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfpflicht des § 20 a IfSG legt der Senat dar, daß die Impfnachweispflicht in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, welches das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt, mittelbar eingreift, weil an die Ablehnung der Impfung Nachteile geknüpft sind. Die Leitsätze 1 und 2 dieses Beschlusses lauten:

1. Staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem direkten Eingriff in Grundrechte als funktionales Äquivalent gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden. Als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen

Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen, wenn ein Gesetz an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine nachteilige Folge knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.

2. Die in § 20a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gleich. Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen; die Konfrontation mit diesen Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung.

In den folgenden Randnummern hat der Senat ausgeführt:

109

Die in § 20a IfSG geregelte einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht greift zwar in die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit ein (1). Der Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt (2 und 3).

110

Es liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vor.

111

a) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt die körperliche Integrität des Grundrechtsträgers und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht (vgl. BVerfGE 128, 282 <300>; 129, 269 <280>; 146, 294 <310 Rn. 26>; 158, 131 <152 f. Rn. 56>). Es bleibt vom Grundsatz her dem freien Willen der Grundrechtsträger überlassen, ob und welche medizinischen Maßnahmen sie für sich in Anspruch nehmen wollen. Das Selbstbestimmungsrecht umfasst auch – eigenverantwortlich getroffene – medizinisch unvernünftige Entscheidungen (vgl. BVerfGE 142, 313 <339 Rn. 74>).

112

b) Dieser Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wird durch die einrichtungs- und unternehmensbezogene Pflicht, insbesondere eine Impfung nachzuweisen, verkürzt, auch wenn § 20a IfSG die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit von der Impfentscheidung der Betroffenen als notwendigem Zwischenschritt abhängig macht.

113

Grundrechtsschutz ist nicht auf unmittelbar adressierte Eingriffe beschränkt. Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden (vgl. BVerfGE 148, 40 <51 Rn. 28>; 153, 182 <265 Rn. 215>; jeweils m.w.N.). Als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG den Einzelnen daher grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit (vgl. dazu BVerfGE 66, 39 <60>) und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Gesetz eine nachteilige Folge an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegen zu wirken (vgl. BVerfGE 110, 177 <191>; vgl. auch EGMR <GK>, Vavříčka and others v. the Czech Republic, Urteil vom 8. April 2021, Nr. 47621/13, § 263 f.).

114

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe liegt hier ein zielgerichteter mittelbarer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor. Zwar setzt die COVID-19-Impfung die vorherige, nach ärztlicher Aufklärung erteilte Einwilligung der Nachweisverpflichteten voraus. Eine Entscheidung gegen die Impfung ist jedoch mit

nachteiligen Konsequenzen verbunden (vgl. dazu auch EGMR <GK>, Vavříčka and others v. the Czech Republic, Urteil vom 8. April 2021, Nr. 47621/13, § 263). Die an sich selbstbestimmt zu treffende Impfentscheidung, also die Entscheidung über das Einbringen eines Stoffes in den Körper, wird damit von äußeren, faktischen und rechtlichen Zwängen bestimmt. Wer ungeimpft bleiben will, muss bei Fortsetzung der Tätigkeit mit einer bußgeldbewehrten Nachweisanforderung (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 1, § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG) und einem ebenfalls bußgeldbewehrten Betretungs- oder Tätigkeitsverbot in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen rechnen (vgl. § 20a Abs. 5 Satz 3, § 73 Abs. 1a Nr. 7f IfSG). Alternativ bleibt nur die Aufgabe des ausgeübten Berufs, ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder jedenfalls der bislang ausgeübten Tätigkeit. § 20a IfSG kommt damit in seiner mittelbar faktischen Wirkung einem direkten Eingriff als funktionales Äquivalent gleich; die Konfrontation mit den erwähnten Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Von daher ist eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit nicht nur ein bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung (vgl. dazu BVerfGE 106, 275 <299>; 116, 202 <222>), sondern die gewollte Folge des staatlichen Handelns und damit eine zielgerichtete mittelbare Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG“.

cc) Die Ausführungen zu den Rnrn. 123 ff., 205 ff., 212 ff., aber auch Rnrn. 149 ff., 219 ff. dieses Beschlusses vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) dienen der materiellen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs in das Leben und die körperliche Unversehrtheit durch die Impfnachweispflicht, also die vorgeschriebene oder abgenötigte Impfung, und die gegenläufige Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der vulnerablen Gruppen in den von Art. 20 a IfSG betroffenen Einrichtungen und Unternehmungen. Zu Rnrn. 205 bis 211 führt der Senat aus:

„205

(2) Danach musste der Gesetzgeber berücksichtigen, dass die mit § 20a IfSG eingeführte einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht erheblich in die betroffenen Grundrechte eingreift (a). Er durfte aber verfassungsrechtlich beanstandungsfrei annehmen, dass die Beschränkungen dem dringlichen Schutz der Rechtsgüter Dritter von überragender Bedeutung dienen (b). In der Abwägung hat der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich zwischen den mit der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht verfolgten Belangen Dritter und den Grundrechtsbeeinträchtigungen gefunden (c), der auch unter Berücksichtigung der jüngsten tatsächlichen Entwicklungen verfassungsrechtlich Bestand hat (d).

206

(a) Die durch § 20a IfSG eingeführte Nachweispflicht greift mit erheblichem Gewicht in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein.

207

(aa) Die zur Erfüllung der Nachweispflicht veranlasste Impfung stellt einen nicht unerheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar. Das Einbringen eines Stoffes in den Körper setzt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts betreffend den eigenen Körper grundsätzlich die Einwilligung der Betroffenen voraus. Die Impfung löst konkrete körperliche Reaktionen aus, die sich als Immunantwort auf die Verabreichung des Impfstoffes darstellen. Zwar klingen diese nach relativ kurzer Zeit vollständig ab. Dies lässt aber die mit der Immunantwort nicht selten einhergehenden Nebenwirkungen wie etwa Kopf- und Gliederschmerzen unberührt, die die Betroffenen auch über mehrere Tage in ihrem körperlichen Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigen können.

208

Daneben können im Einzelfall auch schwerwiegende und/oder länger andauernde Nebenwirkungen oder Impfkomplicationen eintreten. Zwar handelt es sich bei den gemeldeten schwerwiegenden Nebenwirkungen zunächst nur um Verdachtsfälle, die nur zu einem Teil auch nachweislich zwingend kausal auf die Impfung zurückzuführen sind. Auch waren die gemeldeten schwerwiegenden Nebenwirkungen sehr selten und in der Regel nicht von Dauer (vgl. PEI, Sicherheitsbericht vom 26. Oktober 2021 – Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19, S. 5 f., 14, 43). Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass eine Impfung im ganz extremen Ausnahmefall auch tödlich sein kann. Dies erhöht die Eingriffstiefe maßgeblich auch deshalb, weil die Impfung einem in der Regel gesunden Menschen verabreicht wird, und zwar grundsätzlich zweifach und ab 1. Oktober 2022 auch dreifach.

209

Bei der Beurteilung der Eingriffstiefe ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit § 20a IfSG keinen gegebenenfalls hoheitlich durchsetzbaren Impfzwang begründet, sondern den in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen tätigen Personen letztlich die Entscheidung überlässt, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Der Gesetzgeber hat damit zwar die Eingriffstiefe in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG durch den Verzicht auf einen Impfzwang relativiert (vgl. auch EGMR <GK>, Vavříčka and others v. the Czech Republic, Urteil vom 8. April 2021, Nr. 47621/13, § 276). Die Regelung stellt die Betroffenen aber de facto vor die Wahl, entweder ihre bisherige Tätigkeit aufzugeben oder aber in die Beeinträchtigung ihrer körperlichen Integrität einzuwilligen. Insoweit ist regelmäßig auch die Berufsfreiheit der im Gesundheits- und Pflegebereich Tätigen betroffen. Lehnen sie eine Impfung ab, können sie insbesondere dann, wenn es sich um einen typischen und spezialisierten Beruf im Gesundheits- und Pflegebereich handelt, diesen Beruf in der Regel nicht mehr weiter ausüben. Eine Erwerbstätigkeit ist insoweit – jedenfalls für die Geltungsdauer des Gesetzes – nur noch berufsfremd möglich, was für die Betroffenen in besonderem Maße belastend ist, wenn sie etwa zum Erwerb einer (zahn)ärztlichen Approbation eine lange Phase der Berufsqualifikation bewältigen mussten. Soweit andere Berufsfelder betroffen sind, verlieren Betroffene jedenfalls ihren bisherigen Arbeitsplatz oder müssen zumindest innerhalb der Einrichtung oder des Unternehmens ihren Tätigkeitsbereich oder ins reine Home-Office wechseln. Die Intensität der mit der Nachweispflicht verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen erhöht sich weiter dadurch, dass nach einer Anforderung des Gesundheitsamts, den Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist zu erbringen, ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot angeordnet werden kann, wobei beides bußgeldbewehrt ist (vgl. § 73 Abs. 1a Nr. 7f und 7h IfSG). Gleichzeitig drohen angestellt Tätigen in der Regel arbeitsrechtliche Konsequenzen wie insbesondere eine Freistellung ohne Lohnfortzahlung oder eine Kündigung.

210

Die mit der einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht verbundenen Freiheitseinbußen können von den Betroffenen nach dem Außerkrafttreten der angegriffenen Regelungen auch nicht vollständig revidiert oder kompensiert werden, sondern können weiterhin belastende Wirkungen entfalten. Eine durchgeführte Impfung ist irreversibel. Auch ein Wechsel des Berufs oder der konkreten Tätigkeit kann nach über neun Monaten – trotz der hohen Nachfrage nach Arbeitskräften im Gesundheits- und Pflegebereich – nicht sicher wieder rückgängig gemacht werden. Dies gilt zumal für selbständig Tätige, die nach einer über neunmonatigen Praxisschließung auch existenziell betroffen sein können.

211

Hinzu kommt, dass die Nachweispflicht nur eine von bislang vielen belastenden Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung ist und gerade Angehörige der Medizin-, Pflege- und Betreuungsberufe in der Pandemie besonderen Belastungen ausgesetzt waren und sind.“

Zur Schutzverpflichtung gegenüber den vulnerablen Gruppen der betroffenen Einrichtungen und Unternehmen äußert sich der Senat nach Erörterungen der Abmilderungen der Intensität der Eingriffe durch im Normenprogramm des Gesetzgebers enthaltene Umstände zu den Rnrn. 212 bis 216. Zu Rn. 218 stellt der Senat die besondere Hilfs- und Schutzbedürftigkeit der „älteren, auf medizinische Leistungen angewiesenen, pflegebedürftigen und/oder behinderten Menschen“ heraus. Zu Rnrn. 217 und 219 stehen die wesentlichen Sätze zur Schutzverpflichtung des Gesetzgebers und zum Vorrang des Schutzes der vulnerablen Gruppen vor „einer in jeder Hinsicht freien Impfentscheidung“:

„217

(b) Dem Eingriff in die grundrechtlich verbürgte körperliche Unversehrtheit der von der Nachweispflicht betroffenen Personen sind Verfassungsgüter mit überragendem Stellenwert gegenüberzustellen. Es obliegt dem Gesetzgeber, sich in Erfüllung seiner ebenfalls aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Schutzverpflichtung schützend vor das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu stellen (dazu Rn. 155). Damit ist nicht nur die abstrakte Bedeutung dieser Verfassungsgüter angesprochen. Vielmehr verdichtete sich Anfang Dezember 2021 die den Gesetzgeber treffende Schutzverpflichtung gegenüber vulnerablen Personen. Zu dieser Zeit war die pandemische Lage nach einer kurzzeitigen Entspannung im Rahmen der vierten Infektionswelle erneut durch eine besondere Infektionsdynamik geprägt, mit der eine zunehmend größere Infektionswahrscheinlichkeit einherging. Diese wirkte sich insbesondere zum Nachteil vulnerabler Menschen aus, sodass sich der Gesetzgeber in vertretbarer Weise zu einem sofortigen Handeln gedrängt sah“.

„219

(c) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber dem Schutz vulnerabler Menschen den Vorrang vor einer in jeder Hinsicht freien Impfentscheidung gegeben hat. Trotz der hohen Eingriffsintensität, die § 20a IfSG bewirkt, müssen die grundrechtlich geschützten Interessen der im Gesundheits- und Pflegebereich tätigen Beschwerdeführenden letztlich zurücktreten.“

Zu Rnrn. 222 bis 229 bemüht sich der Senat die Impff Gefahren zu relativieren. Er beruft sich zu Rn. 226 wesentlich auf Einschätzungen der STIKO, „dass in der Altersgruppe ab 60 Jahren aufgrund der ansteigenden Letalität einer COVID-19-Erkrankung die Nutzen-Risiko-Abwägung eindeutig zugunsten der Impfung (sc. Dritter) ausfalle“. Zu Rnrn. 230 bis 233 heißt es:

„230

(ee) Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung steht im Ergebnis die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber. Schwerwiegende und/oder länger andauernde Nebenwirkungen oder gravierende Folgen sind auf Extremfälle beschränkt (dazu Rn. 224), während das Infektionsrisiko mit einem regelmäßig schweren und einem in einer nicht nur unerheblichen Zahl auch tödlichen Krankheitsverlauf für die Vulnerablen zum maßgebenden Beurteilungszeitpunkt greifbar war.

231

Auch wenn gravierende Folgen einer COVID-19-Impfung bis hin zum Tod nicht sicher ausschließbar sind, sind diese auf extrem seltene Einzelfälle beschränkt...“ (weitere Sätze).

232

Stellt man diese Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Entscheidungsspielraums in eine Gesamtschau, mithin das besondere Gefährdungspotential für vulnerable Personen, die Beschränkung schwererer Nebenwirkungen und gravierender Folgen auf seltene Einzelfälle sowie die gesetzlich vorgesehenen Milderungen, wie vor allem das Belassen eines relevanten Freiheitsraums

zu Gunsten der von der Nachweispflicht Betroffenen, so beruht es auf einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Abwägung, dass der Gesetzgeber die mit der Nachweispflicht gleichwohl verbleibende hohe Eingriffsintensität als im Verhältnis weniger gewichtig bewertet hat. Das Gewicht des mit § 20a IfSG verfolgten Zwecks und die Erwartbarkeit, dass dieser Zweck jedenfalls gefördert werden kann, standen mithin nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs.

233

Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Einführung der hier angegriffenen einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht war somit in der konkreten Situation der Pandemie und nach Maßgabe der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Erkenntnislage zu den Wirkungen der COVID-19-Schutzimpfungen und zu den großen Gefahren für Leben und Gesundheit vulnerabler Personen verfassungsrechtlich tragfähig und auch unter Berücksichtigung der hiermit verbundenen Eingriffstiefe mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar.“

dd) Die Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu schützen, stellt der Erste Senat somit wie auch sonst das Bundesverfassungsgericht dem Grundrechtsschutz, der der Abwehr von Verletzungen des geschützten Rechts dient, gegenüber. Das Gericht mißt der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hergeleiteten Schutzpflicht gegenüber den in ihren Rechten auf Leben und die körperliche Unversehrtheit gefährdeten Menschen, je nach den Gegebenheiten der Fälle ein stärkeres Gewicht zu als dem Abwehrrecht aus demselben Grundrecht anderer Menschen gegen den Eingriff in die gleichen Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Es schließt daraus, jedenfalls für die Bewältigung der Corona-Pandemie, den Vorrang der Schutzpflicht vor dem Abwehrrecht des verletzten Grundrechtsträgers (Beschuß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 166 ff., 274 ff.; Beschuß vom 10. Februar 2022 (siehe A II 1 c) zum Eilantrag gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfpflicht; ebenso im Beschuß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 205 ff., 217 ff., 220 ff., 230 ff., 239; Pressemitteilung vom 19. Mai 2022). Den Vorrang der Schutzpflicht von vulnerablen Gruppen in von § 20 a IfSG betroffenen Einrichtungen und Unternehmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vor dem Eingriffsabwehrrecht gegen die Pflichtimpfungen der Beschäftigten in diesen Einrichtungen und Unternehmen, seien es Ärzte, Pflege-, Verwaltungs- oder Reinigungskräfte oder wer sonst in diese Räume kommt, begründet der Senat damit, daß die Todesopfer in den Einrichtungen und den Unternehmungen ohne den Schutz durch die Pflichtimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unvergleichlich zahlreicher sein würden als die „höchst seltenen“ Todesopfer (BVerfG, Beschuß vom 10. Februar 2022 (siehe A II 1 c), Rn. 16; BVerfG, Beschuß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 208, 223f., 230 ff.) oder auch nur die Erkrankungen durch die Impfungen selbst. Daß die Langzeitfolgen der neuartigen, unzureichend geprüften, aber provisorisch zugelassenen Impfstoffe nicht bekannt sind, vernachlässigt der Senat. Das Bundesverfassungsgericht stützt sich allerdings auf das PEI, das erklärt habe, daß die Impfstoffe einen „validen Beobachtungszeitraum“ durchlaufen hätten (BVerfG, Beschuß vom 27. April 2022, Rn. 223, auch Rn. 208). Die Fragwürdigkeit der Dogmen grundrechtlich gebotenen Schutzpflicht und der Abwägung der Abwehrfunktion der Grundrechte von deren Schutzfunktion für die Schutzgüter der Grundrechte ist zu IV 1 und 2 erörtert. Diese Dogmen verschaffen dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit der Politik mit Verfassungsrang, die jede Bestimmtheit vermissen läßt. Dem demokratisch und rechtsstaatlich geprägten Grundgesetz werden diese Dogmen nicht gerecht.

Der Senat läßt entgegen dem Stand der Wissenschaft außer Betracht, daß die Impfungen, auch die vollständigen Impfungen, keinen Schutz gegen erneute Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 geben (dazu zu 5). Die Impfdurchbrüche waren im Zeitpunkt des Beschlusses am 27. April 2022 jedem bekannt, zumal jedem immunologischen Fachmann. Es waren bereits viele Menschen wegen der erneuten Infektion mit dem Virus erkrankt, schwer erkrankt und sogar gestorben. Das RKI hat darüber berichtet (siehe zu I 4 b cc). Die immunologischen Erkenntnisse dieser staatlichen Institutionen hat das Bundesverfassungsgericht vielfach und relevant für die fachspezifischen medizinischen Grundlagen seines Beschlusses herangezogen, aber nicht die Berichte über die Impfdurchbrüche und deren Folgen. Die Zahl der Neuinfektionen, die zu Krankheitssymptomen geführt haben oder auch nicht, so daß niemand von diesen weiß, wenn sie nicht zufällig durch Testungen bekannt geworden sind, dürften nicht geringer gewesen sein und jetzt noch sein als die Infektionen vor Impfungen gegen das Virus. Die Impfungen mögen zwar eine folgende Erkrankung mildern, aber können schlechterdings vor der Übertragung des Virus und dessen Weiterübertragung nicht schützen. Das ergeben bereits die bekannten vielen Infektionen und Erkrankungen nach den Impfungen, auch den vermeintlich immunisierenden vollständigen Impfungen und die keineswegs seltenen (anders BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rn. 208, 223 f., 230 ff.) Sterbefälle nach Impfdurchbrüchen. Diese Tatsachen machen die gesamte Begründung des Senats für die einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht hinfällig. Wer die Tatsache der beschränkten Impfwirkungen in seine rechtlichen Überlegungen einbezieht, kann schlechterdings die Impfpflicht nicht rechtfertigen. Die nicht mehr bestrittene und nicht mehr bestreitbare Tatsachen waren auch schon am 27. April 2022, aber auch schon vorher, als die Berichterstatterin Dr. Ott den Beschluß des Senats vorbereitet haben dürfte, bekannt.

Die Kompilation der allseitigen Auffassung von den großen Gefahren des Coronavirus SARS-CoV 2 für die vulnerablen Gruppen in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen, der Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die Impfnachweispflicht und der Schutzverpflichtungen des Staates hilft nicht darüber hinweg, daß die einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfpflicht nicht zu rechtfertigen ist. Bereits der Nutzen der Impfungen gegen das Virus wird von vielen nicht anerkannt, vor allem weil Impfungen die erneute Infektiosität nicht ausschließt. Der Vorrang des Schutzes der durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleisteten Rechte besonders durch Corona-Infektionen gefährdeter vulnerabler Gruppen vor der Abwehr der Verletzungen dieser Rechte durch staatliche Impfpflichten, auch in der gegenwärtigen Pandemie, ist dogmatisch schwerlich zu begründen (dazu zu V 1 und 2), zumal das Grundrecht vornehmlich die Abwehr staatlicher Eingriffe bezweckt. Der Senat akzeptiert wegen des Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums (Rn. 203 u. ö.), den er der Exekutive und Legislative zugesteht, die Impfpflicht in den besonderen Einrichtungen und Unternehmen. Seine Auffassung der Zweckmäßigkeit der Impfpflicht zum Schutz der vulnerablen Gruppen, deren Eignung, diesen Zweck zu erreichen, deren Notwendigkeit dafür und schließlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne der Maßnahme bestimmen die Rechtserkenntnis des Senats. Die Feststellung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme Impfpflicht ist mit der unausweichlichen Zwecksetzung schon ‚entschieden‘. Das ist zu V 4 dargelegt.

d) Keine Judikate zur allgemeinen Corona-Impfpflicht

Zur allgemeinen Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV 2 gibt es jedenfalls in Deutschland keine Judikate, weil eine solche für die Allgemeinheit nicht bestand und nicht besteht. Ihre Einführung hat im Deutschen Bundestag am 7. April 2022 keine Mehrheit gefunden.

e) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Zu den drei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), von denen zu A II 3 kurz berichtet ist, ist zu vermerken: Entscheidungen des EGMR sind für Deutschland nicht verbindlich sind, wenn sie mit den Grundrechten des Grundgesetzes nicht vereinbar sind, weil die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft seit dem 3. November 1953, in Deutschland nur den Rang einfacher Gesetze hat (BVerfG NJW 2004, 3407 (3409 f.); dazu Ch. Zehetgruber, Die EMRK, ihre Rechtsstellung sowie die Entscheidungen des EGMR im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung, ZIS, 1, 2006, S. 52 ff. 55 u. ö.).

4. Politische Stellungnahmen

Die Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 war monatelang in aller Munde. Sie ist im Sommer wohl vorübergehend abgeflaut. Der Bundesgesundheitsminister Professor Karl Lauterbach drängt wieder auf Impfungen.

Die folgenden Erklärungen und Berichte erscheinen mir erwähnenswert:

a) Parlamentarische Versammlung des Europarates

In der Resolution des Beschluss 2361 (2021) vom 27. Januar 2021 zu den Covid-19-Impfstoffen: Ethische, rechtliche und praktische Erwägungen, fordert die Parlamentarische Versammlung des Europarates die Mitgliedstaaten und die Europäische Union nachdrücklich auf, u. a.

„7.3.1 Sicherzustellen, dass die Bürger darüber informiert werden, dass die Impfung nicht vorgeschrieben ist und niemand unter politischem, sozialem oder sonstigem Druck steht, sich impfen zu lassen, wenn sie dies nicht wünschen;

7.3.2 Sicherzustellen, dass niemand wegen Nicht-Impfung, möglicher Gesundheitsrisiken oder Nicht-Impfwunsch diskriminiert wird;“

Diese Resolution ist eindeutig. Sie entspricht der Rechtslage in Deutschland. Deutschland, das sich stets und ständig in aller Welt für die Menschenrechte einsetzt, jedenfalls vorgibt, das zu tun, ist gehalten, dieser Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarates Folge leisten. Der Europarat ist vor allem im Interesse der Menschenrechte in seinen siebenundvierzig Mitgliedstaaten eingerichtet. Die Resolutionen des Europarates binden die Mitgliedstaaten rechtlich nicht, haben aber beachtliche politische Verbindlichkeit.

b) Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben sich auf ein „digitales Covid-Zertifikat“ geeinigt, welches in der Landessprache und auf Englisch den Nachweis erbringt, daß man entweder vollständig geimpft wurde, ein negatives Testergebnis hat oder von einer Corona-Erkrankung genesen ist (3G). In Frankreich gilt beispielsweise für Personen ab 16 Jahren in vielen Bereichen die 2G-Regel. Der "pass vaccinal" ersetzt seit dem 24. Januar 2022 den „pass sanitaire“, außer bei Kindern und Jugendlichen.

Wer vollständig geimpft wurde, erhält ein Dokument mit einem QR-Code. Dieser QR-Code kann sowohl in Frankreich als auch in allen anderen EU-Mitgliedstaaten ausgelesen werden.

c) Bundesregierung

Correctiv⁵ hat berichtet:

„Die Bundesregierung hat mehrfach betont, die Impfung gegen Covid-19 sei freiwillig. Gesagt haben das in den vergangenen Monaten zum Beispiel Gesundheitsminister Jens Spahn und Kanzlerin Angela Merkel. Allerdings gibt es laut Medienberichten Sorgen, dass zum Beispiel Unternehmen die Impfung zur Bedingung für ihre Leistungen machen könnten. Hier gelte die Vertragsfreiheit im Privaten, berichtete der MDR unter Berufung auf eine Gesundheitsrechtlerin“.

Letzteres entspricht nicht der Rechtslage. Die Vertragsfreiheit hat Grenzen, auch die des Diskriminierungsverbots, allemal wegen der Grundrechte, die ein Arbeitnehmer in Anspruch nimmt. Jedenfalls die freie Entfaltung des Persönlichkeit, deren Kern durch die Verbindung des Art. 2 Abs. 1 GG mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG wegen der Unantastbarkeit der Würde des Menschen höheren Rang hat als die allgemeine Handlungsfreiheit (BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.)), hat nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch Privatrechtswirkung und schränkt die Vertragsfreiheit mittelbar ein (zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG, hier politische Anschauungen, grundlegend das Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (204 ff.); siehe auch BVerfGE 34, 269 (280); 42, 143 (148); 73, 261 (269); 81, 242 (256); 89, 214 (229 ff.), st. Rspr.; kritisch J. Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 10 ff., 63 ff., 88 ff., u. ö.). Das Diskriminierungsverbot hat richtiger Weise unmittelbare Wirkung im Privatrecht (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., Grundrechte als Leitentscheidungen des gemeinsamen Lebens, S. 860 mit Fn. 22).

Der Versuch, eine allgemeine Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 einzuführen, ist wie berichtet, am 7. April 2022 im Deutschen Bundestag gescheitert.

Correctiv teilt am 12. Februar 2021 mit:

„Inzwischen hat das Bundesgesundheitsministerium auf unsere Presseanfrage geantwortet. Per E-Mail teilte eine Sprecherin mit: „Resolutionen des Europarates haben empfehlenden Charakter. Die von Ihnen angesprochene Resolution ist vom BMG mitverhandelt worden. Für uns steht inhaltlich der Aspekt des „gerechten Zugangs“ der gesamten Bevölkerung zu Impfungen im Vordergrund. Zum Aspekt verpflichtende Impfung kann ich Sie darauf hinweisen, dass die Coronavirus-Schutzimpfung in Deutschland freiwillig ist. Das hat Bundesgesundheitsminister Spahn mehrfach versichert.“

5. Infektiosität trotz Impfung

a) Zweifel an Immunisierung durch Impfung und Genesung

Eine hinreichende Sicherheit vor einer passiven und einer aktiven Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 oder wenigstens eine Sicherheit im ausreichenden Maße vermag die Impfung gegen das Coronavirus nicht zu geben, weil die Impfung den Impfdurchbruch nicht ausschließt und somit gegen

⁵ <https://correctiv.org/faktencheck/2021/02/09/nein-mit-einer-resolution-des-europarates-ist-ein-impfzwang-nicht-rechtswidrig/>

das Virus nicht wirksam schützt (vgl. RKI zur Wirksamkeit des Impfens gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, Antworten auf häufig gestellte Fragen, Stand: 13.10.2022). Die Impfung soll den Verlauf einer Krankheit an dem Coronavirus nach ganz überwiegenden Einlassungen der Immunologen in den meisten Fällen mildern (vgl. RKI COVID-19 und Impfen: Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ), 3. Juni 2022, Stand 13. Oktober 2022).

Prominente Menschen, ‚Vorbilder‘, wie Mitglieder der Fußballnationalmannschaft, die eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 abgelehnt und sich, zu Recht, auf die Impffreiheit berufen haben, wurden von vielen Seiten gedrängt, geradezu genötigt, sich impfen zu lassen, im viel beachteten Fall Joshua Kimmich mit Erfolg, weil der Profifußballspieler die überaus hochbezahlte Stellung beim Fußball-Club Bayern München sonst zu verlieren befürchten mußte. Die zunehmend dringlichere Empfehlung einer Auffrischimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wenn eine gewisse Zeit nach der grundimmunisierenden, ‚vollständigen‘, zweifachen, dreifachen oder vierfachen Impfung vergangen ist, sechs Monate, eher weniger bei ‚älteren‘ Menschen, erweist, daß eine, jedenfalls eine dauerhafte, Immunität durch grundimmunisierende Impfung nicht bewirkt wird. Der genannte Zeitraum der Immunität ist wissenschaftlich ungewiß und politisch fingiert. Die Erkenntnisse der Immunologen gehen mehr und mehr dahin, daß die immunisierende Wirkung, soweit überhaupt vorhanden, weitaus kurzzeitiger ist und vor allem von der Konstitution und der vorhergehenden Immunität der geimpften Person abhängt.

Aus Portugal wurde am 1. Juni 2022 von einer sich schnell ausbreitenden neuen Corona-Variante BA.5 berichtet, obwohl in Portugal etwa 87 % der Bevölkerung vollständig gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft worden sein sollen. Hospitalität und Sterben wegen der Corona-Infektion nehmen stark zu.

Die Impfpflicht, aber auch die 2 G-Regelung, die wesentlich auf eine positive Wirkung der Impfungen reagieren, von der fast alle Immunologen gesprochen haben, ist allein schon wegen der Unsicherheit der erhofften Schutzwirkung vor allem für Dritte nicht gerechtfertigt. Die Zahl der Infektionen trotz Impfung ist jedenfalls bei der Delta-Variante und erst recht bei der Omikron-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 nicht rechtlich erheblich geringer als die Infektionen der Nicht-Geimpften. Die Impfstoffe sind auch wenig geeignet, Infektionen mit dem Virus der neueren Varianten abzuwehren. Einfluß auf die Quote der Impfdurchbrüche haben auch die nicht wirklich bekannte und bei den geimpften Personen unterschiedliche Dauer der Impfwirkung, die kürzer sein soll, als die für die „Erleichterungen und Ausnahmen“ für geimpfte und genesene Personen politisch festgelegten Zeiten nach der Impfung oder der grundimmunisierende Impfung, aber auch die wenig zuverlässigen Meldezahlen der Impfdurchbrüche. Der Vorsitzende der STIKO (sc.: Ständige Impfkommission), der Virologe Prof. Dr. Thomas Mertens (Stand 24. Oktober 2022):

„Impfung bietet keinen längerfristigen Schutz vor Infektion“

Auch die Genesung von der Corona-Krankheit schafft keine sichere Immunität gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Die Genesung, die die gleichen Lebenserleichterungen bringt wie die ‚vollständige‘ Impfung, beruht meist nicht auf einer spezifischen Schutzmaßnahme gegen das

Coronavirus SARS-CoV-2, sondern auf anderen medizinischen Maßnahmen oder auf den Abwehrkräften, die der erkrankte Mensch hat (zum Status der Genesenen zu I 4 c).

Der Status des Genesenen besteht nach einer festgelegten Zeit, lange nach sechs Monaten, jetzt drei Monaten nach der Infektion nicht mehr (A. Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022: „Die Maßnahme, Verkürzung der Zeit für Genesene auf drei Monate, des RKI ist völlig inakzeptabel“). Die Immunität nach der Genesung ist nach dem Bericht von Nils Mezger im ZDF Heute vom 14. November 2021 19:29 Uhr (Fundstelle im Netz, 5. Dezember 2021). schwächer und kürzer als die durch die grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Wie gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zweifach oder dreifach geimpfte Personen können auch von einer Corona-Infektion genesene Personen Virusträger sein und folglich andere Menschen mit dem Virus infizieren (dazu zu 5). Die Aspekte, die gegen die Eignung der Impfungen als Schutzmaßnahme sprechen, stehen auch der Eignung des Status der Genesung als Schutzmaßnahme gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 entgegen.

Die verschiedensten Umstände dieser hohen Todeszahl nach voller Impfung werden zum Besten gegeben, insbesondere die nachlassende Wirkung der Impfung und auch die Unterschiedlichkeit der Immunität durch die Impfung. Ein weltweit beachtetes Beispiel ist der Tod des 84-jährige Colin Powell, des früheren Außenministers der Vereinigten Staaten von Amerika, der geimpft gewesen sein soll. Die Impfung ist nicht geeignet, den erwünschten Schutz hinreichend sicher zu geben.

b) RKI zu Impfdurchbrüchen

Das RKI definiert Impfdurchbrüche wie folgt:

„Ein Impfdurchbruch liegt vor, wenn eine PCR-bestätigte SARS-CoV-2 Infektion mit Symptomatik nach mindestens erfolgter Grundimmunisierung, die spätestens 2 Wochen vor der Infektion abgeschlossen wurde, festgestellt wird. Ein Impfdurchbruch würde also bspw. vorliegen, wenn eine Person, die vor zwei Monaten ihre zweite mRNA-Impfung erhalten hat, sich nun mit SARS-CoV-2 ansteckt (positiver PCR-Test) und bspw. Halsschmerzen und Fieber entwickelt“.

Impfdurchbrüche werden im Monatsbericht des RKI "Monitoring des COVID-19-Impfgeschehens in Deutschland" veröffentlicht.

Das RKI, das stetig für die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 wirbt und nicht in Verdacht steht, die Erkrankungen und Todesfälle nach der Impfung hochzuspielen, hat im Epidemiologisches Bulletin vom 12. Mai 2021, S. 13 ff. u. a., mit Nachweisen berichtet:

„3.3. Virusübertragung durch Menschen, die trotz Impfung PCR-positiv sind

Es liegen Studien vor, die die Viruslast bzw. -ausscheidung bei Personen untersucht haben, die trotz Impfung einen positiven PCR-Nachweis hatten. So wurden in der Zulassungsstudie zu Vaxzevria von Astra-Zeneca eingeschlossene TeilnehmerInnen auch auf Viruslast und Dauer der Ausscheidung untersucht. Dabei zeigte sich, dass Personen, die trotz Impfung infiziert wurden, eine signifikant geringere Viruslast (d. h. Ct-Shift) und auch eine im Durchschnitt um 1 Woche verkürzte Dauer eines Virusnachweises (d. h. kürzeres Shedding) hatten. Ganz ähnlich berichteten Shrotri et al. aus einer Kohortenstudie an

PflegeheimbewohnerInnen im Vereinigten Königreich, dass es nach Impfung mit Comirnaty von BioNTech/Pfizer oder Vaxzevria von AstraZeneca zu einer geringeren Viruslast bei Infektionen kam, die ab dem 28. Tag nach Impfung auftraten. Auch in einer Studie aus Israel wurde eine deutliche Reduktion der Viruslast bei geimpften Personen nachgewiesen (4-fold reduced). Eine solche Reduktion wird als Indikator einer verminderten Übertragbarkeit durch Geimpfte gewertet, da, wie in einer Studie aus Spanien nachgewiesen, die Viruslast einen Haupttreiber der Transmission darstellt.“

Das RKI hat weiter mit dem Stand vom 12. Mai 2021 berichtet:

„Nach der Impfung mit Vaxzevria sind in Deutschland und in anderen Ländern sehr seltene Fälle von Thrombosen in Kombination mit Thrombozytopenien bei Geimpften aufgetreten. Aufgefallen sind vor allem Hirnvenenthrombosen. Aber auch andere thrombotische Ereignisse, wie Mesenterialvenenthrombosen und Lungenembolien sind berichtet worden. Einzelne Fälle waren auch kombiniert mit erhöhter Gerinnungsaktivität oder Blutungen im ganzen Körper. Die Symptome traten 4 bis 21 Tage nach der Impfung auf. Bisher wurden diese schweren und teilweise tödlich verlaufenden Nebenwirkungen überwiegend bei Frauen im Alter ≤ 55 Jahren beobachtet, aber auch Männer und Ältere waren betroffen. Das PEI (sc. Paul Ehrlich Institut) und die Europäische Arzneimittelbehörde (EMA) führen weitere Untersuchungen durch. Auch nach Anwendung der COVID-19 Vaccine Janssen sind in den USA sehr seltene Fälle von Thrombosen in Kombination mit Thrombozytopenien überwiegend bei jüngeren Geimpften aufgetreten. Aus Europa gibt es hierzu noch keine Beobachtungen, weil der Impfstoff hier erst seit Kurzem und bisher nur in kleinen Mengen zur Anwendung gekommen ist. Basierend auf der momentanen Datenlage empfiehlt die STIKO (sc.: Ständige Impfkommission) im Regelfall die Impfung mit den beiden Vektorbasierten Impfstoffen Vaxzevria und der COVID-19 Vaccine Janssen nur für Menschen im Alter ≥ 60 Jahre. Der Einsatz der beiden Vektorbasierten Impfstoffe unterhalb dieser Altersgrenze bleibt indes nach ärztlicher Aufklärung und bei individueller Risikoakzeptanz durch die zu impfende Person möglich“

Es wird regelmäßig darauf hingewiesen, daß die Kausalzusammenhänge von Todesfällen nach Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 meist unklar bleiben (RKI/PEI vom 12. Mai 2021, Zitat im Folgenden). Zudem seien die nach der Impfung verstorbenen Menschen in der Regel sterbenskrank gewesen, als sie geimpft wurden. Die Kausalität für den Tod sei auch darum nur selten geklärt. Die Verstorbenen würden nur selten obduziert. Das läßt sich auch als Verschleierung möglicher Kausalität der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 kommentieren.

Das RKI hat folgende Information vom 19. Juli 2021 in seine Antworten zu oft gestellten Fragen aufgenommen:

„BIONTECH MANUFACTURING GMBH und MODERNA BIOTECH SPAIN, S.L. möchten Sie in Abstimmung mit der Europäischen Arzneimittelagentur und dem Paul-Ehrlich-Institut (PEI) über Folgendes in Kenntnis setzen:

Zusammenfassung: Fälle von Myokarditis und Perikarditis wurden sehr selten nach einer Impfung mit den COVID-19 mRNA Impfstoffen Comirnaty und Spikevax berichtet. Die Fälle traten primär innerhalb von 14 Tagen nach der Impfung auf, und zwar häufiger nach der zweiten Dosis und bei jüngeren Männern. Vorliegende Daten lassen vermuten, dass der Verlauf von Myokarditis und Perikarditis nach der Impfung ähnlich ist wie der Verlauf von Myokarditis und Perikarditis im Allgemeinen.

Ärzte und medizinisches Fachpersonal sollten auf die Zeichen und Symptome von Myokarditis und Perikarditis achten. Ärzte und medizinisches Fachpersonal sollten geimpfte Personen darauf hinweisen, im Falle von Brustschmerzen, Kurzatmigkeit oder Palpitationen sofort medizinische Beratung und Hilfe einzuholen. Hintergrund der Sicherheitsbedenken:

Die COVID-19-mRNA-Impfstoffe Comirnaty and Spikevax wurden in der EU mit einer bedingten Marktzulassung zur aktiven Immunisierung zur Vorbeugung von COVID-19 durch das SARS-CoV-2-Virus bei Personen im Alter ab 12 Jahren (Comirnaty) bzw. im Alter ab 18 Jahren (Spikevax) zugelassen. Myokarditis und Perikarditis wurden in Verbindung mit den COVID-19 mRNA Impfstoffen berichtet. Der Ausschuss für Risikobewertung im Bereich der Pharmakovigilanz (PRAC) der Europäischen Arzneimittelagentur (EMA) hat alle verfügbaren Daten evaluiert und ist zu dem Schluss gekommen, dass zwischen Impfungen mit COVID-19 mRNA Impfstoffen und Myokarditis und Perikarditis mindestens ein möglicher kausaler Zusammenhang bestehen könnte. Die Abschnitte 4.4 (Besondere Warnhinweise und Vorsichtsmaßnahmen für die Anwendung) und 4.8 (Nebenwirkungen) der Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels (Fachinformation) wurden entsprechend aktualisiert.“

Zum Tode vor allem der älteren Menschen hat das RKI folgende Prozentzahlen genannt: Etwa 30 % bis 40 % der Corona-Toten nach Grundimmunisierung, RKI, Stand 24. Februar 2022, 37, 9 % der 18 bis 59-Jährigen, 54, 9 % der ab 60-Jährigen; Praxis Vita, Bericht von Äußerungen des RKI; zu den Todesfällen das PEI, von 1200 untersuchten Fällen wohl Todesfälle).

Das RKI hat eine Äußerung des Paul Ehrlich Instituts (Stand 12. Mai 2021; 18. Oktober 2021) wiedergegeben, die in einem Teil mit der oben zitierten Äußerung des RKI vom 12. Mai 2021 identisch ist:

„In diesem Sicherheitsbericht des PEI heißt es: „Das Risiko für einen schweren und auch tödlichen Verlauf einer SARS-CoV-2-Infektion steigt mit steigendem Alter rapide an. Sehr alte Menschen sind am meisten gefährdet, an der Infektion zu versterben. In einem Kontext, in dem das SARS-CoV-2-Virus weltweit verbreitet ist, ist es wichtig, dass ältere Menschen so gut wie möglich vor einer Infektion geschützt sind. Wenn ältere Menschen oder Menschen mit schweren Vorerkrankungen und einem erhöhten Sterberisiko geimpft werden, dann wird es eine gewisse Anzahl von zufälligen Todesfällen geben, die kurz nach der Impfung auftreten, ohne aber kausal mit der Impfung assoziiert zu sein.“. Diese Aussage betrifft vor allem Todesfälle nach der Impfung von alten bis sehr alten Personen. Hier ist bislang kein kausaler Zusammenhang zwischen Impfung und Todesfällen zu erkennen.

Im RKI-Monitoring des COVID-19-Impfgeschehens in Deutschland, Monatsbericht vom 3. November 2022 ist ausgeführt:

„Gegenwärtig sind 59.260.889 Erwachsene ab 18 Jahren (85,4 % der erwachsenen Bevölkerung) grundimmunisiert (Datenstand 31.10.2022). Sc.: Sie haben zwei Impfungen erhalten. Darüber hinaus erhielten bisher 50.443.834 Menschen dieser Altersgruppe (72,7 %) eine erste und 9.921.239 (14,3 %) Menschen eine zweite Auffrischimpfung. Noch keine Impfung erhalten haben rund 6,9 Mio. Personen im Alter von 18-59 Jahren und 2,2 Mio. Personen ab 60 Jahre“

Impfstatus der COVID-19-Fälle in Deutschland: DIVI-Intensivregister (Stand 01.11.2022):

„Für den Zeitraum vom 03.10.2022 bis 30.10.2022 (KW 40-43/2022) wurde der Impfstatus von 3.339 Neuaufnahmen gemeldet; das entspricht etwa 53,7 % der für diesen Zeitraum übermittelten Fälle (6.221). 11,9 % (399 Fälle) aller Neuaufnahmen mit bekanntem Impfstatus hatten keine Impfung, 2,8 % (93 Fälle) hatten eine Impfung, 8,6 % (287 Fälle) hatten zwei Impfungen, 56,7 % (1.892 Fälle) hatten drei Impfungen und 20,0 % (668 Fälle) hatten vier oder mehr Impfungen“

Nach diesen Zahlen des RKI waren über 85 % der Corona-Patienten in Intensivstationen im Oktober 2022 grundimmunisierend gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft. Angesichts einer Quote der vollständig geimpften Personen im Alter von über 18 Jahren oder mehr, von 85,4 % ist das nicht verwunderlich. Hinzu kommen die „genesenen“ Personen. Zu berücksichtigen ist weiterhin die Unsicherheit des Zahlenwerkes. Zudem verschafft auch die mehrfache Impfung keine Immunität und die Dauer der Milderung einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 durch Impfungen, falls Impfungen diese überhaupt zu bewirken vermögen, ist bisher noch gänzlich ungewiß (dazu 5 d).

Die bisher genutzten Impfstoffe bewirken augenscheinlich keinen oder allenfalls geringen Schutz gegen die Omikron-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 (A. Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022). Rechtlich ist bedeutsam, daß auch geimpfte Personen andere infizieren können. Alle älteren Äußerungen aus dem Gesundheitsministeriums in der 19. Legislaturperiode sind längst durch Tatsachen widerlegt. Die Impfung bewirkt die Herdenimmunität nicht.

Zur Wirksamkeit der Impfungen hat sich das Robert Koch Institut im Gesundheitsmonitoring wie folgt geäußert (Stand 10. Dezember 2022):

„Die COVID-19-mRNA-Impfstoffe Comirnaty (BioNTech/Pfizer) und Spikevax (Moderna) sowie der Vektor-Impfstoff Vaxzevria (AstraZeneca) boten bei Infektion mit der Delta-Variante (2021) eine sehr hohe Wirksamkeit von etwa 90% gegen eine schwere COVID-19-Erkrankung (z.B. Behandlung im Krankenhaus) und eine gute Wirksamkeit von etwa 75% gegen eine symptomatische SARS-CoV-2-Infektion (siehe kontinuierliche Auswertung von publizierten Studien im [Living Systematic Review](#) von 2021). Das bedeutete: Wenn eine Person nach Grundimmunisierung mit dem Erreger in Kontakt kam, wurde sie mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht schwer krank.

Die Impfstoffe Comirnaty (BioNTech/Pfizer) und Spikevax (Moderna) und der Vektor-Impfstoff JCOVDEN (Johnson & Johnson) bieten vor Infektionen mit den Omikron-Varianten (2022) weniger Schutz als vor Infektionen mit der Delta-Variante. Dies wird auch durch den regelmäßig aktualisierten [Living Systematic Review](#), der vom RKI durchgeführt wird, belegt.

Die Studienergebnisse zeigen, dass die Wirksamkeit (Schutz vor Infektion) nach zwei Impfstoffdosen (Grundimmunisierung) gegenüber der Omikron-Variante insgesamt gering ist und mit der Zeit deutlich nachläßt. Die Datenlage deutet darauf hin, dass auch die Schutzwirkung gegen schwere Erkrankung nach der Grundimmunisierung mit der Zeit abfällt (weniger stark als der Schutz vor Infektion). Gegen schwere Erkrankungen bietet die Impfung jedoch weiterhin einen guten Schutz. Durch eine Auffrischimpfung kann die Schutzwirkung verbessert werden.

Nach einer Auffrischimpfung ist der Schutz vor schweren Erkrankungen erneut hoch. Daten weisen auch nach Auffrischimpfung darauf hin, dass der Schutz vor symptomloser und symptomatischer Infektion über die Zeit abnimmt. Die hohe Schutzwirkung gegenüber schweren Infektionen bleibt aber über mindestens 6

Monate nach der Auffrischimpfung bestehen. Eine 2. Auffrischimpfung führt zu einer erneuten Verbesserung der Wirksamkeit.

Es bestehen keine signifikanten Unterschiede in der Wirksamkeit zwischen den verschiedenen untersuchten Impfstoffen (Comirnaty, Spikevax, JCOVDEN) und Impfschemata (heterolog vs. homolog).

Über die Transmission (Übertragbarkeit des Virus) unter Omikron gibt es bisher keine ausreichenden Daten; sie scheint bei Geimpften weiterhin reduziert zu sein, wobei das Ausmaß der Reduktion nicht vollständig geklärt ist. Haushaltsstudien aus [Norwegen](#) und [Dänemark](#) zeigen, dass eine Impfung auch unter vorherrschender Zirkulation der Omikron-Variante die Übertragbarkeit um ca. 6-21% nach Grundimmunisierung und nach Auffrischimpfung um weitere 5-20% **reduziert**.“

b) Äußerungen von Immunologen und Pathologen

Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022:

„Man muss unterscheiden, ob ich mit einem Impfstoff eine Infektionskrankheit eindämmen, also die sogenannte Herdenimmunität erzielen kann. Aus wissenschaftlicher Sicht muss man ganz nüchtern festhalten: Wir haben für Omikron nicht die richtigen Impfstoffe, um epidemisch erfolgreich zu sein, die waren schon bei der Delta-Variante nicht ausreichend wirksam. Wir können also die Pandemie nicht wegimpfen, denn wir sind vor einer Omikron-Infektion fast gar nicht geschützt durch die Impfung.“ (dazu auch das Zitat zu I 4 c)

Alexander Kekulé hat diese Forschungsergebnisse in einem Bericht in der MDR-Rundfunksendung Kekulé's Corona-Kompass vom 29. November 2022 erklärt, daß Daten einer Studie zur Wirkung der Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 einer bestimmten Population „keinen statistisch nachweisbaren Unterschied“ ergeben hätten, daß eine, zwei, oder drei (boostering) Impfungen gegen das Virus für die Schwere der Nachfolge-Erkrankungen an dem Virus in irgendeiner Weise bedeutsam sind. Schon gar nicht verhindere die Impfung die Weitergabe des Virus. Zudem weiche die Omikron-Variante, die bereits viele Untervarianten habe, erheblich von den früheren Varianten ab. Das Risiko, bei der Zweitinfektion oder Drittinfektion schwer zu erkranken, bleibe unverändert. Mehrfach hat er betont, die Impfungen würden „keinen Unterschied“ ausmachen.

Dazu scheint der Bericht von Michael Hauke in der Südthüringer Rundschau, 43 Jg. 12/2022, zu passen: „Pfizer bestätigt offiziell, daß der Impfstoff die Verbreitung von Corona nicht verhindert“. Janine Small, Präsidentin für internationale Entwicklungsmärkte des Pharmakonzerns Pfizer, der mit der BioNTech SE, die den ersten ‚Impfstoff‘ entwickelt hat, zusammenarbeitet, habe am 10. Oktober 2022 im Sonderausschuß Corona des Europäischen Parlaments eingeräumt, daß der mRNA-Impfstoff von BioNTech/Pfizer keine Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 bewirke und die Weitergabe des Virus nicht zu verhindern fähig sei. Der Faktencheck der ARD (Stand 19. Oktober 2022) hat ergeben, daß Janine Small erklärt habe, Pfizer habe den Schutz Dritter gegen die Infektion gegen das Virus vor der Notfallzulassung nicht, jedenfalls nicht hinreichend, getestet, weil der Markt dafür keine Zeit gelassen habe. Davon sei auch die US-amerikanische Arzneimittelbehörde FDA in der Notfallzulassung Anfang Dezember 2020 ausgegangen. Vornehmlich sei es um den Schutz der Impfung gegen schwere Krankheitsverläufe derer gegangen, die die Impfungen auch bewirkt hätten. Die kurze Dauer des Impfschutzes wurde nicht in Frage gestellt. Der Virologe Professor Carsten Watzl, Leiter des Forschungsbereichs

Immunologie an der TU Dortmund und Generalsekretär der Deutschen Gesellschaft für Immunologie (DGfI) habe mitgeteilt, daß die Virologen seit der Delta-Varianten gemerkt hätten, daß der Impfschutz gegen die neuen Varianten weitaus geringer sei als gegen die ersten Varianten. Zudem hätten sich die Äußerungen von Janine Small auf die A-Variante des Coronavirus SARS-CoV-2 bezogen. Gegen die weiteren Varianten des Virus hätten die Impfungen in geringerem Maße Drittschutz bewirkt. Mit diesen Umständen haben sich auch die **STIKO und das RKI** befaßt. Diese Gegebenheiten zeigen, wie unkundige und mangels Fähigkeit oder Bereitschaft des Lesens unsachliche, aber alarmistische Berichte über fachliche Aussagen in den Sozialen Medien zu vielverbreiteten ‚Fakes‘ führen. Derartige Äußerungen bestimmen nicht nur die öffentlichen Erörterungen der Corona-Pandemie, an denen sich auch die Fachminister eifrig beteiligen, sondern auch die Schutzmaßnahmen gegen das Virus. Der Mangel an wissenschaftlicher Gediegenheit der Auseinandersetzung mit den Problemen der Corona-Pandemie auch im öffentlich-rechtlichen Rundfunk schadet der Gesundheitspolitik erheblich. Wie dem auch sei, die Impfungen bewirken nicht, daß geimpfte Personen nicht anders als nicht geimpfte Personen andere Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren können.

Die Immunologen Professor Jonas Schmidt-Chanasit und Professor Hendrik Streeck (Äußerungen in der Sendung Markus Lanz, ZDF, vom 6. November 2021), aber auch weitere Immunologen haben die Erkenntnis der Impfdurchbrüche, die zu erheblichen Belastung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 geführt haben und führen, die nicht wesentlich, wenn überhaupt geringer ist als die Belastung derer, die nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, bestärkt. Die Impfung gibt somit keinen sicheren Schutz gegen die passive und aktive Infektion.

Der Heidelberger Chef-Pathologe Professor Peter Schirmacher hat 40 gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpfte Menschen nach deren Tod obduziert und hält den Tod in 30 % bis 40 % der Todesfälle für Folgen der Impfung (Carina Rehberg, Zentrum für Gesundheit, 12. November 2021, Bericht aus dem Ärzteblatt vom August 2021).

Nils Mezger hat in dem schon angeführten Bericht im ZDF Heute vom 14. November 2021 19:29 Uhr berichtet: „In Bayern hatten 30 Prozent aller Corona-Toten zuletzt eine volle Impfung“

Es ist somit davon auszugehen, daß auch grundimmunisierte, anders formuliert, vollständig (zweimal, dreimal, viermal oder öfter) geimpfte Menschen oder Menschen, die von der Infektion/Erkrankung mit/an dem Coronavirus SARS-CoV-2 genesen sind, diese Viren in sich tragen, jedenfalls tragen können, und zudem erkranken und sterben können (dazu zu VII 5). Sie können insbesondere nicht weniger als nicht geimpfte Personen andere Menschen anstecken.

Gaby Scheib hat, wie schon gesagt, am 13. September 2021 in PraxisVita geschrieben:

„Paul-Ehrlich-Institut untersucht über 1.200 Todesfälle nach Corona-Impfung“.

„48 Todesfälle könnten mit Corona-Impfung zusammenhängen“

„In den meisten Fällen ist die Todesursache unklar. 48 Fälle sind jedoch auffällig. In dem Sicherheitsbericht heißt es: „In 48 Fällen hält das Paul-Ehrlich-Institut einen ursächlichen Zusammenhang mit der jeweiligen COVID- 19-Impfung für möglich oder wahrscheinlich.“

c) Bundesverfassungsgericht zu Impfdurchbrüchen

Die Infektionen doppelt oder dreifach geimpfter, grundimmunisierter, Personen führt in nicht wenigen Fällen der erneuten Infektion (Impfdurchbruch), räumt das Bundesverfassungsgericht ein (BVerfG, Beschluß zur Bundesnotbremse vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 201, auch Rn. 211), Im Beschluß des Bundesverfassungsgericht im Eilverfahrens zur Impfpflicht vom 10. Februar 2022 (siehe A II 1 c), Rn. 16, heißt es, wie oben zu III 7 b schon einmal zitiert:

„Im Einzelfall können auch schwerwiegende Impfnebenwirkungen eintreten, die im extremen Ausnahmefall auch tödlich sein können (vgl. Sicherheitsbericht des Paul-Ehrlich-Instituts vom 7. Februar 2022 – Verdachtsfälle von Nebenwirkungen und Impfkomplicationen nach Impfung zum Schutz vor COVID-19 seit Beginn der Impfkampagne am 27. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2021 – S. 5, 8 f., 28 ff.)“.

Das Bundesverfassungsgericht präsentiert im Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) zur Impfpflicht in besonderen Einrichtungen und Unternehmen ein Zahlenwerk der Verdachtsfälle auf Nebenwirkungen zum Stand vom 26. Oktober 2021 und setzt dieses in Relation zu den Impfungen und Auffrischimpfungen (Rnm. 224 ff.). Die schwerwiegenden Folgen der Impfungen treffen vergleichsweise nur wenige Menschen. Aber jede Tote durch eine staatliche Impfverpflichtung ist in einem Gemeinwesen, dem die Menschenwürde und der Wesensgehalt der Grundrechte unantastbar sind, zu viel. Auch schwere Krankheitsverläufe sind als Körperverletzungen mit Art. 19 Abs. 2 GG nicht vereinbar.

6. Grundrechtswidrigkeit einer Impfpflicht

a) Keine allgemeine Polizeigefahr

Der Staat ist nicht befugt, alle Menschen in seinem Lande zur Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu verpflichten (dazu schon zum BVerfG-Beschluß vom 27. April 2022 zu 3 d), die für die konkreten Gefahren, die auch abstrakt erfaßt sein können, nicht verantwortlich sind. Auch die pandemische Infektionsmöglichkeit vermag das nicht zu rechtfertigen. Eine Impfpflicht würde Menschen, die nicht Störer oder Nichtstörer im polizeirechtlichen Sinne sind, zwingen, sich entweder zur Abwehr des Coronavirus impfen zu lassen oder dazu vom Staat gezwungen zu werden. Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden (Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre § D). Zwang wird nicht nur mit körperlicher Gewalt ausgeübt, sondern auch mit Geldstrafen oder Bußgeldern, die bezahlt werden müssen und bei Zahlungsverweigerung letztlich zur Erzwingungshaft führen können, gegebenenfalls mehrfach. Wegen der Möglichkeit von Impfschäden würde der staatliche Zwang zur Impfung zur abstrakten, wenn nicht konkreten Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und womöglich für das Leben dieser Menschen. Diese Möglichkeit ist nach der Impfung unabwendbar und darum im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Impfschadens. Die Möglichkeit ist Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit eines Schadens. Die wenn auch geringe Zahl der Impfschäden mindert deren Wahrscheinlichkeit, schließt sie aber nicht aus. Auch die geringe Wahrscheinlichkeit ist die Gefahr eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, wenn eine Maßnahme unabwendbar zu einem Schaden führen kann. Es gilt die je/desto Formel: Je größer der mögliche Schaden sein kann, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadens, die polizeiliche Abwehrmaßnahmen gebieten (für viele F.- L. Knemeyer, Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch polizei- und ordnungsrechtliche Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL 35 (1977), S. 221 ff., 239 in Fn. 49; Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und

Technik“ im Atom- und Immissionsschutzrecht, S. 81 ff., 87 f. mit Fn. 16). Eine solche Maßnahme ist dem Staat verboten, wenn der mögliche Schaden groß ist, jedenfalls wenn er Gesundheit und Leben eines Menschen in Gefahr bringt. So müssen Großschäden etwa durch Atomkraftwerke nach Erkenntnissen von deren Sicherheit ausgeschlossen sein (Der Rechtsbegriff „Stand von Wissenschaft und Technik im Atom- und Immissionsschutzrecht“, S. 81 ff., 95 ff.). Die gesundheitliche Sicherheit der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist nicht den wissenschaftlichen Standards gemäß erprobt. Die Impfung mit mRNA-Impfstoffen wie mit anderen Corona-Vakzinen ist schon deswegen eine Gefahr für Gesundheit und Leben. Vielfach führen Impfungen erst nach langer Zeit zu Schäden, vielfach werden gesundheitliche Schwächen nicht als Folge von Impfungen erkannt. Besonders kritisch ist die Impfung mit zellverändernden Stoffen, zumal den nicht ausreichend auf Nebenwirkungen geprüften Impfstoffen.

b) Sicherheitsverlust durch Impfpflicht

Staatszweck ist vor allem die Sicherheit der Menschen in Lande (H.- Ch. Link und G. Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48, 1989, S. 7 ff., 27 ff. bzw. S. 56 ff., 83 ff.). Die allgemeine Impfpflicht schafft keine Sicherheit, sondern mindert diese. Sie bringt, wie zu 5 ausgeführt, zu der Möglichkeit der Erkrankung und des Todes durch das Coronavirus SARS-CoV-2 zusätzlich die Möglichkeit der Erkrankung und des Todes durch die Impfung mit sich. Die allgemeine Impfpflicht birgt nicht die Gefahr im polizeirechtlichen Sinne, daß alle Menschen im Lande wegen der vom Staat angeordneten und durch die Staatsdiener durchgeführten Impfung erkranken oder gar sterben. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadens im sicherheitsrechtlichen Sinne durch die Impfung ist dafür nicht hinreichend. Die Impfung führt jedoch zur Möglichkeit der Erkrankung und des Todes, zur Impfgfähr. Sie schließt aber die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht aus und verringert diese nicht einmal relevant (zu beiden Aspekten zu 5). Die Impfstoffe waren zudem nicht so langdauernd erprobt, wie sonst vorgeschrieben, und haben auch nur eine „bedingte Marktzulassung“ gehabt (dazu zu 5 c, Information des RKI vom 19. Juli 2021), **die jetzt ordentlich zugelassen sind.**

Paul-Ehrlich-Institut, 1. September 2022: „Aktuell sind sechs Impfstoffe gegen COVID-19 zugelassen, zwei monovalente mRNA-Impfstoffe, zwei bivalente mRNA-Impfstoffe, zwei Vektor-Impfstoffe sowie zwei Impfstoffe auf Proteinbasis. Weitere Impfstoffkandidaten gegen COVID-19 befinden sich in der Zulassung oder in klinischen Prüfungen“.

c) Impfpflicht in notständiger Infektionsgefahr

Wegen einer notständigen Infektionsgefahr käme eine allgemeine Impfpflicht nur in Betracht, wenn sie durch die Sache geboten wäre. Sonst ist sie Willkür. Wie schon zu III 6 dargelegt würden Maßnahmen wegen einer notständigen Infektionsgefahr eine Notstandsverfassung (dazu auch zu IX) voraussetzen, welche die einschlägigen Grundrechte außer Kraft zu setzen erlauben würde.

Selbst auf Grund einer Notstandsverfassung wegen einer epidemischen Infektionsgefahr kann die Impfpflicht genausowenig gerechtfertigt werden wie wegen konkreter oder abstrakter Polizeigefahren. Um des Schutzes der Allgemeinheit willen darf der Staat durch die Impfpflicht auch nicht einen Menschen der Möglichkeit, an ihr zu erkranken oder gar zu sterben, aussetzen, um andere Menschen oder auch viele oder alle Menschen in seinem Land zu schützen. Der Lebensschutz ist nach der Judikatur

des Bundesverfassungsgerichts Schutz der Würde des Menschen (BVerfGE 115, 118 ff., Rn. 118 ff.). Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit, aber nach Satz 3 dieser Vorschrift darf durch Gesetz auch in diese Rechte eingegriffen werden. Maßnahmen auf Grund dieser Eingriffsbefugnis widersprechen dem vom Bundesverfassungsgericht fragwürdig materialisierten Würdeschutz (dazu zu III 6 g, IV 2 a und b; V 2 a und b; VII 6 d und e; passim), wenn sie Leben und Gesundheit in Gefahr bringen. Der Lebensschutz ist aber wegen der Unantastbarkeit des Wesensgehalts auch des Grundrechts des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG nach Art. 19 Abs. 2 GG unantastbar (dazu IV 2 c, V 2). Den Schutz der Allgemeinheit vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 leistet zudem, wie gesagt, die Impfung nicht. Auch diese medizinische Realität ist für die Rechtslage gebietend. Die Verpflichtung der großen Masse der Bevölkerung zur Impfung gegen das Virus ist mit der epidemischen Infektionsgefahr nicht zu rechtfertigen, zumal die meisten Menschen niemanden gefährden, mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert zu werden. Tödliche oder auch nur gesundheitsschädigende Maßnahmen des Staates sind in keinem Fall zu rechtfertigen, es sei denn, sie dienen der Verteidigung des Bundesgebietes mit gegen Angriffe mit Waffengewalt (Art. 115 a GG). Das Mißlingen des Schutzes vor einer Gefahr kann rechtswidrig sein, ist aber keine Tötung oder auch keine Schädigung der Gesundheit. Es ist ein Unterschied, ob der Staat Tötung oder Schädigung der Gesundheit durch eine Impfpflicht und der dieser folgenden Impfung verursacht oder ob er es unterläßt, vor der Schädigung der Gesundheit oder dem Tod zu schützen. Letzteres gebietet ihm seine Aufgabe, für die Sicherheit der Menschen im Lande zu sorgen. Aber diese Verpflichtung besteht nur in den Grenzen der Grundrechte, jedenfalls in deren Wesensgehalt.

Der Konflikt wirft die uralte Rechtsfrage auf, ob das Unrecht durch Unterlassen, des Schutzes von Leben und Gesundheit nämlich, und das Unrecht durch Handeln, der Verpflichtung jedermanns zur Leben und Gesundheit gefährdenden Impfung, den gleichen Unrechtsgehalt haben. Das Strafgesetzbuch mißbilligt ausweislich des § 13 Abs. 2 StGB das Handlungsunrecht im Grundsatz stärker als das Unterlassungsunrecht.

d) Menschenwürde im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz (BVerfGE 115, 118 ff. vom 15. Februar 2006, 1 BvR 375/05) wird der Mensch entgegen seiner Würde zum Objekt staatlicher Maßnahmen degradiert (dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 67 ff.; ders., Zum Menschenwürdeprinzip des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles). Das darf der Staat nicht, hat das Bundesverfassungsgericht im Anschluß an die Formel Günter Dürigs: „Es verstößt gegen die Menschenwürde, wenn der Mensch zum Objekt eines staatlichen Verfahrens gemacht wird“ (in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1958, Rn. 34 zu Art. 1 Abs. 1; vgl. K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 82 f., Rn. 102) vielfach ausgesprochen, so in BVerfGE 30, 1 (25 f., 39 ff.); 96, 375 (399); 109, 279 ff, Rn. 116; und in dem soeben zitierten Urteil vom 15. Februar 2006. Das Urteil wurde einerseits kritisiert, andererseits gefeiert (zum Urteil K. A. Schachtschneider, Terror mittels Flugzeug, Homepage).

Das Leben jedes einzelnen Menschen hat den gleichen Wert wie das Leben aller, hat das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil zu § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz vom 15. Februar 2006 (BVerfGE 115, 118 ff., 1 BvR 375/05) ausgesprochen. Auf diese Vorschrift hätte der Abschluß eines mit

Passagieren besetzten Flugzeuges, das als Waffe für einen Mord an vielen tausend Stadionbesuchern eines Fußballspiels von Terroristen gekapert ist, gestützt werden können, aber das Gericht hat diese Vorschrift für verfassungswidrig erklärt und deren Nichtigkeit festgestellt. Die Insassen des Flugzeugs wären durch den Staat getötet worden. Das wäre ein Unrecht, das mit der Aufgabe des Staates, Sicherheit für alle Menschen im Lande zu schaffen, schlechterdings unvereinbar, sondern als Tötung strafbar.

Zu Rn. 119 des Urteils vom 15. Februar 2006 steht:

„Das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht auf Leben steht gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter dem Vorbehalt des Gesetzes (vgl. auch oben unter C I). Das einschränkende Gesetz muss aber seinerseits im Lichte dieses Grundrechts und der damit eng verknüpften Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gesehen werden. Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert (vgl. BVerfGE 39, 1 [42]; 72, 105 [115]; 109, 279 [311]). Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [399]). Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]). Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens (vgl. BVerfGE 30, 173 [194] zum Anspruch des Menschen auf Achtung seiner Würde selbst nach dem Tod)“.

Zu Rn. 124 heißt es:

„Dies macht sie (sc., die Passagiere) zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer. Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.“

Die Flugzeuginsassen und die Stadionbesucher sind durch die Highjacker in konkreter Polizeigefahr und der Staat hat die Möglichkeit, das gekaperte Flugzeug abzuschießen, um diese Gefahr für die im Fußballstadion befindlichen Menschen, der Großteil der gefährdeten Menschen, abzuwehren, freilich unter Opferung der Nichtstörer im Flugzeug. Die epidemische Infektionsgefahr ist keine konkrete oder abstrakte Polizeigefahr. Sie ist eine allgemeine Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die der Polizei keine Abwehrbefugnis geben würde. Die Befugnis zu allgemeinen Schutzmaßnahmen folgt aus einem Gesetz, daß erklärtermaßen nicht zum Polizeirecht gehört (BVerfG, Bundesnotbremse-Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rn. 131 ff.).

Rechtlich unterscheidet sich die Lage der Flugzeuginsassen und der Stadionbesucher im Fall des § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetzes von der Lage der Bevölkerung in der ‚Corona-Pandemie‘ durchaus, aber hinsichtlich der Relevanz der Unantastbarkeit der Würde des Menschen nicht.

Diese Dogmatik der Menschenwürde des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 15. Februar 2006 (BVerfGE 115, 118 ff., 1 BvR 375/05) ist als solche stringent, wenn auch nicht richtig (dazu III 6 g, IV 2 a und b; V 2 a und b; VII 6 d und e; passim) Die neue Dogmatik des Beschlusses vom 10. Februar 2022 (siehe A II 1 c) ist demgegenüber hilflos. Das Gericht judiziert politisch, nicht rechtlich. Grund der Hilflosigkeit ist die Schutzpflichtdogmatik des Gerichts, die im Grundgesetz keine Grundlage hat, wie zu IV 1 und 2 dargelegt.

e) Würde des Menschen versus Solidarität

Wenn der Staat die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit von Menschen durch eine Impfpflicht mindert, um irgendwelche Zwecke, durchaus im allgemeinen Interesse, zu verwirklichen, oder Menschen mehr oder weniger sanft nötigt, die Sicherheit ihres Leben oder ihrer Gesundheit aus Solidarität mit anderen Menschen der Möglichkeit der Erkrankung und des Todes durch eine vorgeschriebene Impfung auszusetzen, um die anderen Menschen vor einer Infektion mit möglicher Krankheits- oder gar Todesfolge zu bewahren, mißachtet er die Würde der zur Solidarität gezwungenen oder genötigten Menschen.

Die Eingriffe in die Rechte auf körperliche Unversehrtheit und auf Leben tastet die Würde des Menschen derer an, die zur Impfung verpflichtet werden, sowohl im Sinne der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Menschenwürde als auch im Sinne der freiheitlichen Dogmatik der Menschenwürde. Die Impfung kann die Gesundheit oder das Leben kosten (dazu zu 5). Außerdem schützen die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Rechte der körperlichen Unversehrtheit und auf Leben auch das Recht jedes Menschen, allein zu entscheiden, ob er überhaupt in einem Eingriff in seinen Körper zustimmt. Demgemäß darf kein Arzt, kein Krankenhaus einen körperlichen Eingriff vornehmen, ohne daß der Patient eingewilligt hat (§ 630 d Abs. 1 S. 1 BGB). Sonst ist der Eingriff ein Delikt, das, wenn es zum Schaden kommt, nach § 823 BGB zum Schadenersatz (etwa BGH NJW 87, 1481) und nach § 253 Abs. 2 BGB zum Schmerzensgeld verpflichtet. Dieses Argument hat auch der langjährige Innenminister Deutschlands, Otto Schily, der Impfpflicht entgegengesetzt. Er weist auch darauf hin, daß die Impfstoffe nicht hinreichend erprobt seien (Die Impfpflicht ist eine verfassungswidrige Anmaßung des Staates, Weltplus, veröffentlicht am 1. Dezember 2021). Die Allgemeinheit der Impfpflicht rechtfertigt nicht die Impfpflicht jedes Einzelnen. Das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG erlaubt kein weiteres Unrecht (dazu zu VIII 3 e, auch d), erst recht nicht eine Allgemeinheit des Unrechts.

Die Möglichkeit, Opfer der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu werden, ohne dem ent-rinnen zu können, ist real, aber doch begrenzt. Es sind nur eben alle Menschen im Lande, die angesteckt zu werden die Möglichkeit besteht. Das ist jedoch für gut 98 % der Bevölkerung keine realistische Erwartung und schon deshalb keine Gefahr im Sinne des Polizeirechts (dazu zu III).

Im Beschluß vom 10. Februar 2022 (Akz. 1 BvR 2649/21, dazu zu A II 1 c) zur Impfpflicht in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen hat der Erste Senat seine Dogmatik zur Unantastbarkeit der Menschenwürde zu Rn. 19 aufgegeben, die er im Fall der Luftverkehrssicherheit von 15. Februar 2006 unerbittlich zur Geltung gebracht hat. 2006 hat er zu Lasten des Lebens der weitaus größeren Zahl von Menschen entschieden, weil die Tötung auch einer geringeren Zahl von Menschen durch die Bundeswehr, also den Staat, durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verboten sei. In diesem Beschluß vom 10. Februar 2022, der zu A II 1 c auszugsweise wiedergegeben ist, hat der Senat die Pflicht des Staates, das Leben der einen zu schützen, dem Verbot, das Leben der anderen zu opfern, vorgezogen, weil die Gruppe der ersteren weitaus größer ist als die der zweiten Gruppe. Beide Gruppen sind in ihrer körperlichen Unversehrtheit und ihrem Leben gefährdet. Die erste Gruppe hat der Staat vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die Gesundheit und Leben zu gefährden vermag, zu schützen. Die zweite Gruppe kann durch den Impfwang, den der Staat durch die Impfpflicht bewirkt, Gesundheit und Leben verlieren.

Die Argumentation der Regierung, daß alle Menschen gefährdet seien und gefährden können und darum zu den Schutzmaßnahmen verpflichtet werden dürfen und werden müssen, kommt vielen Menschen einleuchtend vor. Wenn alle Menschen Schutzmaßnahmen treffen, wird jedoch die Gefahr für die Menschen, die durch Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gefährdet sind, nicht abgewehrt (dazu zu 5). Alle anderen, die nicht Gefährder im polizeirechtlichen Sinne durch eine Infektion mit dem Virus sind, müßten um des Gemeinwohls willen Hilfestellung geben. Die Abwehr der Infektionsgefahr sei Pflicht zur Solidarität. Es gibt keinen Verfassungssatz, der eine Solidaritätspflicht begründet. Eine Solidaritätspflicht ist sittlich begründet, nicht rechtlich. Das Sittengesetz verpflichtet sittlich nicht rechtlich. Richtig ist, daß sittliche Maximen nicht dem Recht widersprechen dürfen (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 100 ff.). Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 schränken in einem erheblichen Maße die Freiheit ein zu leben, wie man es für richtig hält, und/oder verletzen besondere Grundrechte. Die leichteren Eingriffe wie die Abstandspflicht, die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz, auch noch die Testpflicht sind erträglich, die Kontaktverbote und die Pflicht zur Quarantäne nur schwer. Das Ausgehverbot ist nicht hinnehmbar. Eine Impfpflicht tastet die Menschenwürde an, wie diese das Bundesverfassungsgericht praktiziert, aber auch die Würde des Menschen im freiheitlichen Sinne.

Die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wegen der Würde des Menschen besonders schutzwürdigen Rechte zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, geschützt durch Art. 2 Abs. 1 GG (BVerfGE 54, 148 (153, Rn. 13, u. ö.), und auf Leben und körperlicher Unversehrtheit, geschützt durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (BVerfGE 39, 1, Rnrn 52, 147, 221; 88, 203 ff., Rn. 156, u. ö), stehen nicht zur Disposition eines Solidaritätsprinzips. Das Grundgesetz verfaßt einen Staat, in dem der Einzelne in seiner Würde unantastbar ist, nicht die Gemeinschaft als solche, die aus einer großen Zahl von Einzelnen besteht. Diese grundlegenden Rechtsprinzipien Deutschlands werden durch die Aufgabe des Staates, für Sicherheit zu sorgen, und durch eine auf die Grundrechte des Grundgesetzes und ebenfalls durch die Würde des Menschen gestärkte Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit (dazu zu IV 1) nicht in Frage gestellt, sondern müssen mit den genannten Rechtsprinzipien abwägend und ausgleichend in Einklang gebracht werden, dogmatisiert das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b), Rnrn. 166 ff., 217 ff.; BVerfG

Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rnrrn. 217 ff.; st. Rspr.). Der Staat hat danach alles zu tun, was die Sicherheit der Menschen erfordert, und die Gesetze müssen ihm die nötigen Befugnisse einräumen, aber nur soweit diese Gesetze mit den Grundrechten und der Menschenwürde verträglich sind. Auch die Menschen, die durch die Schutzmaßnahmen vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 geschützt werden, haben nach der verfassungsgerichtlichen Dogmatik das durch das Würdeprinzip geschützte Recht auf Leben und die körperliche Unversehrtheit, aber die Menschen, alle im Lande, die sich impfen zu lassen verpflichtet werden, auch. Diese haben jedenfalls den Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG (Kritik der Schutzpflichtdogmatik zu V 2).

Würde des Menschen heißt richtigerweise, wie insbesondere zu V 1 ausgeführt, Leben unter dem eigenen und zugleich allgemeinen Gesetz. Diese Würde ist die Freiheit. Demgemäß sind die Grundrechte als die Verwirklichung der Menschenrechte (Art. 1 Abs. 2 GG) in Deutschland in ihrem Wesensgehalt unantastbar (Art. 19 Abs. 2 GG). Gesetze, die die Grundrechte in ihren Wesensgehalt antasten, sind keine eigenen und allgemeinen Gesetze der Bürger, im Namen des Volkes beschlossen von den Vertretern des ganzen Volkes. Derartige Gesetze können noch so viele staatliche Zwecke zu verwirklichen versuchen, sie sind nicht der allgemeine Wille des Volkes, der vorrangig in der Verfassung zum Ausdruck gebracht ist. Die Impfpflicht verletzt, wie ausgeführt, Grundrechte ihrem Wesensgehalt. Also ist sie nicht der allgemeine Wille des Volkes und tastet die Würde des Menschen in deren unbedingt zu schützenden Kern an (vgl. BVerfGE 65, 1 (41 f., Ls. 1, Rnrrn. 151 ff.); 78, 77 (84); 80, 367 (378); 100, 313 (358 f.).

f) Mehrheit vor Minderheit

Es kommt für den Schutz der Rechte auf Leben und körperlichen Unversehrtheit nicht darauf an, wie viele Menschen durch die Impfung zu erkranken oder zu sterben Gefahr laufen. Kein menschliches Leben darf zum Objekt staatlicher Maßnahmen zwecks Rettung anderer Menschen gemacht werden, wie das Bundesverfassungsgericht für § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz klargestellt hat (BVerfGE 115, 118 ff., 1 BvR 375/05). Allemal müssen die Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Dafür müssen sie, wie angesprochen, geeignet und notwendig sein, um einer konkreten oder abstrakten Gefahr durch den zu Schutzmaßnahmen verpflichteten Menschen zu wehren (dazu zu V 4). Das hat auch das Bundesverfassungsgericht wegen der Impfpflicht in besonderen Einrichtungen und Unternehmen geprüft (Beschluß vom 27. April 2022, Rdnr. 165 ff., 174 ff.). Die Möglichkeit, daß jeder Mensch andere mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren kann, heißt, wie gesagt, nicht, daß alle Menschen in Deutschland in Gefahr sind, von allen diesen Menschen infiziert zu werden und daß alle Menschen zu einer Verbreitungsgefahr des Virus werden können. Wer sollte jemanden infizieren, wenn er selbst nicht infiziert ist. Für mehr als 98 % weiß man nicht, ob sie infiziert sind und hat dafür keinerlei Anhaltspunkte. Man stelle sich vor, alle Menschen eines Gemeinwesens werden isoliert („abgesondert“), um wirksam einer Pandemie entgegenzuwirken. Eine solche Schutzmaßnahme gegen Infektionen würde wohl ihren Zweck, solange die Maßnahme praktiziert wird, erreichen, wäre aber fraglos gegen Menschenrechte und Grundrechte in deren Wesensgehalt gerichtet, nämlich in die Rechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der Bewegungsfreiheit. Kurz: Es ist nicht gerechtfertigt, Menschen vor Menschen zu schützen, von denen keine erkennbare Gefahr ausgeht. Das aber macht der Schutz gegen die pandemische Infektionsgefahr.

Die Wahrscheinlichkeit eines Impfschadens ist rechtlich relevant in jedem Einzelfall ebenso so groß und ebenso gering wie die der Infektion mit dem Virus durch die Möglichkeit der allseitigen Infektion. Das Bundesverfassungsgericht hat die epidemische Infektionsgefahr mit der Impfgefahr abgewogen und als schwerwiegender eingestuft. Der Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit, die das Gericht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ableitet (dazu zu IV 1 a; u. ö), hat das Gericht eine größere Verpflichtungskraft für den Staat beigemessen als dem Abwehrrecht der Menschen aus eben diesem Grundrecht, das der Staat zu beachten hat. Das schlichte Argument des Ersten Senats ist, daß mehr Menschen durch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erkranken oder sterben können als durch die Schutzimpfung (Beschluß vom 10. Februar 2022 (Akz. 1 BvR 2649/21, siehe A II 1 c), Rnrn 16 ff.).

Das Gericht bevorzugt die Vielen gegenüber den Wenigen, obwohl der Schaden für Leben und Gesundheit für die Mitglieder beider Gruppen ungewiß ist. Allerdings bezieht der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts auch in seine Abwägung ein, daß die erste Gruppe durch Alter, Krankheit usw. stärker gefährdet sei als die zweite Gruppe aus jüngeren Menschen im Arbeitsleben, aber auch die hohe Infektionsgefahr durch das Coronavirus SARS-CoV-2 gegenüber der äußerst seltenen Gefahr der Impfung. Diese Abwägung ist verständlich, macht sich aber von der Unantastbarkeit der Menschenwürde und der Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte frei. Jeder Mensch hat jedoch das Recht zu leben und auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit, jeweils als seine Grundrechte in deren unantastbaren Wesensgehalt geschützt.

Ein Prinzip, die Rechte der Mehrheit den Rechten der Minderheit vorzuziehen, kennt die Rechtsordnung nicht, schon gar nicht, wenn die Rechte ‚gleichgewichtig‘ sind. Jeder Mensch im Lande kann durch das Virus infiziert werden, daran erkranken und sterben, wie auch jeder Mensch im Lande durch die Schutzimpfung erkranken oder sterben kann. Für den betroffenen Menschen ist unerheblich, ob er an der Virusinfektion erkrankt oder stirbt oder an der Impfung. Im ersteren Fall ist der Grund die Corona-Epidemie, die der Staat trotz seiner Schutzpflicht oder besser Pflicht, im Lande für Sicherheit zu sorgen, nicht zu unterbinden vermochte; im zweiten Fall ist es eine Verpflichtung des Staates, die die betroffenen Menschen gezwungen hat, sich der Impfgefahr auszusetzen. Im ersten Fall haben die Schutzmaßnahmen nicht genügt oder auch nicht gewirkt, im zweiten hat der Staat durch seine Anordnung der Impfung und deren Vollzug ein elementares Grundrecht, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit entgegen Art. 19 Abs. 2 GG im Wesensgehalt angetastet. Diese Grundrechtsverletzung mißachtet auch die Menschenwürde, nach welcher Dogmatik auch immer (dazu zu IV 2 a und b, V 2 a und b, VII 6 d und e; auch im Folgenden), weil es um das Leben und die Gesundheit geht, die der Staat verletzt. Das ist ein Grundrechtsverstoß, der dem Staat „in keinem Fall“ erlaubt ist. Mehrheiten von Infektionsopfern oder und Impfopfern sind in dieser Grundrechtslage gänzlich irrelevant. Wie dargelegt sind beide Gruppen im polizeirechtlichen Sinne keine „Gefahr“ für Dritte, solange sie nicht erkennbar am Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt sind. Auf den Krankheitsverlauf und die größere Sterbegefahr nicht geimpfter Personen kommt es für das Gleichbehandlungsgebot nicht an. Für sich selbst ist jeder allein verantwortlich. Die Schutzpflicht des Staates (dazu zu IV 1) besteht gegenüber denen, die nicht infiziert sind.

g) Willkürverbot

aa) Dem Staat ist Willkür, also Unsachlichkeit, verboten (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff.). Alle Bewohner des Landes sollen sich trotz der Möglichkeit, daß sie durch die Impfung ihre Gesundheit oder gar ihr Leben verlieren, impfen lassen. Die allgemeine Möglichkeit der Erkrankung oder des Todes durch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist nicht schon die Wahrscheinlichkeit der Erkrankung oder des Todes bestimmter Menschen daran, also des Schadens im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs, wie zu III 3, 5 und 6 dargelegt. Die Impfung sollte vor einer konkreten oder auch abstrakten Gefahr für Gesundheit und Leben schützen. Das würde eine Impfpflicht rechtfertigen. Immunologisch war der Infektionsschutz durch Impfung nie geklärt, sondern nur eine lange nicht widerlegte Vermutung. Aber die Möglichkeit des Impfdurchbruchs machte die Schutzerwartung zunichte.

bb) Die Impfstoffe sind nicht nur wirkungslos, jedenfalls nicht hinreichend wirksam, sondern können sogar tödlich sein (dazu zu 5). Keinesfalls können sie eine Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 bewirken. § 28 c IfSG genügt nicht der Wirklichkeit und ist somit Willkür (dazu auch zu 5, 6 b und g). Recht ist das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit“ (K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 567 ff., 718, 978 ff., 980, 990 ff. u. ö., zum Rechtsbegriff Kants, S. 279 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 183; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20, vgl. auch S. 50 ff.). Gesetze haben dieses Prinzip des Rechts zu verwirklichen. Sie dürfen keinem anderen Zweck folgen. Eine Theorie ist die bestmögliche Erkenntnis der Wirklichkeit, der Wahrheit. Der Begriff der Wahrheit bezieht sich auf die Wirklichkeit. Wahrheit ist die bestmögliche Übereinstimmung der Theorie mit den Tatsachen (K. R. Popper, Logik der Forschung, 4. Aufl. 1971, S. 214, 219, u. ö.; ders., Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf, 4. Aufl. 1984, S. 44 ff., 100, 276, 333 ff., 337, 342, u. ö.; K. A. Schachtschneider, Der „Stand von Wissenschaft und Technik“, S. 106 f., 111 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 282, 297, 313). Die Hypothese eines Nutzens der Impfungen für das Leben und die körperliche Unversehrtheit genügen offenkundig nicht der Wirklichkeit. Diese Hypothesen oder Theorien sind falsifiziert, widerlegt. Gesetze, die den Irrtum, daß die Impfungen die Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 stärken und für das Leben und die körperliche Unversehrtheit förderlich seien, zum Tatbestand eines Rechte und Pflichten regelnden Gesetz zu machen, sind der Wahrheit als der Wirklichkeit zuwider. Das ist mit der Wahrheitsprinzip eines Rechtsstaates unvereinbar. Es ist demgemäß auch mit der Freiheit, die das Grundgesetz schützt, nicht vereinbar. Es gibt keine Freiheit ohne Wahrheit.

Karl Jaspers (Wahrheit, Freiheit, Friede. Rede, gehalten am 28. September 1958 in der Paulskirche zu Frankfurt/M. anlässlich der Verleihung des Friedenspreises des Deutschen Buchhandels, 1958, in: ders., Lebensfragen der deutschen Politik, 1963, S. 158 ff.), S. 169:

„Friede ist nur durch Freiheit, Freiheit nur durch Wahrheit möglich. Daher ist Unwahrheit das eigentlich Böse, jeden Frieden Vernichtende...“

Wahrheitswidrige Gesetze sind Willkür. Solche Gesetze wie § 28 c IfSG sind verfassungswidrig und nichtig. Das gilt erst recht, wenn immunisierende Wirkungen derartiger Impfungen, also eine Wirklichkeit, die nicht besteht, fingiert werden.

cc) Die Impfpflicht für alle ist, weil sie weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr abwehrt, Willkür gegenüber jedem einzelnen Menschen, der die Impfung hinnehmen muß, es sei denn, sie erhöht die allgemeine Sicherheit in der Infektionsgefahrenlage und ist dadurch als gesetzlicher Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG gerechtfertigt, soweit sie nicht vorrangige Rechte beeinträchtigt.

Die allgemeine Impfpflicht nimmt jeden Einzelnen in Anspruch und beeinträchtigt seine mehrfach genannten Grundrechte im Wesensgehalt, ohne daß er erkennbar polizeirechtlich Gefährder/Störer wäre, der zur Unterlassung der Gefährdung anderer verpflichtet ist. Die den Staat wesentlich bestimmende Aufgabe, die Sicherheit seiner Bürger nach innen und außen zu gewährleisten, soll und darf der Staat im freiheitlichen Rechtsstaat nur in den Grenzen der Grundrechte wahrnehmen. Die Grundrechte stehen nicht unter einem allgemeinen Vorbehalt der Sicherheit, auch nicht einer Infektionssicherheit in einer Pandemie. Sicherheitspolitik setzt Eingriffsvorbehalte der einzelnen Grundrechte voraus, die es dem Staat erlauben, in den Grenzen der Vorbehalte in die grundrechtsgeschützten Rechte einzugreifen, soweit das nicht anderen Grundrechten widerspricht und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt (dazu zu III 6 f, IV 2 c). Hinzu kommt, daß die allgemeine Impfpflicht die Sicherheit nicht erhöht, sondern mindert, erstens, weil die Sicherheit der Impfstoffe nicht gewährleistet ist, zweitens, weil die Infektionsmöglichkeit durch die Impfung nicht relevant verringert wird, und drittens, weil die Impfung zusätzliche Gefahren schafft.

h) Verhältnismäßigkeit der Impfpflicht

Auch die Impfpflicht muß, wie alle Maßnahmen des Staates dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, unabhängig davon, ob sie Grundrechte unmittelbar oder mittelbar einschränken (dazu V 4). Dafür müssen sie, wie angesprochen, geeignet und notwendig sein, um einer konkreten oder abstrakten Gefahr durch den zu Schutzmaßnahmen verpflichteten Menschen zu wehren. Sie müssen aber auch diesem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht werden, wenn sie einer pandemischen Infektionsgefahr entgegenwirken wollen. Das Bundesverfassungsgericht hat auf der (ungenannten) dogmatischen Grundlage der Infektionsgefahr im Beschluß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) zur Impfpflicht in Einrichtungen und Unternehmen die Verhältnismäßigkeit derselben ausführlich erörtert (Rdnr. 165 ff., 174 ff.). Zu 3 habe ich das berichtet und dazu Stellung genommen.

Die rechtliche Verpflichtung oder faktische Nötigung zur Impfung ist als Schutzmaßnahme gegen eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 schon deswegen ungeeignet, weil die Impfung Infektionen nicht ausschließt und allenfalls in einem rechtlich nicht relevanten Maße mindert (dazu 5). Der Zweck der Impfpflicht kann nicht erreicht werden, andere Menschen vor Infektion mit und Erkrankung an dem Virus zu bewahren und auch das Gesundheitssystem zu entlasten. Die Mitteilungen über die unterschiedlichen Inzidenzen der gegen das Virus geimpften und der nicht geimpften Personen sind wenig ergiebig. Die einen sagen, es seien allenfalls 10 % der Intensivpatienten, die geimpft sind, die anderen meinen, es seien 30 % oder fast 50 %. Das RKI hatte längst vor dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d) eingeräumt, daß geimpfte Personen weiter mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert werden und andere Menschen infizieren können, selbst nach der Auffrischimpfung (siehe zu VII 5 d). Je länger die Impfung her ist, desto mehr nimmt ihre Wirkung ab, ist festgestellt worden (vgl. BVerfG Beschluß vom 27. April 2022, Rdnr. 177 ff.).

Das RKI hat die Wirkkraft einer Auffrischimpfung auf etwa drei Monate festgelegt. Die Wirkkraft einer Impfung hängt von derart vielen Faktoren ab, daß ihre Dauer zu administrativen schlechterdings nicht zu überzeugen vermag. Damit wächst erneut die Möglichkeit der Infektion. Deswegen empfiehlt auch das RKI nicht nur eine dritte Impfung, sondern eine vierte und fünfte Impfung. Weitere Impfeempfehlungen werden folgen. Das erweckt den Eindruck, daß die Meinungsbildung im RKI nicht nur von wissenschaftlichen Erkenntnissen bestimmt ist (A. Kekulé, 2 G-Regel ist Unsinn – weil sie auf vollkommen falscher RKI-Behauptung beruht, Focus 3. September 2021).

Strategiepapier "Vorbereitung auf den Herbst/Winter 2021/22" – Robert-Koch-Institut (Stand 22. 7. 2021):

"Die Vorstellung des Erreichens einer „Herdenimmunität“ im Sinne einer Elimination oder sogar Eradikation des Virus ist (...) nicht realistisch."

Die Inzidenzen sind fast in allen Ländern trotz hoher Impfquoten gestiegen, in Irland mit 90% Impfquote besonders drastisch, zur bisher höchsten Inzidenz des Landes. Die epidemische Lage bleibt im Wesentlichen unverändert. Geeignet ist die Impfung nicht, um ihren Zweck zu erreichen.

Die Impfpflicht für alle außerdem nicht durchsetzbar ist, weil in Deutschland bislang kein Impfregeister aller Menschen im Lande geführt wird, im Gegensatz zu anderen Ländern, etwa Spanien. Der überzogene Datenschutz hindert Deutschland daran. Ein Gesetz, dessen Vollzug nicht gesichert ist (lex imperfecta), ist wegen Gleichheitswidrigkeit rechtsstaatswidrig (so im Grundsatz BVerfGE 84, 239 ff., Rn. 115 ff.; 110, 94 ff., Rn. 115 ff., aber zurückhaltend, zu Steuervorschriften).

Die Impfpflicht ist ungeeignet, um ihren Zweck, die Gefahren oder die Möglichkeit der Gefahren durch Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren, zu erreichen oder auch nur zu fördern. Sie ist schon wegen ihrer Ungeeignetheit unnötig und verfehlt das rechte Maß staatlicher Maßnahmen. Sie verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, verletzt die beschränkten Grundrechte und schadet dem Rechtsstaat.

Die mangelnde Eignung der Schutzimpfung, die Corona-Pandemie einzudämmen, führt auch zur Ungeeignetheit und damit Unverhältnismäßigkeit auch der 2 G-Regel (dazu zu VIII).

Das Bundesverfassungsgericht jedoch hat nach umfangreicher Erörterung an der Eignung der Pflicht der in den in § 20 a IfSG aufgeführten Einrichtungen und Unternehmungen Beschäftigten zum Nachweis der immunisierenden, jedenfalls dreifachen Impfung, das Leben und die körperliche Unversehrtheit der vulnerablen Gruppen in den Einrichtungen und Unternehmungen zu schützen, keine Bedenken (Beschuß vom 27. April 2022 (siehe A II 1 d), Rn. 165 ff., 174 f.). Freilich lasse die Wirkung der Impfung nach (Beschuß vom 27. April 2022, Rdnr. 177 ff.). Deswegen sei die dritte Impfung erst die vollständige Impfung, auch rechtlich ab dem 1. Oktober 2022 (Beschuß vom 27. April 2022, Rn. 200). Eine vierte und fünfte Impfung werde bereits empfohlen.

i) Neminem laedere

Kein Mensch darf anderen Schaden zufügen. Der Grundsatz des *neminem laedere* ist ein Leitgedanke des Rechts (J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, 1992, Allgemeine Grundrechtslehren, § 111, Rdnr. 89, 102 ff., 128, 134 f., 140, 151, 157, 177).

Art. 4 und Art. 6 S. 1 und 2 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.”

“La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers vom 24. August 1789:

"Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. Also hat die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen keine Grenzen als jene, die den übrigen Gliedern der Gesellschaft den Genuß der nämlichen Rechte sichern. Diese Grenzen können nur durch das Gesetz bestimmt werden."

"Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger sind befugt, zur Feststellung desselben persönlich oder durch ihren Repräsentanten mitzuwirken. Es soll für alle gleich sein, mag es beschützen, mag es bestrafen. Da alle Bürger in seinen Augen gleich sind, sind sie gleicherweise zu allen Würden, Stellungen und Ämtern zugelassen, nur nach ihrer Fähigkeit, ohne einen anderen Unterschied als den ihrer Tugenden und ihrer Talente“.

Eine wesentliche Vorschrift dieser Rechtsgrundsätze ist § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Das Deliktsrecht ist Kern des Freiheitsschutzes. Es schützt die „Rechte anderer“, die Art. 2 Abs. 1 GG als eine Grenze des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit benennt. Gefahren sind die Wahrscheinlichkeit eines Schadens für andere Menschen, wie wiederholt gesagt. Wenn jedoch jede Möglichkeit unterbunden werden soll, daß Menschen durch andere Menschen in ihrer Gesundheit oder ihrem Leben verletzt werden oder sonst Schaden erleiden, muß der Mensch in seinem Wesen geändert werden, etwa im Sinne des Posthumanismus. Eine solche Entwicklung wäre das Ende der Menschheit des Menschen, seines Wesens und seiner Würde.

j) Impfpflichten von Soldaten

Auch Soldaten dürfen nicht durch Impfungen in Lebensgefahr gebracht werden.

aa) Nur zur Abwehr einer existentiellen Gefahr für das Land ist der Staat berechtigt, das Leben von Menschen oder deren körperliche Unversehrtheit in Gefahr zu bringen, nämlich das der Soldaten im Verteidigungsfall, des Angriffs des Bundesgebietes mit Waffengewalt (Art. 87 a GG, Art. 115 a GG). Die Verteidigung ist Notwehr, ein naturgegebenes Recht der Völker und Staaten, wie Art. 51 S. 1 der Charta der Vereinten Nationen erweist. Die Bundeswehr darf denn auch nur zur Verteidigung eingesetzt werden, nicht etwa zu Angriffskriegen im Rahmen eines Verteidigungsbündnisses, auch nicht zur humanitären Intervention in andere Länder, schon gar nicht zum Zwecke von ‚nation building‘, etwa um in einem fremden Staat die Menschenrechte durchzusetzen, so wie Deutschland diese versteht,

gegen die Sitten und Gebräuche der fremden Völker, die zum Teil eine eigene Menschenrechtserklärung haben. Die Kairoer Menschenrechtserklärung von 57 islamischen Staaten von 1980 stellen freilich die Scharia über die Menschenrechte (dazu K. A. Schachtschneider, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, 2011, S. 66 ff., insb. 85 ff.). Das ist ihre Sache, nicht die unsere. Wir in Deutschland haben eine andere Kultur, die des Vorranges des Staates vor der Religion, schon gar vor einer politischen Religion. Das ist die Kultur der Aufklärung (dazu K. A. Schachtschneider, Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Islam, 2. Aufl. 2011).

bb) In engen Grenzen kommt auch der Einsatz der Streitkräfte nach Art. 87 a. Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 91 Abs. 2 GG zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes in Betracht, wenn die Polizeikräfte auch weiterer Länder Deutschlands sowie der Bundesgrenzschutz beim Schutz von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer nicht ausreichen. Ähnlich kommt der Einsatz der Streitkräfte auch nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG im Rahmen der Rechts- und Amtshilfe zur Unterstützung bei Naturkatastrophen und bei einem besonders schweren Unglücksfall in Frage. Aber die vermeintliche Pandemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 ist keine Naturkatastrophe und auch kein Unglücksfall. Die Streitkräfte sollen auch nicht eingesetzt werden. Das sind Fälle des äußeren und eines bestimmten inneren Notstandes, die das Grundgesetz regelt.

k) Quintessenz

Die Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verletzt die Grundrechte im Wesensgehalt und ist verfassungswidrig.

IX

2 G-Regel anstelle der 3 G-Regel

Vor den „Erleichterungen oder Ausnahmen von den Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes“, des Infektionsschutzgesetzes, auf Grund des § 28 c IfSG konnte für bestimmte Handlungen nach § 28 a Abs. 1 Nr. 2 a IfSG anstelle der 3 G-Regel auch die 2 G-Regel angeordnet werden. Außer der Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und der Genesung von dem Virus genügte im Allgemeinen der negative Testnachweis einer Infizierung mit dem Virus, wenn er denn in den Schutzverordnungen vorgesehen war, um weitgehend am öffentlichen Leben teilnehmen, etwa sich in bestimmten Räumen aufhalten, zu dürfen. Nach Absatz 6 S. 1 des § 28a IfSG konnten „Schutzmaßnahmen wie die G 2-Regel auch kumulativ angeordnet werden, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist“ (dazu zu II 2 c, 5 a).

1. 2 G- Regel

a) 2 G-Regel statt 3 G-Regel

aa) Die 2 G-Regel war seit den Verordnungen, die nach dem Inkrafttreten des § 28 c IfSG von der Bundesregierung und den meisten Landesregierungen erlassen wurden, in der Regel an die Stelle der 3 G-Regel oder auch an die Stelle der Pflicht, eine negativen Test nachzuweisen, getreten. Die 3 G-

Regelung hatte für das Recht, am öffentlichen Leben teilnehmen zu dürfen, dreierlei Nachweise für eine als gering eingestufte Gefahr der Infizierung anderer Menschen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgesehen, nämlich eine hinreichende Immunität durch die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die Genesung von dem Coronavirus und eben den aktuellen negativen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest einer Infektion mit dem Coronavirus. Die 2 G Regel, in Berlin 2 G-Bedingung genannt, erlaubte die Teilnahme am öffentlichen Leben grundsätzlich nur noch, wenn entweder die sogenannte grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus oder die Genesung von der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachgewiesen wurde (2 G-Regel). Für die Grundimmunität genügte außer der Genesung lange die zweimalige, dann die dreimalige Impfung und, wenn nötig, weitere Impfungen mit einem die Infektion hemmenden oder eine Krankheit mäßigendem Impfstoff (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Stand 11. November 2022). Der negative Schnelltestnachweis einer Infizierung mit dem Coronavirus genügt dafür nicht mehr. Die „Verantwortlichen“ für bestimmte „Veranstaltungen“ waren befugt, zu entscheiden, ob sie die 2 G-Regel für die Teilnahme an der von ihnen verantworteten Veranstaltung verlangen oder die 3 G-Regel genügen lassen. Es gab näher geregelte Ausnahmen in den Verordnungen. So regelten die §§ 8, 9 der Vierten wie schon §§ 8, 8 a der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins.

Die 2 G-Regel wurde weitgehend durch die 2 G Plus-Regel verstärkt oder, wenn man so will, verbösert. Ein Grund der 2 G-Plus-Regel dürfte gewesen sein, daß der Verlässlichkeit der Schutzimpfung oder der Genesung gegen bzw. von der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht mehr vertraut hat. Deswegen wurde neben dem Impfschutz auf die zweckgerechtere Regel des nachgewiesenen negativen Tests zurückgegriffen. Ausgerechnet dieser Nachweis, daß für eine bestimmte (kurze) Zeit keine Ansteckungsgefahr von einem Menschen ausgeht, sollte durch die Verpflichtung zum Impfnachweis gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (wenn nicht genesen) nicht genügen, wenn man am allgemeinen Leben teilnehmen wollte. Das ließ und läßt um einen weiteren Aspekt an der Wirksamkeit der Impfung als Schutzmaßnahme gegen Infektionen zweifeln (dazu zu VII 5).

Die Novelle zum Infektionsschutzgesetz vom 18. November 2021 hatte in dem geänderten Absatz 7 Nr. 3 des § 28 a IfSG den Ländern ermöglicht, in den diesen übertragenen Regelungen der Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 durchgehend die 2 G-Regel mit oder ohne zusätzliche Pflicht, Mund und Nase zu bedecken, die 2 G-Regel Plus also, vorzuschreiben. In § 28 a IfSG in der Fassung des Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) steht diese Regelung in Nr. 4 des Absatz 7. Die im Anhang zu 1 g wiedergegebene Regelung des § 28 a IfSG neuer Fassung lautet:

„(7) Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind:

4. die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in den oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen, ...“

Die Befristung der vorherigen Regelung in Nr. 3 „bis zum Ablauf des 19. März 2022“ steht in der Nr. 4 des § 28 a Abs. 7 IfSG neuer Fassung nicht mehr. Sie war schon in der Neufassung der Vorschrift durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften vom 18. März 2022 entfallen.

bb) Die Landesregierungen waren auf Grund der Ermächtigung des § 32 des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung vom 10. Dezember 2021 befugt, anstelle der 3 G-Regel eine 2 G-Regel vorzuschreiben. Das stand „für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag“ in § 28 a Abs. 1 Nr. 2 a IfSG bis zum 23. September 2022 (Absatz 10 des § 28 a IfSG).

Nach der Novelle § 28 a Abs. 7 des Infektionsschutzgesetzes können die Landesregierungen die 3 G-Regel oder die 2 G Regel, sogar die 2 G Plus-Regel für Veranstaltungen vorschreiben.

§ 28 a Abs. 1 Nr. 2 a IfSG hatte bundesrechtlich die Wahl der Schutzmittel, nämlich Impfung, Genesung oder eben nur negativer Test ermöglicht. Diese Schutzmaßnahmen konnten auch kumulativ angeordnet werden (dazu zu II 2 c, 5 a).

Die Nr. 2 a des § 28 a Abs. 1 ist seit der Neufassung der Vorschrift durch Art. 1 b der Verordnung vom 16. September 2021 Nr. 3. Die Befristung des Absatzes 10 ist, wie gesagt, weggefallen.

Auch „unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ stand nach § 28 a Abs. 8 IfSG in der Fassung vom 18. März 2022 „in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, einer G 2-Regel nichts entgegen. Auch in dieser Lage, „sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt hatte, gehörte nach Nr. 3 des Satzes 1 des Absatz 8 des § 28 a IfSG zu den „notwendigen Schutzmaßnahmen“ „die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises nach § 22 a Absatz 1 bis 3 einschließlich der Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 und § 36 Absatz 1 sowie in Betrieben, in Einrichtungen oder Angeboten mit Publikumsverkehr,“. Diese Verpflichtungen zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweise konnten alternativ oder auch kumulativ angeordnet werden, kumulativ nur, soweit das zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich war.

Die konkrete Gefahr im Sinne des § 28 a Abs. 8 IfSG in der Fassung des 18. März 2022 definiert dessen Satz 2:

„Eine konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, wenn

1. in der jeweiligen Gebietskörperschaft die Ausbreitung einer Virusvariante des Coronavirus-SARS-CoV-2 festgestellt wird, die eine signifikant höhere Pathogenität aufweist, oder
2. auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen oder eines besonders starken Anstiegs an Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft droht.

Die Fassung des § 28 a Abs. 8 S. 2 IfSG vom 28. Juni 2022 hat diese Definition beibehalten

b) 2 G-Bedingung in Berlin

Die 2 G -Bedingung des § 9 der Vierten SARS-CoV-2- Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins stand in Verbindung mit § 8 der Verordnung. Die Vorschriften lauteten:

„§ 8 3 G-Bedingung

(1) Die 3G-Bedingung gibt Verantwortlichen auf, Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen nur für geimpfte, genesene oder getestete Personen zugänglich zu machen.

(2) Folgenden Personen ist der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen unter der 3G-Bedingung eröffnet:

1. Geimpften Personen, die mit einem von der Europäischen Union zugelassenen Impfstoff gegen Covid-19 geimpft sind und deren letzte erforderliche Impfung mindestens 14 Tage zurückliegt.
2. Genesenen Personen, die ein mehr als sechs Monate zurückliegendes positives PCR-Testergebnis auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen können und die mindestens eine Impfung gegen Covid-19 mit einem von der Europäischen Union zugelassenen Impfstoff erhalten haben und deren letzte Impfung mindestens 14 Tage zurückliegt, sowie
3. Genesenen Personen, die ein mindestens 28 Tage und höchstens sechs Monate zurückliegendes positives PCR-Testergebnis auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen können.

(3) Der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen ist für den Personenkreis nach Absatz 2 nur eröffnet, sofern diese keine typischen Symptome, die auf eine Erkrankung mit COVID-19 im Sinne der dafür jeweils aktuellen Kriterien des Robert Koch-Instituts hinweisen, aufweisen.

(4) Der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen unter der 3G-Bedingung ist auch für negativ getestete Personen im Sinne des § 6 eröffnet; § 6 Absatz 2 gilt entsprechend.

(5) Eine nach dieser Verordnung vorgeschriebene Pflicht, negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet zu sein oder ein negatives Testergebnis einer mittels anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen zu müssen oder ein Testangebot annehmen zu müssen oder statt dessen eine Testung vornehmen lassen zu müssen, entfällt für den in Absatz 2 Nummer 1 bis 4 genannten Personenkreis.

(6) Der Nachweis nach Absatz 2 oder die Bescheinigung gemäß § 6 Absatz 1 sind den zuständigen Behörden zum Zwecke der Kontrolle von der nach dieser Verordnung bestehenden 3G-Bedingung auf Verlangen vorzuzeigen.“

„§ 9 2 G-Bedingung

(1) Die 2 G-Bedingung soll Verantwortlichen die Möglichkeit eröffnen, Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen nur für geimpfte und genesene Personen zugänglich zu machen und im Gegenzug Erleichterungen von den Bestimmungen dieser Verordnung zu erlangen. Von dieser Möglichkeit kann auch für einzelne Tage oder für begrenzte Zeiträume Gebrauch gemacht werden.

(2) Soweit nach dieser Verordnung die Möglichkeit eröffnet wird, die Durchführung von Veranstaltungen oder die Öffnung von Betrieben und Einrichtungen unter die 2G-Bedingung zu stellen, gilt bei Wahl dieser Möglichkeit, folgendes:

1. Es dürfen ausschließlich Personen im Sinne von § 8 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 eingelassen werden, ausgenommen sind
 - a) Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben; diese müssen negativ getestet sein, § 6 Absatz 2 gilt entsprechend; und
 - b) Personen, die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können; diese müssen mittels eines Tests gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 negativ getestet sein und die Impfunfähigkeit mittels einer ärztlichen Bescheinigung nachweisen.
2. Das Personal, das mit Kundinnen und Kunden oder Zuschauenden in unmittelbarem Kontakt kommt, darf nur aus Personen im Sinne von Nummer 1 bestehen oder muss an jedem Tag des Arbeitseinsatzes eine negative Testung im Sinne von § 6 nachweisen, wobei die Verantwortlichen in diesem Fall verpflichtet sind, das Ergebnis der Testung zu dokumentieren;
3. In den Bereichen der Betriebs- oder Veranstaltungsräume, in denen die 2G-Bedingung gilt, dürfen sich keine Personen aufhalten, die nicht unter § 8 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 fallen; Nummer 2 gilt entsprechend;
4. Die Verantwortlichen haben das Vorliegen der Voraussetzung nach den Nummern 1 bis 3 sicherzustellen und Personen, auf die diese Voraussetzungen nicht zutreffen, den Zutritt zu verweigern; sie dürfen hierfür Nachweise im Sinne von § 8 Absatz 1 überprüfen; der Nachweis der Impfung gegen oder der Genesung von SARS-CoV-2 muss digital verifizierbar sein, wobei dies nicht für Personen im Sinne des § 8 Absatz 2 Nummer 2 gilt; beim Zutritt müssen die Nachweise digital verifiziert und mit einem Lichtbildausweis abgeglichen werden; der Nachweis im Sinne von Nummer 1 und 2 sowie von § 8 Absatz 2 ist den zuständigen Behörden zum Zwecke der Kontrolle von der nach dieser Verordnung bestehenden 2G-Bedingung auf Verlangen vorzuzeigen;
5. Für die Dauer der Geltung der 2G-Bedingung haben die Verantwortlichen auf die Geltung der 2G-Bedingung in geeigneter Weise, insbesondere im Eingangsbereich hinzuweisen;
6. In den Bereichen der Betriebs- oder Veranstaltungsräume, in denen die 2G-Bedingung gilt, besteht Maskenpflicht nach § 2 oder soweit dies nicht möglich ist, besteht nach Wahl der Verantwortlichen einheitlich die Pflicht, den Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 einzuhalten oder das Erfordernis einer negativen Testung nach § 6, sofern nichts anderes in dieser Verordnung bestimmt ist; die jeweils zuständige Senatsverwaltung kann in einem bereichsspezifischen Hygienerahmenkonzept Näheres zu diesem Wahlrecht bestimmen;
7. Sofern im Sinne der Nummer 6 Maskenpflicht oder das Erfordernis einer negativen Testung besteht, besteht die Pflicht, den Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 einzuhalten, nicht.

(3) Die Voraussetzungen von Absatz 2 Nummer 1 bis 7 gelten entsprechend, soweit die Geltung der 2G-Bedingung in dieser Verordnung vorgeschrieben wird.

Regelungsbefugnisse hatten die Landesregierungen schon durch ihre von der Bundesregierung (verfassungswidrig, dazu zu I 2) erteilten Ermächtigung auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG, Erleichterungen und Ausnahmen von den Geboten und Verboten des fünften Teiles (Abschnitts) des Infektionsschutzgesetzes zu erlassen. Berlin hat von der Ermächtigung in §§ 8, 9 der Vierten wie schon der Dritten Diese (§§ 8, 8 a) SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Gebrauch gemacht (dazu I 3 a, 7 a).

§ 9 der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 23. Dezember 2021 hatte die 2 G-Bedingung definiert. Absatz 1 der Vorschrift hatte den Verantwortlichen ermöglicht, Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen nur für geimpfte und genesene Personen zugänglich zu machen. Absatz 2 hatte die näheren Voraussetzungen, Ausnahmen und Pflichten der Verantwortlichen bestimmt.

Die 3 G-Regel hat der Senat Berlins verschiedentlich mit der Option des Veranstalters verbunden, die 2 G-Regel anzuordnen, so in § 9 Abs. 1 und 2 der Verordnung für Veranstaltungen allgemein, § 14 Abs. 4 für Versammlungen in geschlossenen Räumen, § 18 Abs. 2 S. 5, Abs. 4 für Gaststätten, soweit keine geschlossenen Räume betroffen sind, sonst ohnehin. Nach § 11 Abs. 9 mit näher geregelten Erleichterungen, § 17 Abs. 1 S. 2 für Dienstleistungen, § 17 Abs. 3 S. 2 für sexuelle Dienstleistungen, S. 4 für Prostitutionsveranstaltungen. § 19 Abs. 1 S. 1 schrieb für touristischen Angebote die 2 G-Regel vor, soweit geschlossene Räume betroffen waren, sonst nach Satz 2 die 3 G-Regel. Beherbergungen waren nach § 19 Abs. 2 nur mit der 2 G-Regel erlaubt, nicht anders nach § 29 Abs. 2 und 3 die Öffnung bestimmter kultureller Einrichtungen, § 19 Abs. 2 S. 4 für Übernachtungen in Hotels usw., § 29 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 6 in Verb. mit § 11 für kulturelle Einrichtungen usw. Nach § 31 Abs. 1 galt für Sportbereiche und andere Veranstaltungen die 2 G-Regel mit Ausnahmen nach Absatz 4. § 33 hatte für den sportlichen Wettkampfbetrieb die 3 G-Regel genügen lassen, aber die 2G-Bedingung anzuwenden ermöglicht. § 34 Abs. 1 hat Tanzlustbarkeiten in geschlossenen Räumen für Publikumsverkehr nur unter 2 G-Bedingung, sonst mit der 3 G-Bedingung zugelassen. Nach § 34 Abs. 2 waren für Aufgüsse und Dampfbäder in Saunen usw. nur unter 2 G-Bedingung erlaubt, ebenso nach Absatz 5 S. 4 für Saunen, Vergnügungsstätten Zoologischer Garten Berlin einschließlich Aquarium und Tierpark Berlin, Botanischer Garten.

Nach der Novelle § 28 a Abs. 7 des Infektionsschutzgesetzes können die Landesregierungen, wie schon angesprochen, die 3 G-Regel oder die 2 G Regel, sogar die 2 G Plus-Regel für Veranstaltungen vorschreiben.

Die Tagesschau der ARD vom 17. November 2021 hat berichtet:

„In der Hauptstadt haben nur noch Geimpfte und Genesene Zutritt beispielsweise zu Restaurants, Kinos, Theatern, Museen oder Galerien. Gleiches gilt für Freizeiteinrichtungen wie Saunen und Thermen, Vergnügungsstätten, zu denen etwa Spielhallen zählen, sowie für geschlossene Räume in Freizeitparks oder Zoos. Ausgenommen von der neuen Regelung sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben. Für sie reicht weiterhin ein nachgewiesener negativer Corona-Test.“

Eingeschränkt zugänglich sind auch Dienstleistungen im Bereich der Körperpflege, also sowohl im Kosmetikstudio als auch im Friseursalon. Im Fall von körpernahen Dienstleistungen, für die die 2G-Regel nicht gilt - wie medizinische Fußpflege, Ergotherapie oder Behandlungen beim Heilpraktiker - ist das Maskentragen Pflicht. Ausgenommen von der 2G-Regel ist in Berlin auch der Tourismusbereich - sprich Hotels und Pensionen.

Die derzeit geltenden Regeln könnten angesichts hoher Fallzahlen allerdings bald verschärft werden: Nach Aussage des Regierenden Bürgermeisters Michael Müller (SPD) bereitet der Berliner Senat dies bereits vor. 2G-Plus könne dann ein zusätzliches Instrument werden. Der Senat will aber die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz am Donnerstag abwarten“.

Die ursprüngliche SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022 kannte die 2G-Bedingung als solche nicht mehr, aber noch besondere Regelungen für geimpfte, vollständig geimpfte oder genesene Personen, also die 2 G Regel, sowie Testpflichten. In den § 2 Abs. 2 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 2 waren für Einrichtungen und Unternehmungen Verpflichtungen zur Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vorgesehen, in der Neufassung vom 19. Juli 2022 nur noch der Maskenschutz bzw. Testpflicht. Die Regelungen in § 4 Abs. 2 S. 3 lit und b, § 5 Abs. 2 S. 2, § 5 Abs. 3 S. 1 und § 6 Abs. 5 S. 2 sahen Besonderheiten für geimpfte oder genesene Personen vor. Der im Anhang zu 4 wiedergegebenen SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 29. März 2022 in der Fassung der Vierten wie der Fünften Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 23. Juni 2022 bzw. 19. Juli 2022 ist ein neuer Regelungsstand zu entnehmen, der weitaus geringere Grundrechtsbeeinträchtigungen vorsieht. Diese Verordnung ist am 23. August 2022 außer Kraft getreten.

§ 1 der Zweiten SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung von 27. September 2022 ordnet eine Medizinische Gesichtsmaske und Atemschutzmaske, letztere nach § 2 vor allem in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs und in Obdachlosenunterkünften und Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern. §§ 3 ff. fordert Testnachweise von negativen Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und Maskenpflicht an Schulen (§ 5), ermöglicht medizinische Maskenpflicht und Testpflicht im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe (§ 7), verpflichtet zur Absonderung (§ 8), Meldepflichten zugelassener Krankenhäuser (§ 9).

Die Verordnung ist am 28. Oktober 2022 außer Kraft getreten (§ 12 Abs. 2).

Das dürfte eine vorübergehende Verordnungslage bleiben, weil für den Herbst und Winter 2022/23 eine erneute starke Welle der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in welcher Variante auch immer erwartet werden muß und erwartet wird, für die Schutzmaßnahmen vorgeschrieben werden dürften, die sich an die früheren Regelungen wie die Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins anlehnen. Schon wegen dieser Erwartung sind durchgehend die Ausführungen zu dieser Verordnung Berlins geboten.

2. Grundrechtsbindung der „Verantwortlichen“

Die Verantwortlichen für Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen hatten die Möglichkeit, diese „Unternehmungen“ nur den gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

geimpften und von einer Coronavirus SARS-CoV-2-Erkrankung genesenen Personen zugänglich zu machen. Sie konnten aber von den Menschen, die sich in ihre Räume begeben, nicht nur 2 G-Schutz, d. h. entweder die (vermeintlich) immunisierende Impfung oder Genesung, sondern auch (wie schon bisher) den 3 G-Schutz verlangen, also eine negatives Testergebnis, das nicht älter als 24 Stunden ist. Genesen ist, wer nach einem positiven PCR-Test auf die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nach gewissem Zeitablauf negativ getestet wurde. Die Infektion wird fragwürdig als Krankheit angesehen (dazu zu II 3 a und b).

Dementsprechend konnten die „Verantwortlichen“ alle Menschen, die nicht geimpft oder genesen waren, vom Zugang zu ‚ihrem‘ Unternehmen ausschließen. Das hat faktisch für alle, die an diesen „Unternehmungen“ teilnehmen wollen, eine Impfpflicht bewirkt, falls sie nicht von der Krankheit an dem Coronavirus SARS-CoV-2 genesen waren oder aus anderen Gründen von der Pflicht freigestellt sind, Abwehrmaßnahmen gegen die Ansteckung mit dem Coronavirus zu beachten.

Die „Unternehmungen“ sind nicht nur private „Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen“, sondern auch öffentliche, also „Unternehmungen“ des Bundes etwa in Berlin, Unternehmungen des Landes Berlin und der Bezirke Berlins, aber auch „Unternehmungen“ der Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts in Berlin. Das ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins. „Einrichtungen“ ist das übliche Wort für staatliche oder kommunale Institutionen zur Durchführung öffentlicher Aufgaben. Für bestimmte Institutionen des Staates oder von Kommunen, die vor allem wirtschaftlichen Agenden dienen, ist das Wort „Betriebe“ üblich, etwa öffentliche Betriebe. Der Begriff „Veranstaltungen“ ist allgemeiner als der Begriff „Betriebe“ und damit jedenfalls in der Verordnung Berlins auch der Begriff „Veranstaltungen“. Es können öffentliche oder private Veranstaltungen sein. Das gilt auch für „Unternehmen“, nämlich die öffentlichen Unternehmen oder Staatsunternehmen. All diese Institutionen oder eben Unternehmen des Staates werden entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich betrieben, privatrechtlich zu Unrecht (K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986, durchgehend), aber darauf kommt es für den Regelungsgehalt des § 9 der Berliner Infektionsschutzmaßnahmenverordnung nicht an.

Die Befugnis, die Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 die für die Unternehmen Verantwortlichen bestimmen zu lassen, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich den „Verantwortlichen“ zu erlauben, die 2 G-Regel an Stelle der 3 G-Regel vorzuschreiben, angeblich um eine höhere Wirksamkeit des Schutzes vor den Infektionen mit dem Coronavirus zu erreichen, freilich nicht eingedenk der Rechtswidrigkeit dieser Politik, die vor allem entgegen der Impffreiheit eine sogenannte Herdenimmunität durchsetzen will. Dafür eignet sich die Nötigung zur Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 bestens, weil nicht geimpfte Personen erheblichen Lebenseinschränkungen ausgesetzt werden, die geimpfte Personen nicht hinzunehmen haben. Sie werden zudem mangelnder Solidarität geziehen, obwohl sie lediglich ihre Grundrechte wahrnehmen. Diese Ungleichheit der Behandlung ist durch nichts zu rechtfertigen.

Somit hat die 2 G-Regelung einen weiten Anwendungsbereich. Wenn diese Regel von den „Verantwortlichen“ angewandt wird, schränkt sie das Leben der nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

geimpften Personen weitgehend ein. Die Einschränkung geht weiter als die 3 G-Regel, weil nach der 3 G-Regel ein negativer Test, sogar der bloße Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest auf eine Infektion mit dem Coronavirus, den Zugang zu all den zu Corona-Schutzmaßnahmen verpflichteten Unternehmen ermöglicht hat und weiter ermöglicht. Die 2 G-Regel ist eine weder geeignete, noch notwendige, noch zumutbare Verböserung der Lebensverhältnisse für alle Menschen, die nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft oder von einer Corona-Erkrankung geheilt sind, abgesehen von den wenigen Menschen, die aus besonderen Gründen nicht geimpft werden können. Wer nicht grundimmunisierend geimpft ist, kann sich nicht mit einem negativen Test den Zugang zum Leben wie die Geimpften oder genesenen Personen ebnen (in diesem Sinne das OVG Lüneburg in dem zu 5 behandelten Beschluß vom 16. Dezember 2021- 13 MN 477/21). Es sei noch einmal betont, die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 mindert die Virenlast nicht wesentlich, schon gar nicht rechtlich relevant (dazu zu VII 5).

3. Ungleichheit vor dem Gesetz durch 2 G-Bedingung

a) Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG:

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“.

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wie der des Art. 10 Abs. 1 VvB und der anderer Landesverfassungen ist das wesentliche Grundrecht, daß für die beiden Gruppen mit unterschiedlichen Schutzmaßnahmen, zum einen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft oder von der Krankheit an dem Virus genesen und zum anderen nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft und nicht von der Krankheit an dem Virus genesen, kurz die einen geimpft oder genesen (erste Gruppe), die anderen nicht geimpft oder nicht genesen (zweite Gruppe), gilt. Dabei wird, irrig, ein positiver PCR-Test auf die Corona-Infektion als erkrankt und ein negativer als genesen behandelt (dazu zu II 3 a).

Bundesverfassungsgericht:

„Unter steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken ist wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln“

Die Zitate sind die Leitsätze des Prinzips der Gleichbehandlung (BVerfGE 98, 365, Rn. 63; 112, 268, Rn. 45; auch BVerfGE 1, 14 (52); 13, 46 (53); 58, 369 (374); 78, 249 (287); st. Rspr. des Ersten Senats; vgl. aber auch Zweiter Senat, etwa BVerfGE 71, 39 (58 f.); K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 411 ff. zur Gesetzgebungsgleichheit; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff. zum Willkürverbot; A. Nußberger, Gleichheit vor dem Gesetz, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 8 ff. zum Gebot der verhältnismäßigen Gleichheit; st. Rspr.). Zu einer Differenzierung bei ungleichen Sachverhalten ist der Gesetzgeber allerdings nur verpflichtet, wenn die tatsächliche Ungleichheit so groß ist, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht unberücksichtigt bleiben darf (vgl. BVerfGE 1, 264 (275 f.); st. Rspr.; 67, 70 (85 f.); 98, 365, Rn. 63); 102, 254 (299)). Unterschiedliche Maßnahmen beider Gruppen lassen sich nur durch eine unterschiedliche Immunität rechtfertigen, durch eine „tatsächliche Ungleichheit“ (BVerfGE 98, 365, Rn. 63), Fakten also, nicht durch Fiktionen wie die der Immunität durch Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, zumal diese keine Immunität bewirkt.

Eine unterschiedliche Verpflichtung der beiden Gruppen zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die nicht durch Sachgründe gerechtfertigt werden kann, ist Willkür, die nach langjähriger Judikatur der Bundesverfassungsgerichts der Gleichheitssatz verbietet (BVerfGE 1, 14 (52); st. Rspr.; BVerfGE 61, 138 (147; 68, 237 (250); 83, 1 (23); 89, 132 (141); dazu A. Nußberger, Gleichheit vor dem Gesetz, Rn 8 ff.. Das Willkürverbot ist ein fundamentales Prinzip des Rechtsstaates. Es folgt aus dem Freiheits-, nicht aus dem Gleichheitsprinzip (K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff.). Immerhin sah das Bundesverfassungsgericht sich nach langer Zeit veranlaßt, die schon immer fragwürdige Lehre des in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland dominanten Verfassungsrichters Gerhard Leibholz (Amtszeit 20 Jahre), der Gleichheitssatz sei das Willkürverbot (Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, 2. Aufl. 1959 (erweitert), S. 34 ff.; dazu kritisch K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 329 ff.), vorsichtig zu korrigieren.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gleichheitsverstoß seit BVerfGE 1, 14 (52) insbesondere nach folgender Formel bestimmt:

„Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“ (etwa auch BVerfGE 33, 367 (384); 54, 11 (25 f.); 102, 254 (299, 302); Paul. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR, Bd. V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1992, § 124, Rdn. 22 ff., 86 ff., 235 ff).

Die neue Formel des Ersten Senats seit BVerfGE 55, 72 (88) aus dem Jahre 1980 lautet:

„Die Verfassungsnorm (sc. Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (ebenso u.a. BVerfGE 58, 369 (374); 60, 329 (346); 70, 230 (239 f.); 71, 146 (154 f.); 74, 9 (24); 75, 108 (157); 75, 284 (300); 75, 348 (357); 75, 382 (393); 78, 249 (287); vgl. aber auch Zweiter Senat, etwa BVerfGE 71, 39 (58 f.) m.H.); P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, Rdn. 215 ff.).

Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mißt die Verletzung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung an der Verhältnismäßigkeit der Regelungen der „betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen“. Insbesondere differenziert das Bundesverfassungsgericht das gleichheitsrechtliche Willkürverbot mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips (seit BVerfGE 88, 87 (96); 101, 54 (101); 107, 27 (45); 112, 268, Rn. 45; 133, 377, Rn. 75; dazu M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 ff.; P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, Rdnr. 161 ff., 250 ff.; ders., Objektivität und Willkür, FS W. Geiger, 1989, S. 99 ff.; S. 101 ff.; i.d.S. schon H. Triepel, Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien, 1924, S. 29 f.; A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S.213, 248; A. Nußberger, in: M. Sachs, Art. 3 Rn 12 ff., 19 ff.; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 337 ff.).

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip läßt auch keine andere Praxis zu. Die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Auflösung der Grundrechte in das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist zu IV 2 erörtert. Aber Freiheit und Gleichheit verwirklichen sich in der Gesetzlichkeit und damit in der Sachlichkeit und

Verhältnismäßigkeit der Gesetze, nämlich in der praktischen Vernunft (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 274 ff., 405 ff., insb. S. 436 ff.). Die Formalität und Identität von Freiheit und Gleichheit ist die Logik des Rechts der Republik, der Freiheit in der Republik.

BVerfGE 133, 377, Rn. 73 bis 77:

„1. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 79, 1 [17]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255]; stRspr). Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]; 116, 164 [180]; 124, 199 [218]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255]; st. Rspr.).

Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 117, 1 [30]; 124, 199 [219]; 126, 400 [416]; 131, 239 [255 f.]; stRspr). Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (vgl. BVerfGE 75, 108 [157]; 101, 275 [291]; 103, 310 [318]; 105, 73 [111]; 110, 412 [432]; 121, 108 [119]; 126, 400 [416]; 131, 239 [256]).

a) Im Fall der Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht regelmäßig eine strenge Bindung des Gesetzgebers an die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; dies gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten (nur) mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt (vgl. BVerfGE 101, 54 [101]; 103, 310 [319]; 110, 274 [291]; 131, 239 [256]).

Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]; 84, 197 [199]; 100, 195 [205]; 107, 205 [213]; 109, 96 [123]; 110, 274 [291]; 124, 199 [219f.]; 126, 400 [418]; 131, 239 [256]; stRspr).

Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Personengruppen sind umso strenger, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen annähern, das heißt je größer die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; 97, 169 [181]; 124, 199 [220]; 131, 239 [256f.]). Dies ist etwa bei Differenzierungen nach der sexuellen Orientierung der Fall (vgl. BVerfGE 124, 199 [220]; 126, 400 [419]; 131, 239 [256]), und Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 -- 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/091 --; BVerfGK 12, 169 [176f.]; Osterloh, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 92ff.; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 19).“

Mit der Implementierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht seine Dogmatik korrigiert, auf dieses Grundrecht ein gesetzgeberisches Willkürverbot zu stützen. Ein solches Willkürverbot gibt es fraglos. Seine Rechtsgrundlage ist die Freiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist das Sachlichkeitsgebot, ein grundlegendes Prinzip eines freiheitlichen Gemeinwesens. Zur Sachlichkeit gehört spätestens seit Aristoteles das Prinzip des rechten Maßes, das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Freiheit gebietet dem

Menschen Sachlichkeit. Das ist nichts anderes als das die Freiheit bestimmende Sittengesetz, der kategorische Imperativ (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 424 ff.). Die verfassungsgebundene Gleichbehandlung hängt wie die Verwirklichung der allgemeinen Freiheit von der Sachlichkeit ab, wie alle freiheitliche Rechtlichkeit (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 420 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 35 ff.). Auch die Freiheit gebietet Sachlichkeit des die Grenzen der Freiheit bestimmende Gesetzgebers. Das Gesetz verwirklicht Freiheit wie Gleichheit. Das ist die Logik der Allgemeinheit der praktischen Vernunft (K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 405 ff., 420 ff.).

b) Gleichheitswidrige „Erleichterungen oder Ausnahmen“

Die „Erleichterungen oder Ausnahmen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“, für die (vermeintlich) immunisierten und die negativ getesteten Personen gegenüber den nicht ‚nachweislich‘ immunisierten oder negativ getesteten Personen hat § 28 c IfSG ermöglicht, der in Satz 1 und Satz 2 die Bundesregierung mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat (Satz 3). die 2 G-Bedingung vorzuschrieben. Die Bundesregierung kann, wenn sie von ihrer Ermächtigung nach den Sätzen 1 und 2 Gebrauch macht, nach Satz 3 zugleich die Landesregierungen selbst oder nach Satz 4 andere von den Landesregierungen durch Rechtsverordnungen ermächtigte Stellen ermächtigen, die 2 G-Regel vorzuschreiben. Andere Stellen sind auch die Verantwortlichen von Veranstaltungen. Die kompetenzrechtlichen Bedenken gegen dieses Ermächtigungsgefüge sind zu I erörtert.

Die Option, die der Veranstalter nutzen kann oder nicht, ermöglicht angesichts der wesentlich gleichen Ansteckungsmöglichkeit beider Gruppen (dazu zu VII 5) eine grundrechtswidrige Ungleichbehandlung. Die beiden Gruppen sind nur rechtlich relevant ungleich, wenn ihre Infektiosität oder Immunität ansteckungsrelevant unterschiedlich ist. Sonst sind sie jedoch, weil sie beide genauso infiziert sein und werden können (dazu zu VII 5) sachlich wesentlich gleich und folglich vom Gesetzgeber und allen anderen staatlichen Organen gleich zu behandeln.

Selbst wenn es einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung durch die Impfung gäbe, nämlich die geringere Infektiosität der geimpften, wie die STIKO und das RKI formulieren, grundimmunisierten (STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung vom 24. Mai 2022, Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung, RKI Epidemiologisches Bulletin 21/2022, Stand: 30. Juni 2022) Personen, könnte sich der Staat und könnten sich damit die Verantwortlichen von Veranstaltungen nicht auf diese berufen, weil eine solche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung beider Gruppen durch das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist. Die Ungleichbehandlung bestünde darin, daß der ersten Gruppe Erleichterungen von den Geboten und Verboten zugestanden werden, die die zweite Gruppe nicht in Anspruch nehmen darf. Diese Erleichterung hängen ausschließlich von der Infektiosität nach vollständiger Impfung oder Genesung ab. Wer sich nicht impfen lasse, müsse Nachteile hinnehmen, hieß es und heißt es, auch aus Regierungskreisen. Für die Impfung wurden dadurch starke Anreize geschaffen.

Eine unterschiedliche Behandlung von Menschen ist aber nur gerechtfertigt, wenn die einen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind und die anderen nicht und wenn, wie gesagt, die Infektiosität für die Infizierung Dritter relevant ist. Dieser gesundheitliche Umstand müßte festgestellt werden, weil nur Menschen, die mit dem Virus infiziert sind, andere infizieren können. Sowohl vollständig gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpfte wie auch von der Corona-Erkrankung genesene Personen können aber infektiös sein, nach vielfachen fachlichen Äußerungen nicht weniger als nicht geimpfte und nicht genesene Personen. Das erweisen die Impfdurchbrüche, wie zu VII 5 belegt und vom RKI bestätigt ist. Allenfalls ein negativer Test von der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 erlaubt es, trotz der begrenzten Aussagekraft sowohl des Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltests als auch des PCR-Tests, davon auszugehen, daß jemand für begrenzte Zeit nicht infektiös ist. Ausschließlich die unterschiedliche Ansteckungsfähigkeit einer Person rechtfertigt wegen deren unterschiedlichen Gefahr eine von anderen Menschen unterschiedliche Behandlung, wenn es um den Schutz vor Infektionen mit Krankheitskeimen geht. Die Impfung vermag, wie gesagt, die Immunität gegenüber dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht hinreichend sicherzustellen. Wer vollständig geimpft ist wird als grundimmunisiert fingiert und durch Erleichterungen privilegiert. Er kann trotzdem andere Menschen infizieren. Ob jemand geimpft oder genesen ist oder nicht macht keinen rechtlich relevanten medizinischen Unterschied aus, der es zu rechtfertigen vermag, von den allgemein für notwendig erachteten Schutzmaßnahmen gegen eine Infektion mit dem Virus abzusehen.

Auch private Zusammenkünfte, Aushäusigkeit, Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, Besuch von Einrichtungen und Unternehmungen usw. dürfen nicht geimpften und nicht genesenen Personen nicht verboten werden, wenn das nicht auch für geimpfte und genesene Personen gilt. Die Ansteckungsmöglichkeit bleibt, wie ausgeführt, wesentlich gleich. Die 2 G-Regelung ließ den Nachweis eines negativen Testes über die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für den Zugang zu Innenräumen nicht mehr genügen, die ohne Schutz gegen Infektionen nicht betreten werden dürfen. Wenn die Rechtswidrigkeit ausschließlich aus dem Gleichheitsverstoß der mit besonderen Schutzpflichten belasteten Personen gegenüber den mit diesen Schutzpflichten nicht belasteten Personen folgt und die Gleichbehandlung zur Rechtmäßigkeit der Rechte oder Pflichten für beide Gruppen führt, ist das Unrecht des „erleichterten“ Zugangs für geimpfte und genesene Personen durch die G 2-Regel beseitigt und der Gleichheitssatz hat seinen Zweck erreicht. Es gibt das vorherige Unrecht der nicht tatsächlich gerechtfertigten „Erleichterung“ nicht mehr.

c) Unterschiedslose Schutzmaßnahmenverpflichtungen

aa) Nach der 3 G-Regel, können die betroffenen Menschen wählen, ob sie, wenn sie nicht die Genesung oder die grundimmunisierende Impfung nachweisen können, als Immunitätsnachweis einen negativen Test von einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen, um am allgemeinen Leben teilnehmen zu dürfen. Andernfalls müssen sie auf die Teilnahme am üblichen Leben verzichten. Wer nicht vollständig geimpft oder vor bestimmter Zeit genesen, also grundimmunisiert, ist, kann ohne jeden Nachteil den negativen Antigen-Schnelltest für den erforderlichen Nachweis hinreichender Infektionssicherheit nutzen. Der Impfnachweis ist leichter handhabbar als der lästige ständige Testvorgang, der insbesondere nötig macht, eine Teststation aufzusuchen und den wenig angenehmen Testvorgang hinzunehmen, der jeweils nur für kurze Zeit eine hinreichende Immunität annehmen läßt. Ein Test vermag

zudem die erforderliche Immunität gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht hinreichend sicher festzustellen.

Wer geimpft sein will oder sich zur Impfung genötigt sieht, muß die Gefahr von Impfschäden in Kauf nehmen (dazu zu VII 6 b). Die letztere Gefahr wiegt unvergleichlich schwerer als die Unannehmlichkeit der Testungen. Aber alle Menschen haben, wenn die 3 G-Regel gilt und allein der Nachweis des negativen Tests genügt, die Möglichkeit, in gleicher Weise am Leben teilzunehmen, sowohl die Geimpften als auch die nicht Geimpften, wenn nicht genesenen, Personen. Die Unterschiede der Gruppen sind nicht relevant.

Das ändert sich durch die 2 G-Regel und/oder 2 G-Bedingung wesentlich, aber zu Unrecht. Für alle, die nicht geimpft sind, ist die Möglichkeit entfallen, durch den Nachweis eines zeitgerechten negativen Tests in gleicher Weise am Leben teilzunehmen wie Genesene oder Geimpfte. Genesene waren nach dem vom RKI gemeldeten Stand vom 15. Oktober 2021 5.801.400 Personen, nach dem Stand vom 25. Januar 2022 7.332.100 Personen, nach dem **Stand vom 17. Juli 2022 Personen**. Reale Zahlen sind nicht bekannt. Genesung ist der beste Schutz und schafft die beste Immunität, sagen Immunologen (Professor Alexander Kekulé, Interview mit Denis Huber am 31. Januar 2022, und andere). Die Virenbelastung wird jedoch nicht gemessen. Unter 30 Viren gilt sie als ungefährlich. Es gibt auch keine Zahlen über grundimmunisierte Personen. Es ist unklar, wie viele Impfungen für die Ziele einer hinreichenden Immunisierung gebraucht werden (Hendrik Streeck, 25. Januar 2022, im ZDF in der Gesprächsrunde Markus Lanz). Es werden augenscheinlich auch leicht an der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Erkrankte als „genesen“ eingestuft.

bb) Nicht die vom Staat verlangte Pflichterfüllung rechtfertigt Erleichterung von den Geboten und Verboten des Infektionsschutzrechts, sondern allein der tatsächliche Gesundheitszustand einer Person. Die Sachlage der beiden Gruppen unterscheidet sich rechtsrelevant nur, wenn der Gesundheitszustand der ersten Gruppe erwiesenermaßen keine Infektionsgefahr mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 birgt. Nur dann „bestehen zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, daß sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (vgl. das Zitat des Bundesverfassungsgerichts zu a). Der Infektionszustand kann allenfalls durch aktuellen Test festgestellt werden, so wenig zuverlässig die Tests auch sind. Fachärztliche Untersuchungen des Infektionszustandes sind wegen der Menge der Fälle, aber auch wegen der notwendig schnellen Verfügbarkeit der Ergebnisse nicht durchführbar. Die Genesung wird, wenn nicht durch Zeitablauf seit der Feststellung der Infektion, durch negativen Test ausgewiesen (dazu zu b und zu VI 3). Deren Nachweis genügt für begrenzte Zeit, sodaß eine eigenständige Testung sich erübrigt, bevor der Nachweis erforderlich ist. Die vollständig Geimpften Personen wie die genesenen Personen gelten als grundimmunisiert, aber die Erleichterungen für Geimpfte und Genesene von den Geboten und Verboten des Infektionsschutzrechts setzen voraus, daß von einer Person faktisch keine Gefahr der Infektion anderer ausgeht oder wenigstens nach den gesundheitsdienstlichen Feststellungen nicht auszugehen droht. Tatsächliche Gegebenheiten rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung, nicht irrelevante medizinische Fiktionen. Nicht der Gehorsam gegenüber dem Impfpostulat des Staates, der die Ablehnung der Impfung sanktioniert, macht einen gleichheitsrechtlich relevanten Unterschied aus, der Erleichterungen von den Geboten und Verboten des Infektionsschutzrechts rechtfertigt, sondern nur tatsächliche Unterschiede der Infektiosität. Die

Duldung der Impfung wie die Ablehnung der Impfung nehmen dieselben Grundrechte wahr, nämlich die allgemeine Handlungsfreiheit, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Nur tatsächliche Unterschiede der Infektiosität, die sich aus der Impfung ergeben kann aber nicht ergeben muß, rechtfertigen Ungleichbehandlungen, zumal wenn es nach dem Zweck, den der Staat verfolgt, der Schutz vor weiteren Infektionen, um faktische Wirkungen geht. Wenn die unterschiedliche Infektiosität mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nach Impfung oder Genesung gegenüber der ohne Impfung oder Genesung nicht hinreichend sicher festgestellt werden kann, läßt sich die unterschiedliche Belastung mit Schutzmaßnahmen der ersten Gruppe, anders formuliert: die Erleichterung von Schutzverpflichtungen, nicht rechtfertigen.

d) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist nicht möglich. Sie müßte nach der jüngeren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts dem gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 8. Juni 2016.- 1 BvR 3634/13 -, Rn. 1-29, Rn. 16; st. Rspr.; dazu zu a). Die Ungleichbehandlung der nicht geimpften und der geimpften sowie genesenen Personen müßte nach dem elementaren Rechtsprinzip der Gleichheit vor dem Gesetz wenigstens geeignet sein, die Bedrängnis der Corona-Lage wirksam zu mindern. Das ist sie nicht, weil, wie schon mehrfach hervorgehoben, nicht geimpfte Personen nicht weniger infektiös sein können als geimpfte Personen (dazu zu VII 5). Zudem müßte die Ungleichbehandlung beider Gruppen, die eine schwerwiegende Mißachtung der Gleichheit in der Freiheit durch das Prinzip des rechten Maßes gerechtfertigt sein. Das ist schwerlich möglich, wenn das Handeln beider Gruppen grundrechtsgeschützt ist. Die Ungleichbehandlung ist unsachlich, weil es rechtlich und damit sachlich keinen Unterschied macht, ob jemand seine Impffreiheit dadurch ausübt, daß er sich impfen läßt, oder dadurch, daß er sich nicht impfen läßt. Dieses Grundrecht ist nicht durch Gesetz einschränkbar. Es wird durch verhältnismäßige, sachliche Gesetze verwirklicht. Wenn die unterschiedliche Ausübung der Impffreiheit zu unterschiedlichen Rechtsfolgen der Grundrechtsträger führt, verstößt das gegen Art. 3 Abs. 1 GG, die Gleichheit der Anwendung des Gesetzes. Das Gesetz, vor dem gemäß Art. 3 Abs. 1 GG alle Menschen gleich sind, [ist für die Infektionsabwehr \(u. a.\)](#) die Impffreiheit. Deren Mißachtung ist Willkür, Verletzung der Freiheit, wie diese in Art. 2 Abs. 1 GG definiert ist, und darum vor dem Gleichheitsgebot nicht zu rechtfertigen.

Die dargelegte Rechtslage genügt der Freiheitlichkeit (Liberalität) eines grundrechtsgebundenen Staates. Grenzen der freien Entfaltung der Persönlichkeit ziehen nur die Gesetze, soweit sie verfassungsgemäß sind. Allemal gehört die Impfung oder die Ablehnung der Impfung zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, die durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist (BVerfGE 27, 1 (16); 35, 202 (220); 54, 148 (153), st. Rspr.; dazu III 6 c, d). Beide Gruppen, die Geimpften und Genesenen wie die Nichtgeimpften und Nichtgenesenen, werden in den Grundrechten beeinträchtigt, wenn sie mit Pflichten zu Schutzmaßnahmen belegt werden. Die vollständig geimpften oder die von der „Erkrankung“ an dem Coronavirus SARS-CoV-2 genesenen Personen von weiteren Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen auszunehmen, außer den Pflichten, eine Gesichtsmaske zu tragen und Abstand zu halten, die nicht geimpften und nicht genesenen Personen aber zunehmend vom normalen öffentlichen Leben auszuschließen, ist mit den Grundrechten der geimpften und genesenen ersten Gruppe nicht zu begründen, auf die sich die zweite Gruppe mangels Impfschutzes nicht würden

berufen können. Diese zweite Gruppe ist wegen der liberalen Grundrechte, die sie in Anspruch nehmen, nicht anders zu behandeln als die erste Gruppe, weil die Menschen aus beiden Gruppen das Coronavirus SARS-CoV-2 in sich tragen können, ihre rechtsrelevante Infektiosität also ungeklärt ist, solange ein hinreichender Test diese nicht geklärt hat. Die Infektiosität beider Gruppen ist wesentlich gleich und folglich gleich zu behandeln. Nicht die Inanspruchnahme der ‚Impffreiheit‘ macht einen relevanten Unterschied beider Gruppen aus, sondern allein die Möglichkeit der Infektiosität, sprich die unterschiedliche polizeiliche Gefahr oder auch nur epidemischen Infektionsgefahr, die von den betroffenen Personen beider Gruppen ausgeht.

Wenn die grundrechtsgeschützte, freiwillige Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen, zur Folge hat, daß die Möglichkeit der Ansteckung Dritter merklich höher, also „wesentlich ungleich“, ist, als die Ansteckungsmöglichkeit der geimpften oder genesenen Personen, ist die unterschiedliche Rechtslage dieser beiden Gruppen kein Gleichheitsverstoß. Die Fälle sind wesentlich ungleich. Es ist nicht von Bedeutung, daß die Unterschiedlichkeit auf jeweils grundrechtsgeschützter Freiwilligkeit beruht. Es kommt auf die tatsächliche Unterschiedlichkeit der Gefahr oder auch nur der Möglichkeit der Ansteckung Dritter an. Faktisch gibt es diese Unterschiedlichkeit der Ansteckungsmöglichkeit Dritter nicht, wie zu VII 5 dargelegt ist. Folglich müssen beide Gruppen denselben Schutzpflichten unterworfen werden. Die geimpften und genesenen Personen dürfen wegen der tatsächlichen Gleichheit ihrer Möglichkeit, Dritte zu infizieren, keine Erleichterungen durch von den Geboten und Verboten zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zugestanden werden. Es wäre absurd, Willkür, die Ansteckung Dritter hinzunehmen, weil die Impfverweigerung grundrechtsgeschützt ist. In der Impfpropaganda hieß es allerdings rechtsfern, wer sich impfen lasse, solle „belohnt“ werden (Nudging, Pflicht, Aufklärung, Anreize. Wie man die Impfquote erhöhen kann, Deutschlandfunk, 11. August 2021, und viele andere). Das wäre wegen der Faktizität gleicher Infektiosität ein Gleichheitsverstoß.

Wer nicht vollständig geimpft ist, ist, wenn die 2 G-Regel greift, zunehmend und bedrängend vom öffentlichen Leben ausgeschlossen. Der Schutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 mag durch die G 2 Plus-Regel gestärkt werden, aber deren Anwendung darf nicht mit einer Impfpflicht durchgesetzt werden, ganz abgesehen davon, daß die Infektion nach den Impfungen nicht weniger möglich ist als ohne Impfung gegen das Virus (dazu zu VII 5). Die Impfpflicht ist zudem keine rechtmäßige Verpflichtung zur Abwehr der Infektionsgefahr, wie zu VII insb. 1 und 6 dargelegt ist. Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 rechtfertigen wegen des Verstoßes gegen den Gleichheitssatz keine Ausnahme von Geboten oder Verboten zur Abwehr der Infektionsmöglichkeiten mit dem Virus. Nur die faktische Immunität, die durch negativen PCR-Test festgestellte Nichtinfektiosität, rechtfertigt unterschiedliche Maßnahmen für Betroffene. Unterschiedliche Regelungen für vollständig geimpfte und der genesene Personen und für nicht geimpften und nicht genesene Personen können nicht gerechtfertigt werden, insbesondere nicht als „Erleichterungen und Ausnahmen“. Wer sich nicht impfen läßt, nimmt sein grundrechtliches und durch das Menschenwürdeprinzip geschütztes Recht wahr und darf deswegen, gewissermaßen als Sanktion der Impfverweigerung, nicht mit Schutzpflichten belastet werden, die für diejenigen, die sich ohne rechtliche Verpflichtung haben impfen lassen, nicht vorgeschrieben sind. Die weitreichende Privilegierung der vollständig geimpften Personen bezweckt trotz Impfung unveränderter Infektiosität augenscheinlich eine Nötigung zur Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2. Angesichts der jedenfalls in Fachkreisen offensichtlichen Folgenlosigkeit der vermeintlichen

Grundimmunisierung für die Infektiosität ist der Verdacht, daß Geschäftsinteressen der Pharmaindustrie, die an den Impfungen Milliarden Euros verdienen sollen, Einfluß auf die Schutzmaßnahmenvorschriften haben.

Die ungleiche Behandlung, auch durch die Veranstalter, gemäß der 2 G-Regel kann nicht mit dem formellen Immunitätsstatus der vollständig geimpften Personen, geschweige denn mit deren „Solidarität“ gerechtfertigt werden. Die geimpfte und die nicht geimpfte Gruppe handeln im Rahmen der Grundrechte, insbesondere im Rahmen der Rechte auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Auch wer nicht geimpft ist, kann wie alle anderen am Leben teilnehmen, wenn er negativ getestet ist und als Maßnahme gegen seine Infizierung anderer Personen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 den Mund-Nasenschutz trägt und den Abstand einhält, falls diese Schutzmaßnahmen vorgeschrieben sind. Jedenfalls dürfen die geimpften und genesenen Personen nicht bevorzugt werden. Der negative Testnachweis darf freilich nur gefordert werden, wenn eine konkrete oder abstrakte Polizeigefahr, wie etwa bei einem Besuch im Krankenhaus oder in einem Pflegeheim besteht.

Maßgeblich für die rechtlich gebotene Unterschiedslosigkeit der Schutzpflichten für beide Gruppen ist, daß wegen der Möglichkeit der Infektiosität von all diesen Gruppen die gleichen Gefahren ausgehen, seien es Polizeigefahren oder epidemische Infektionsgefahren. Freilich setzen Schutzpflichten wegen der epidemischen Infektionsgefahr eine Notstandsverfassung voraus.

Auch die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr rechtfertigt keinen Gleichheitsverstoß, abgesehen von dem Defizit einer Notstandsverfassung (dazu zu III 6 und IX). Der Anspruch auf Gleichbehandlung hängt nicht daran, daß die bloße Gefahrenvermutung ohne tatsächliche Anhaltspunkte keine Polizeimaßnahmen und somit keine Infektionsschutzmaßnahmen rechtfertigt (dazu III 3 a). Auf diese Rechtslage können sich beide Gruppen in gleicher Weise berufen. Ein unterschiedlicher Grundrechtsschutz beider Gruppen mißachtet jedoch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Gegenüber den nicht geimpften oder nicht genesenen Personen greift der vormundschaftliche Staat mit aller Härte durch. Dafür fehlen die sicherheitsrechtlichen Voraussetzungen, nämlich die Gefahr, die abzuwehren wäre, oder der Gefahrenverdacht in den der Erfahrung nach gefährlichen Lagen, wie vor allem zu III 3 b dargelegt ist, und somit die rechtsrelevante Unterschiedlichkeit zur ersten (vermeintlich) immunisierten Gruppe. Der Staat prüft nicht einmal die faktische Gefahrenlage. An der Grundrechtsverletzung ändert auch nichts, wenn eine allgemeine Impfpflicht besteht; denn diese ist grundrechtswidrig (dazu zu VII, insb. 6).

e) Kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht

Die Ungleichbehandlung der nicht geimpften oder genesenen gegenüber den geimpften oder genesenen Personen durch die 2 G-Regelung ist wegen der Ungleichbehandlung Stein des Anstoßes, zumal zu vielen Lebensweisen der Zugang allein mit einem negativen Test einer Infektion mit dem Coronavirus nicht mehr möglich ist. Fraglos werden die beiden Gruppen unterschiedlich behandelt. Die Regelungen der Verordnungen, sowohl die der Bundesregierung als auch die des Senats von Berlin wie die anderer Länder, lassen vielfache Lebensweisen für geimpfte und genesene Personen zu, die sie nicht geimpften Personen oder nicht genesenen Personen untersagen. Aber diese Unterschiede begründen nicht schon

ein Recht der nichtgeimpften oder nicht genesenen Personen auf Gleichbehandlung mit den geimpften oder genesenen Personen. Voraussetzung der Gleichbehandlung ist, daß die Erleichterungen für die geimpften und genesenen Personen rechtmäßig sind. Das sind sie nur, wenn deren Immunität durch die Impfung oder Genesung wesentlich stärker ist als ohne. Das ist sie wegen der Möglichkeit der Impfdurchbrüche nicht (dazu zu VII 5). Das Schlagwort, das auch das Bundesverfassungsgericht ständig benutzt, ist: Es gibt kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht (BVerfGE 9, 213 (223); 50, 142 (166); 84, 239 (268 ff.); 105, 252 (279); schon PrOVGE 3, 333 (337), 1877; 99, 200 (201f.), 1936; BVerwGE 5, 1 (8), 1956; 7, 75 (78); vgl. A. Nußberger, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rnrn. 46 ff.). Das ist, wenn auch nicht unstrittig (Ph. Reimer, „Keine Gleichheit im Unrecht“: Dogmatische Rekonstruktion eines Verfassungsspruchworts, RW – Heft 1 2017, S. 1 ff.), auch richtig. Der Ruf nach Gleichheit geht ins Leere, wenn die Gebote und Verbote der Schutzmaßnahmen, deren gleichheitliche Anwendung gefordert wird, gegen das Recht verstoßen. Ergebnis der Gleichbehandlung soll nicht Vermehrung des Unrechts sein, sondern die des Rechts. Die Impfung ist kein Unrecht, anders als die Impfpflicht. Wenn die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 von Geboten und Verboten freistellt, muß das auch für Ungeimpfte gelten. Die verschiedenen sonstigen Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen werfen keine Fragen der Gleichbehandlung der Ungeimpften mit den Geimpften und Genesenen auf, wenn sie für beide Gruppen gelten. Auf deren Rechtmäßigkeit kommt es somit für die Gleichheitlichkeit der 2 G-Regel nicht an. Wenn folglich die Ungeimpften und nicht Genesenen von den Gesetz- und Verordnungsgebern wie die Geimpften oder Genesenen behandelt werden, ist das spezifische Gleichheitsunrecht der 2 G-Regel behoben.

f) Testpflicht bei konkreter oder abstrakter Gefahr

Die Testung darf beiden Gruppen, den Geimpften und den Genesenen und den Nichtgeimpften und Nichtgenesenen, nur vorgeschrieben werden, wenn gemäß der Dogmatik der Polizeigefahr für das Infektionsschutzrecht konkrete und abstrakte Gefahren abzuwehren sind. Die Testungen sind Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, die für Menschen ohne erkennbare polizeirechtliche Infektionsgefährlichkeit oder in polizeirechtlich infektionsgefährlichen Lagen vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wie auch Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB und der weiteren Landesverfassungen nicht gerechtfertigt werden kann. Das ist schon zu VII 3 erörtert. Wenn allerdings der ohnehin wenig aussagekräftige Test negativ ausfällt, haben nach der 3 G-Regel alle getesteten Personen den gleichen Zugang zu den Lebensmöglichkeiten, den auch die geimpften oder genesenen Personen haben. Aber die Testung ist, wenn die 2 G-Bedingung greift, nur noch relevant, wenn die 2 G-Plus-Regel vorgeschrieben ist. Es ist zu VIII 5 dargelegt, daß die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 die Infektion nicht ausschließt. Mögen geimpfte Personen weniger infektiös sein als nicht geimpfte Personen, wie das Immunologen, meist mangels hinreichender Studien selbst nicht recht überzeugt, lange geäußert haben, jedenfalls gibt es nach Impfdurchbrüchen Erkrankungen an dem Corona-Virus und auch Todesfälle durch die Infektion daran (dazu zu VIII 5). Selbst die quasi-amtliche Corona-Warn-App mahnt, wegen der weiteren Infektionsmöglichkeit nach grüner Entwarnung vorsichtig zu bleiben. Für die Rechtslage ist entscheidend, daß der Schutz der Impfung gegen das Virus nicht sicher ist, aber die Impfung selbst die Gesundheit schädigen und das Leben kosten kann. Für keinen Menschen ist klar, ob er für andere Menschen eine Gefahr ist, solange er keine Symptome einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 hat oder positiv getestet wurde. Wer ansteckend ist, sei er geimpft, genesen, nicht geimpft oder nicht genesen, weiß ohne solide medizinische Untersuchung niemand. Die rechtlich irrelevante

Gefahrenvermutung (dazu zu III 3 a) hängt nicht von unsicheren Zahlen bekannter Infektionen von geimpften oder genesenen Personen ab, zumal der Impfschutz nachläßt und bei jedem Menschen unterschiedlich wirken kann. Darum werden Auffrischimpfungen nicht nur propagiert, sondern mit den ‚bewährten‘ Mitteln durchgesetzt.

g) Verpflichtung zum Mund-Nasenschutz

Die Verpflichtung zum Mund-Nasenschutz (FFP2-Maske oder gegebenenfalls medizinische Gesichtsmaske) ist für alle gleich, so sie den Mund-Nasenschutz gesundheitlich vertragen, ob geimpft, genesen oder nicht (§ 2 der Vierten SARS-CoV-2- Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins; §§ 1 und 2 der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022; ebenso §§ 1 und 2 der Zweiten SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 27. September 2022). Diese Verpflichtung wirft somit keine grundrechtliche Gleichheitsfrage auf. Das ist, wenn die 2 G-Bedingung besteht, gänzlich anders, weil die nichtgeimpfte und nichtgenesene Gruppe weitgehend am öffentlichen Leben gehindert wird.

h) Weitere Grundrechtsverletzungen der 2 G-Regel/Bedingung

Die 2 G-Regel/Bedingung ist auch aus weiteren Gründen mit den Grundrechten des Grundgesetzes und denen der Landesverfassungen unvereinbar.

Für öffentliche „Unternehmungen“ ist die Grundrechtsverpflichtung geklärt, selbst wenn diese unternehmerischen Verwaltungen (verfassungsrechtlich mehr als bedenklich) in privater Rechtsform organisiert sind (BVerfGE 128, 226 ff., Rnrrn. 49 ff.; BVerfG Beschluss vom 10.5.2016, Az. 1 BvR 2871/13; BVerfG, 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153, privatrechtliche Handlungsform; K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 347 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2005, S. 225). Für private „Unternehmungen“ gelten die Grundrechte ebenfalls, zumindest mittelbar, vermittelt durch die privatrechtlichen Generalklauseln (BVerfGE 7, 198 (204); 34, 269 (280), 73, 261 (269); 81, 242 (256); 89, 214 (230 ff.); st. Rspr.). Das ist die Drittwirkung der Grundrechte (J. Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 10 ff., 63 ff., 88 ff., u. ö.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 860 mit Fn. 223). Allemal gelten die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG auch im Privatrecht; denn sie sind essentielle Grundlage des deutschen Gemeinwesens. Einseitiger Ausschluss von Veranstaltungen, die der private Veranstalter einem großen, allgemeinen Publikum geöffnet hat und für die der Ausschluss der Betroffenen „über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet“, diskriminiert (Stadionverbot, BVerfG 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., Grundrechte als Leitentscheidungen des gemeinsamen Lebens; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 82). Die aus einem „Monopol oder struktureller Überlegenheit“ resultierende Entscheidungsmacht; etwa das Verhältnis zwischen dem Betreiber eines sozialen Netzwerks („Facebook“) und seinen Nutzern (BVerfG, 1 BvQ 42/19, NVwZ 2019, 959) muß sich Grenzen gefallen lassen, nämlich die der verfassungsmäßigen Ordnung und vor allem die des Sittengesetzes, aus denen Rechte der von dieser Machtausübung betroffenen Menschen erwachsen.

i) Abnötigung der Impfung

All die Behinderungen wegen Nichtimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, wenn nicht genesen, nötigen zur Impfung gegen das Virus, wenn man im gemeinsamen Leben nicht stärker eingeschränkt sein will als die geimpfte oder genesene Gruppe. Die vormundschaftliche Nötigung zur Impfung ist auch bezweckt. Die sogenannte Impfquote sollte und soll wohl nach immer um der Herdenimmunität willen, deren Wirkung gegen die Pandemie überschätzt sein dürfte, möglichst hoch sein. Demgemäß wird die Impfung auch nicht nur ständig empfohlen, sogar mit Argumenten begründet, die zu Angst um Gesundheit und Leben führen und führen sollen, sondern geradezu propagiert, auch und vor allem von den öffentlich-rechtlichen Medien.

Der Impfnötigung ist mit der unbestreitbaren und in nicht ‚epidemischen‘ Lagen nur selten, aber gegenwärtig zunehmend bestrittenen grundrechtsgeschützten Impffreiheit nicht vereinbar. Das soll Ulrich Battis (Verfassungsrechtler sieht Impfpflicht vom Grundgesetz gedeckt, etwa Osnabrücker Zeitung vom 23. November 202) mit einem schlichten Hinweis auf den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, anders sehen, so jedenfalls die Zeitung. Die hier zu VII 3 aufgeführte Rechtsprechung scheint ihm nicht bekannt zu sein. Es versteht sich, daß der Staat in allen seinen Handlungsformen nicht befugt ist, freies Handeln mit nötigen Maßnahmen zu von ihm, dem Staat, erwünschtes Handeln zu drängen. Mit dem Grundgesetz vereinbar ist es, wenn die öffentlich-rechtlichen Medien die verschiedenen immunologisch ausgewiesenen Fachmediziner zu Wort kommen lassen. Das kann nicht jeder Immunologe sein, aber eine einseitige Auswahl, um die Bevölkerung zu der ‚richtigen‘ Entscheidung zu veranlassen, widerspricht der ‚dienenden Funktion‘ der ‚Rundfunkfreiheit‘ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (BVerfGE 57, 295, 319 f.). Diese gebietet Objektivität und Unparteilichkeit, so § 11 (2) Rundfunkstaatsvertrag (RStV):

"Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten haben bei der Erfüllung ihres Auftrags die Grundsätze der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Meinungsvielfalt sowie die Ausgewogenheit ihrer Angebote zu berücksichtigen."

Nur durch Bericht über den Stand der medizinischen Wissenschaft ist die Objektivität, aber auch die Unparteilichkeit gewahrt (dazu K. A. Schachtschneider, Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021, Homepage, Aktuelles, u. ö.).

Wenn der Staat bestimmte Handlungen oder Unterlassungen durchsetzen will, muß er dahin gehende Gesetze geben, die freilich nicht dem Grundgesetz widersprechen dürfen. Jedes Handeln und Unterlassen des Menschen ist, jedenfalls im gesellschaftlichen Miteinander, dessen freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, sowie die die Grundrechte der Landesverfassungen, etwa Art. 7 Abs. 1 VvB in Verbindung mit Art. 6 VvB), wenn er dadurch nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 7 VvB). Niemand darf andere mit einem Virus anstecken, das Krankheiten hervorrufen kann. Diese Unterlassungspflicht setzt aber die Kenntnis der Infektion voraus, zumindest tatsächliche Hinweise auf die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für die Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen gegen das Virus. Wie unten zu III 6 und IX dargelegt, würde eine solche Pflicht eine Notstandsverfassung voraussetzen, die bestimmte Grundrechte außer Anwendung zu lassen berechtigt. Aber auch eine Notstandsverfassung dürfte den Wesensgehalt der Grundrechte allenfalls insoweit antasten (Art. 19 Abs. 2 GG), als der Notstand das unabdingbar gebietet, somit gemäß

einen notständigen Verhältnismäßigkeitsprinzip. Das Bundesverfassungsgericht hat sich, insoweit zu Recht, auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückgezogen ((BVerfGE 22, 180 (219 f.); 30, 47 (53 f.); 34, 330 (353); 58, 300 (348); 80, 367 (373); BVerwGE 84, 375 (381); dazu zu IV 2 e). Ich meine, die Verwirklichung der praktischen Vernunft ist der Wesensgehalt der Grundrechte (Res publica res populi, S. 978 ff.). Groß ist der Unterschied beider Lehren nicht.

Die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 abzunötigen, war und ist rechtswidrig. Der faktische Zwang zur Impfung erweist die Rechtsferne des Corona-Staates und noch mehr der von den Menschen in Deutschland mittels eines erzwungenen Rundfunkbeitrages (BVerfGE 149, 222 ff.) im Übermaß finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die sich mehr und mehr als Einrichtungen der staatlichen Volkserziehung gerieren. Es ist fragwürdig, die grundimmunisierende Impfung zur Voraussetzung der 2 G-Regel zu machen und auf Grund dieser Impfung die G 3-Regelung zu Lasten allerer zu verdrängen, die sich der Impfung entzogen haben. Die G 3-Regelung erlaubt, um das noch einmal klarzustellen, allen, die negativ auf die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im vorgeschriebenen Zeitrahmen getestet sind, die gleichen Handlungen und Unterlassungen wie denen, die geimpft oder genesen sind. Ob die nicht geimpften Personen eine Gefahr der Infizierung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind, ist eine andere Frage. Als eine Rechtsfrage ist diese Frage nicht anders zu beantworten als für geimpfte Personen, nämlich dahin, daß sie nur eine Polizeigefahr sind, wenn sie erkennen lassen, daß sie infiziert sind (dazu zu III 5, V). Wesentlich ist, daß weder die Impfung noch die Genesung die Infektiosität ausschließt (dazu zu VII 5). Schon deswegen kann die Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 den Nachweis eines negativen Testes nicht erübrigen. Der zeitgerechte negative Test muß als ausreichende Schutzmaßnahme gegen die Infektionsgefahr genügen. Die Teilnahme am Leben würde den nicht geimpften und nicht genesenen Personen nicht mehr eingeschränkt als den geimpften und genesenen Personen. Für die epidemische Infektionsgefahr ist die Rechtslage insofern keine andere, ganz davon abgesehen, daß für deren Eingriffsrelevanz es einer Notstandsverfassung ermangelt. Der Nachweis eines negativen Tests von der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 muß ausreichen, um wie alle anderen am Leben teilnehmen zu dürfen.

4. 2 G-Regelung im Einzelhandel

In einer Videoschaltkonferenz der amtierenden Bundeskanzlerin Angela Merkel mit den „Regierungschefinnen und Regierungschefs“ der Länder haben diese am 2. Dezember 2021 Maßnahmen zur Bewältigung der Corona-Pandemie beschlossen, u. a.

„7. Die 2G-Regeln werden bundesweit inzidenzunabhängig auf den Einzelhandel ausgeweitet. Zugang haben also nur noch Geimpfte und Genesene. Ausgenommen sind Geschäfte des täglichen Bedarfs. Der Zugang muss von den Geschäften kontrolliert werden. (Hinsichtlich der Ausnahmen orientieren sich die Länder am entsprechenden Katalog in der Bundesnotbremse):...“

Diese und die anderen in der Konferenz beschlossenen Maßnahmen waren in den meisten Ländern mehr oder weniger in deren Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen umgesetzt worden, in Berlin nicht.

a) Oberverwaltungsgericht Lüneburg

Der 13. Senat des Obergerverwaltungsgerichts Lüneburg hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2021- 13 MN 477/21- § 9 a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 bis 3 der Niedersächsischen Verordnung über infektionspräventive Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus SARS-CoV-2 und dessen Varianten vom 23. November 2021, zuletzt geändert durch Verordnung zur Änderung der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 13. Dezember 2021 (im Folgenden: Corona-VO), vorläufig außer Vollzug gesetzt. Diese Rechtsvorschrift hatte in bestimmten Betrieben und Einrichtungen des Einzelhandels ein Verbot des Zutritts für Kunden angeordnet, die weder über einen Impfnachweis noch über einen Genesenennachweis verfügten (sog. 2G-Regelung im Einzelhandel).

Die einstweilige Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO in dem Normenkontrollverfahren war, wenn auch verbindlich, kein Urteil, das die Nichtigkeit der Gesetzesbestimmung festgestellt hat. Die 2 G-Regel hat das Gericht nicht grundsätzlich und nicht allgemein verworfen, sondern nur als Schutzmaßnahme gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 im Einzelhandel bis zur Entscheidung in der Hauptsache außer Anwendung gesetzt. Die Begründung der einseitigen Anordnung war: Verlässliche und nachvollziehbare Feststellungen zur tatsächlichen Infektionsrelevanz des Geschehens im Einzelhandel habe das Land Niedersachsen nicht hinreichend „erforscht“. Ein beherrschbares Infektionsgeschehen leiste schon eine FFP2-Maskenpflicht. Der Beitrag der 2 G-Regel könne damit auf „ein für das Infektionsgeschehen irrelevantes Niveau reduziert werden. Unter Berücksichtigung der in den zurückliegenden Corona-Verordnungen getroffenen Infektionsschutzmaßnahmen und des aktuellen Infektionsgeschehens auch im Land Niedersachsen sei die 2 G-Regelung im Einzelhandel kein wesentlicher Baustein in der Strategie der Pandemiebekämpfung des Landes Niedersachsen. Dies folge auch nicht aus der maßgeblich politischen Festlegung in der Besprechung der Bundeskanzlerin mit den „Regierungschefinnen und Regierungschefs“ der Länder am 2. Dezember 2021. Die erheblichen Eingriffe in die Grundrechte der ungeimpften Kunden und Betriebsinhaber würden die 2 G-Regelung im Einzelhandel derzeit als unangemessen erweisen.

Die 2 G-Regelung dürfte, meinte das Obergerverwaltungsgericht, auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren sein. „Nachvollziehbare sachliche Gründe dafür, dass beispielsweise zwar Gartenmarktgüter, Güter des Blumenhandels einschließlich der Güter des gärtnerischen Facheinzelhandels und Güter zur Reparatur und Instandhaltung von Elektronikgeräten zu den von der 2 G-Regelung ausgenommenen "Gütern des täglichen Bedarfs oder zur Grundversorgung der Bevölkerung" gezählt würden, aber Baumärkte uneingeschränkt der 2 G-Regelung unterworfen blieben, seien nicht erkennbar“.

„Schwerwiegende öffentliche Interessen, die einer vorläufigen Außervollzugsetzung der danach voraussichtlich rechtswidrigen Regelung entgegenstünden“, sah das Gericht nicht gegeben.

b) Verwaltungsgericht Berlin

Die 14. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin (Beschluss vom 23. Dezember 2021 - VG 14 L 632/21-) hat demgegenüber einen Eilantrag gegen die 2 G-Bedingung zurückgewiesen. Die Begründung des Verwaltungsgerichts Berlin war: Die Regelungen, mit denen auf die weiterhin hohen Infektionszahlen vorrangig ungeimpfter Personen und das zunehmende Aufkommen der hochansteckenden Virusvariante Omikron reagiert werde, seien verhältnismäßig. Sie würden mit dem Schutz vor

der Ausbreitung des Coronavirus einem legitimen Ziel dienen. Hiermit solle das Infektionsgeschehen verlangsamt und zugleich die Belastung für das Gesundheitswesen insgesamt reduziert werden. Die 2 G-Bedingung sei geeignet, dieses Ziel zu fördern, weil sie die auch im Einzelhandel bestehende Infektionsgefahr verringere. Mildere Mittel stünden derzeit nicht zur Verfügung. Auch das Robert Koch-Institut empfehle derzeit keine Öffnung des Einzelhandels unter der leichteren 3G-Bedingung. Die Alternative des Zugangs nach einer PCR-Testung binde dringend anderweitig benötigte Testkapazitäten. Die Regelungen seien schließlich angemessen, auch wenn sie einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen würden. Den Nachteilen für die Antragstellerin stehe ein schwerwiegendes öffentliches Interesse entgegen.

Die Gefahren der Impfungen (dazu zu VII 1, 5 und 6) hat das Verwaltungsgericht Berlin schlicht außer Acht gelassen und nur auf die Zweckmäßigkeit der 2 G-Regel abgestellt, als würde diese Regel kein Grundrechtsproblem aufwerfen.

c) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Der 20. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hat durch Beschluß vom 19. Januar 2022 auf Grund eines Eilantrages nach § 47 Abs. 6 VwGO, § 10 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 der Fünfzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) vom 23. November 2021 (BayMBl. 2021 Nr. 816) i. d. F. der Änderungsverordnung vom 17. Januar 2022 (BayMBl. 2022 Nr. 41) vorläufig außer Vollzug gesetzt. Begründung: Die unterschiedliche Anwendung der 2 G-Regel auf die verschiedenen Einzelhandelsgeschäfte sei nicht hinreichend bestimmt und klar geregelt worden. Der Gesetzgeber müsse, wenn er einzelne wirtschaftliche Bereiche von infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen nach §§ 28a, 32 IfSG ausdrücklich ausnimmt, selbst hinreichend bestimmt regeln und Klarheit darüber herstellen, welche Bereiche der Beschränkung unterfallen und welche (ausnahmsweise) nicht.

Die 2 G-Regel ist als solche nicht erörtert worden. Vielmehr nur deren rechtstaatliche Umsetzung.

d) Andere Gerichte

Auch andere Gerichte haben die 2 G-Regel in Eilverfahren nicht außer Kraft gesetzt, weil diese nicht offensichtlich unverhältnismäßig sei (OVG Saarland, Beschluß vom 20. Dezember 2021, Az. 2 B 278/21 und 2 B 289/21; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß vom 22. Dezember 2011, Az. 13 B 1858/21.NE.).

5. Quintessenz der Kritik der 2 G-Regelung

Der Zweck der Impfpflicht ist wesentlich der Schutz anderer Menschen vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und die bestmögliche Verhinderung der weiteren Verbreitung der Infektionen mit dem Virus und der Erkrankungen an dem Virus, aber nach den Bekundungen von Politikern und Journalisten auch der Eigenschutz der gegen das Virus grundimmunisierend zweifach, dreifach, vierfach jetzt fünffach geimpften Menschen. Der eigene Schutz dürfte für die meisten Menschen, die sich impfen lassen, die eigentliche Triebfeder der Impfung sein, weil sie sich einen milderen Krankheitsverlauf erhoffen, falls sie mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert werden sollten. Für die vom Staat vorgeschriebene Schutzpflicht ist der Eigenschutz ohne Relevanz, weil die Infektion mit dem Coronavirus den Staat nur berechtigen kann, anderen Menschen Schutz gegen die Menschen zu geben,

die sie mit einer Infektion gefährden (zur Schutzpflicht zu V 1), aber der Eigenschutz ist mit Schutz anderer Menschen untrennbar verbunden.

Der Staat darf nicht privaten Veranstaltern die Entscheidung darüber übertragen, ob seine Vorschriften eingehalten werden sollen oder nicht und ob die Grundrechte eingeschränkt werden oder nicht. Die privaten Veranstalter sind keine staatlichen Amtswalter, auch keine mit Hoheitsgewalt beliehenen Unternehmer (dazu K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 179, 190 ff., 198 ff., 202 f.; ders. Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 238 ff.; ders., Fallstudie zum kommunalen Wettbewerb und Fallstudie Konkurrentenklage gegen Subventionen, in: Fallstudien zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, Homepage, S. 38 bzw. S. 437). Die Annahme der Befugnis der privaten Veranstalter, kraft ihres Hausrechts entscheiden zu dürfen, wer ihr Haus, ihre Gaststätte, ihren Salon, ihr Theater usw. betritt, und das von dem Impfstatus abhängig machen zu dürfen, verkennt die Rechtslage. Dieser ‚Trick‘ der Politik ändert an der Grundrechtsverletzung nichts, schon gar nichts an der Mißachtung des Gleichheitssatzes in seinem Wesensgehalt. Die Grundrechtsverletzung hat der Staat ermöglicht.

Alle allgemeinen, die gesamte Bevölkerung verpflichtenden Schutzmaßnahmen des Bundes und der Länder sind grundrechtswidrig, wenn den Regelungen der polizeirechtliche Begriff der Gefahr zugrunde gelegt wird. Die 3 G-Regel wie die 2 G-Regel, erst recht die 2 G Plus-Regel verpflichten Menschen zu Maßnahmen, von denen keine erkennbare Polizeigefahr für die Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 ausgeht. Die 2 G-Regel und die G 2 Plus-Regel verbösern die Grundrechtsverletzungen für die Menschen, die sich nicht zu einer Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 drängen oder gar nötigen lassen. Die beiden 2 G-Regeln nehmen den nicht nachweislich gegen Coronavirus SARS-CoV-2 voll geimpften oder den nicht von der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweislich genesenen Personen die Möglichkeiten vieler Lebensweisen, entweder ex lege oder durch die Entscheidungen der Verantwortlichen für die 2 G-Regeln bei ihren Veranstaltungen. Einer unterschiedlichen Pflicht zu Schutzmaßnahmen der Gruppe der nicht geimpften und nicht genesenen Personen und der Gruppe der geimpften und genesenen Personen steht der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG entgegen, weil beide Gruppen in gleicher Weise mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sein können. Die Grundrechte schützen die Gruppe derer, die sich nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen lassen wollen, vor der Impfpflicht oder der Impfnötigung. Nur die nachgewiesene Immunität gegen das Virus würde es erlauben, die immunisierte Gruppe mit den Pflichten zu Schutzmaßnahmen zu verschonen. Aber diese Immunität gibt es allenfalls in klinisch abgeschotteten Räumen. Man kann sich freilich auf mit negativen Teste begnügen, im Zweifel mit wenig Schutzsicherheit. Nur die Gefahrenabwehr im Sinne des Polizeirechts in erfahrungsgemäß gefährdeten Lagen (Krankenhäuser usw.) verpflichtet nach der Rechtslage auch die Besucher, deren Infektion nicht erkennbar ist, zu Schutzmaßnahmen (dazu zu IV 5, auch zu 3). Die 3 G-Regelung hat den nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpften Personen die Testung ermöglicht, die ihnen, falls der Test auf die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 negativ war, für kurze Zeit den gleichen Zugang zu den Lebensmöglichkeiten gelassen hat, die die nachweislich geimpften und genesenen Personen entgegen ihrer Infektionsmöglichkeit durch Impfdurchbruch (dazu VII 5) haben.

Wenn die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 19. November 2021 (siehe A II 1 b) herangezogen hat, angewandt wird, ist der grundsätzlichen polizeirechtlichen Kritik der Grundrechtswidrigkeit der Boden entzogen. Allerdings steht dieser Praxis entgegen, daß Deutschland keine Notstandsverfassung hat (dazu zu III 6 und zu IX). Die Mißachtung des Gleichheitssatzes durch die 2 G-Regel bleibt jedoch, ebenso so wie die auf Grund der Impfung.

Die G 2- Regel wie die G 2 Plus-Regel verletzen die Grundrechte der nicht geimpften Personen, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Gleichbehandlungsgebot, Grundpfeiler der Verfassung Deutschlands.

Teil D

Rechtsschutz

Als Rechtsschutz gegen die Verpflichtungen zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin kommen erstens die gerichtliche Klärung der Verfassungsmäßigkeit der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 und zweitens die Verteidigung der Rechte einzelner Personen gegen die Verletzung ihrer Rechte durch ihre oder anderer Verpflichtung, Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zu treffen, in Betracht.

I Abstrakte Normenkontrolle

1. Abstrakte Normenkontrolle des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg kann in Berlin nicht mit einer Normenkontrollklage zur Klärung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung Berlins nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) befaßt werden. Danach entscheidet das Oberverwaltungsgericht „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit“ „von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt“. Berlin hat in seinem Ausführungsgesetz der VwGO vom 22. Februar 1977, Änderungsgesetz vom 10. September 2004, dem AGVwGO, nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Befugnis des Oberverwaltungsgerichts für die Normenkontrolle von Rechtsverordnungen Berlins einzuführen. Das AGVwGO Berlins ist mit Ablauf des 31. Juli 2021 durch Anlage G v. 22.1.2021 (GVBl. S. 75, 88) aufgehoben worden. Dadurch ist die Statthaftigkeit der prinzipalen Normenkontrolle durch das Oberverwaltungsgericht in Berlin nicht ermöglicht worden.

§ 4 Abs. 1 des Gesetz über die Errichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Land Brandenburg (Brandenburgisches Verwaltungsgerichtsgesetz - BbgVwGG) hat „das Oberverwaltungsgericht in Normenkontrollverfahren nach § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung auch zur Entscheidung über die Gültigkeit einer anderen im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift für zuständig“ erklärt. Obwohl Brandenburg und Berlin ein einheitliches Oberverwaltungsgericht haben, ist diesem nur die prinzipale Normenkontrolle der Vorschriften

Brandenburgs übertragen. Die abstrakte Normenkontrolle von Vorschriften Berlins kann bei dem OVG Berlin-Brandenburg nicht beantragt werden.

2. Abstrakte Normenkontrolle des Verfassungsgerichtshofes Berlins

Nach Art. 84 Abs. 2 Nr. 2 VvB, § 14 Nr. 4 VerfGHG Berlins „entscheidet der Verfassungsgerichtshof bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Landesrecht mit der Verfassung von Berlin auf Antrag des Senats oder eines Viertels der Mitglieder des Abgeordnetenhauses“. Die Fraktion der Alternative für Deutschland (AfD) umfaßt nicht ein Viertel der Mitglieder des Abgeordnetenhauses. Ohne Unterstützung von Abgeordneten, die nicht zur Fraktion der AfD gehören, kann die AfD den Antrag auf abstrakte Normenkontrolle der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins nicht stellen. Sie hat nur 13 Mitglieder. Das sind in etwa ein Zehntel der Mitglieder des Abgeordnetenhauses.

3. Abstrakte Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht „bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder der Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages“ entscheiden. Die AfD-Fraktion im Bundestag hat nicht ein Viertel dessen Mitglieder. Sie würde Unterstützung anderer Abgeordneter des Bundestages benötigen, um einen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins durch das Bundesverfassungsgericht stellen zu können. Ihrer Fraktion im Bundestag gehören nur etwa 10 % der Abgeordneten an.

II Organklage

1. Organklage vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin

Die Organklage vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin wird durch Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB, § 14 Nr. 1 VerfGHG ermöglicht. Nach diesen Vorschriften entscheidet der Verfassungsgerichtshof „über die Auslegung der Verfassung von Berlin aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Landesorgans oder anderer Beteiligter, die durch die Verfassung von Berlin oder durch die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses mit eigenen Rechten ausgestattet sind“. „Antragsteller und Antragsgegner der Organklage können“ nach § 36 VerfGHG „nur die in § 14 Nr. 1 genannten Beteiligten sein“. Der Antrag ist nach § 37 Abs. 1 VerfGHG nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch die Verfassung von Berlin übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

Die Grundrechtsverletzungen, die die Abgeordneten des Abgeordnetenhauses Berlins gegebenenfalls als Bürger Deutschlands wie andere Bürger und andere Menschen im Lande durch die Verpflichtungen aus der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins erleiden, sind nicht Gegenstand von Organstreitigkeiten. Sie treffen die Abgeordneten nicht in ihren Organrechten oder in Organrechten ihrer Fraktion.

Wegen der Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erkrankung (schwer oder tödlich) an dem Virus kann das Abgeordnetenhaus Berlin Maßnahmen zum Schutz vor dem

Coronavirus SARS-CoV-2 im Parlament und für die Parlamentsarbeit treffen und hat das getan. Für das Abgeordnetenhaus, seine Fraktionen und Ausschüsse bestimmt § 12 Abs. 2 der Vierten wie schon der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 23. Dezember 2021 bzw. vom 21. September 2021, daß es die Schutz- und Hygienemaßnahmen in eigener Verantwortung regelt. Soweit diese Schutz- und Hygienemaßnahmen die Parlamentsarbeit einschließlich der Fraktionsarbeit relevant beeinträchtigen, kann das eine Verletzung der Organrechte der Fraktion der AfD und auch ihrer Mitglieder sein. Das Abgeordnetenhaus ist ein oberstes Landesorgan und die Fraktionen des Abgeordnetenhauses sind Beteiligte, die durch die Verfassung von Berlin und durch die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses mit eigenen Rechten im Sinne von Art. 84 Abs. 2 Nr. 1 VvB, § 14 Nr. 1 VerfGHG ausgestattet sind. Die Mitglieder der Fraktionen gehören sowohl dem Landesorgan Abgeordnetenhaus als auch der Fraktion an. Die Antragsteller, nämlich die Fraktion der AfD im Abgeordnetenhaus oder die Mitglieder des Abgeordnetenhauses, und der Antragsgegner, nämlich das Abgeordnetenhaus, kommen als Parteien eines Organstreits vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin in Betracht.

Die Fraktion der AfD oder Mitglieder dieser Fraktion sind durch die Anordnung des Präsidenten des Abgeordnetenhauses von Berlin zur Geltung der 3 G-Regel/2 G-Regel im Abgeordnetenhaus vom 30. November 2021 auf der Grundlage von Art. 41 Abs. 4 S. 1 VvB zur Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 nicht betroffen. Nr. 1 Absatz 4 nimmt die Mitglieder des Abgeordnetenhauses von dem Anwendungsbereich der Anordnung aus.

2. Organklage vor dem Bundesverfassungsgericht

a) Organklagen vor dem Bundesverfassungsgericht setzen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG „Streitigkeiten über den Umfang von Rechten und Pflichten von obersten Bundesorganen oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder durch die Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind“ voraus. Zudem ist nach § 64 Abs. 1 BVerfGG „der Antrag nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist“.

In Streit ist die Verfassungsmäßigkeit der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins oder die Verletzung von Grundrechte der Personen, die durch Verpflichtungen aus dieser Verordnung verletzt sind. Die Fraktion der AfD in Berlin ist kein „anderer Beteiligter, der durch das Grundgesetz oder durch die Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet ist“. Das sind erst recht nicht die Mitglieder der Fraktion. Fraktion und Fraktionsmitglieder haben Organrechte nur durch die Verfassung von Berlin.

b) Die Mitglieder der Fraktion der AfD im Bundestag, die Abgeordneten der AfD im Bundestag als solche sind nicht durch Grundrechtsverletzungen, die sie gegebenenfalls wegen der Verpflichtungen aus der Berliner Infektionsschutzmaßnahmenverordnung wie alle Menschen, die sich in Berlin aufhalten, erleiden, in ihren Organrechten verletzt oder gefährdet.

Sie können durch die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Deutschen Bundestages zur Maskenpflicht und zur Geltung der 3G-Regel in ihren Organrechten verletzt sein. In der Allgemeinverfügung vom 11. Januar 2022 steht u a.:

„6. 2G+-Regel für Plenarsitzungen

Zu Plenarsitzungen des Deutschen Bundestages erhalten Zutritt zum Plenarsaal sowie zur Ost- und Westlobby einschließlich der Abgeordnetenlobby der Plenarebene des Reichstagsgebäudes nur geimpfte oder genesene Personen, die negativ getestet oder „geboostert“ sind.

Mitglieder des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates, die negativ getestet sind, erhalten Zutritt zu den hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Plätzen auf den Tribünen. Die Plätze sind so anzuordnen, dass ein Abstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird.

Die FFP2-Maske darf im Plenarsaal einschließlich der Tribünen nur von den amtierenden Präsidentinnen und Präsidenten im Sitzungsvorstand sowie von Rednerinnen und Rednern am Redepult und an den Saalmikrofonen abgelegt werden.

7. 2G-Regel für Sitzungen der Ausschüsse des Deutschen Bundestages

Zu den Sitzungen der Ausschüsse des Deutschen Bundestages erhalten vorbehaltlich des folgenden Absatzes Zutritt nur geimpfte oder genesene Personen, die negativ getestet oder „geboostert“ sind.

Mitglieder des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates, die negativ getestet sind, erhalten Zutritt zu den hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Plätzen auf den Tribünen. Die Plätze sind so anzuordnen, dass ein Abstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird.

Allen anderen Mitgliedern des Bundestages, der Bundesregierung und des Bundesrates ist die Teilnahme an den Sitzungen durch die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel zu ermöglichen (§ 126a Absatz 2 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages).

Die FFP2-Maske darf im Sitzungsraum und auf den Tribünen nicht abgelegt werden.“

Die Abgeordneten werden durch diese Regelungen in ihrem Abgeordnetenstatus gekränkt. Die werden, weil sie ihre Rechte wahrnehmen, diskriminiert. Die räumliche Trennung von ihrer Fraktion beeinträchtigt ihre Arbeit als Abgeordnete, etwa ihren Kontakt zu den anderen Fraktionsmitgliedern. Das beeinträchtigt auch ihr Ansehen in der Öffentlichkeit, der die Bilder ihrer Diskriminierung in den Fernsehübertragungen und in der sonstigen medialen Bildberichterstattung vorgeführt werden. Besonders drastisch ist die Beeinträchtigung des Status der Abgeordneten in der Regelung der Sitzungen des Deutschen Bundestages. Sie haben nicht nur Impfung, Genesung oder negative Testung nachzuweisen und die medizinische Gesichtsmaske zu tragen, sondern werden auf die „Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel“ oder auf „Gewährung des Zutritts zu hierfür vorgesehenen und entsprechend gekennzeichneten Tribünenplätzen im Sitzungsraum, die so angeordnet sind, dass der Mindestabstand von mindestens 1,50 Metern eingehalten wird, verwiesen, wenn sie sich dem „Schutz- und Hygienemaßnahmen“ der Präsidentin zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 nicht fügen. Das schließt die sachgerecht diskursive Teilnahme an den Sitzungen, die eine gewisse Nähe erfordern, praktisch aus.

Die Allgemeinverfügung ist auf der Grundlage von Art. 40 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes und § 10 Absatz 2 der Hausordnung des Deutschen Bundestages (HO-BT) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. August 2002, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 29. Juni 2020, erlassen worden. Sie hat Anordnungen zur Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) getroffen. Die Regelungen sind weitestgehend durch die abstrakte Gefahr der Infektion und Erkrankung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in den Räumen des Parlaments gerechtfertigt. Das bedarf

freilich näherer Prüfung. Die Anordnung schränkt ohne Gesetz und auch nicht auf Grund eines Gesetzes Grundrechte ein.

Die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins vom 14. Dezember 2021 wie schon die Dritte vom 21. September 2021 bestimmt, daß auch der Deutsche Bundestag die Schutz- und Hygienemaßnahmen in eigener Verantwortung zu regeln hat. Das Hausrecht und die Polizeigewalt des Präsidenten des Bundestages im Gebäude des Bundestages sind keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Schutz- und Hygienemaßnahmen, die Grundrechte einschränken. So weit reicht die ‚Parlamentssouveränität‘ nicht, jedenfalls nicht gegenüber Abgeordneten als Vertretern des ganzen Volkes. Der Präsident ist nicht Gesetzgeber und handelt auch nicht auf Grund eines Gesetzes, das ihn ermächtigt, Grundrechte einzuschränken. Das Infektionsschutzgesetz enthält dafür keine Rechtsgrundlage. Im Übrigen nennt die Allgemeinverfügung auch nicht gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG die eingeschränkten Grundrechte. § 10 der Hausordnung des Deutschen Bundestages (HO-BT) vom 7. August 2002 in der Fassung vom 29. Juni 2020 (BGBl I, S. 1949) gibt für die grundrechtseinschränkende Allgemeinverfügung der Präsidentin auch keine Rechtsgrundlage her. Diese Vorschrift lautet:

„§ 10 Schlussbestimmungen

(1) Der Präsident des Deutschen Bundestages kann aus besonderem Anlass die Zutrittsberechtigungen von Besuchern oder Besuchergruppen einschränken oder versagen. Er entscheidet über Ausnahmen von den Bestimmungen dieser Hausordnung.

(2) Der Präsident des Deutschen Bundestages kann in Ausübung seines Hausrechts ergänzende Regelungen erlassen.“

Auch § 7 Abs. 2 S. 1 GO BT bestimmt wie schon Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG:

„Dem Präsidenten steht das Hausrecht und die Polizeigewalt in allen der Verwaltung des Bundestages unterstehenden Gebäuden, Gebäudeteilen und Grundstücken zu.“

Die grundrechtseinschränkenden Schutz- und Hygienemaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die die Präsidentin getroffen hat, beeinträchtigen die Ausübung des freien Mandats der Abgeordneten und ihrer Fraktionen, das Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG schützt. Das ist eine Beeinträchtigung der Rechte von Organteilen eines obersten Bundesorgans, jedenfalls von Rechten „anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder durch die Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind“, durch ein anders Bundesorgan, nämlich den Bundestag, in dessen Namen dessen Präsident handelt. Dieser Streit ist ein zulässiger Gegenstand einer Organklage zwischen der Fraktion der AfD oder den Mitglieder der Fraktion als Antragstellern und dem Bundestag als Antragsgegner.

Die Organklage zum Bundesverfassungsgericht gegen die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Deutschen Bundestages zur Maskenpflicht und zur Geltung der 3G-Regel ist zulässig.

III Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof Berlin

1. Vorschriften

Nach Art. 84 Abs. 2 Nr. 5 VvB, § 14 Nr. 6 VerfGHG „entscheidet der Verfassungsgerichtshof über Verfassungsbeschwerden, soweit nicht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird“. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bestimmt sich nach §§ 49 ff. VerfGHG. Sie lauten:

§ 49 VerfGHG – Aktivlegitimation

(1) Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt des Landes Berlin in einem seiner in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erheben, soweit nicht Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird.

(2) Ist gegen die behauptete Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden. Der Verfassungsgerichtshof kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtsweges eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

§ 50 VerfGHG – Begründung der Beschwerde

In der Begründung der Beschwerde sind das Recht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, zu bezeichnen.

§ 51 VerfGHG – Fristen

(1) Die Verfassungsbeschwerde ist binnen zweier Monate zu erheben. ...

(2) ...

(3) Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Rechtsvorschrift oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offen steht, so kann die Verfassungsbeschwerde nur binnen eines Jahres seit dem In-Kraft-Treten der Rechtsvorschrift oder dem Erlass des Hoheitsaktes erhoben werden.

2. Grundrechtsverletzung

Die öffentliche Gewalt des Landes Berlin, der Senat, hat jedermann durch die Dritte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 21. September 2021 und in verschieden in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechten, nämlich Grundrechten, verletzt, die Personen, die nicht grundimmunisierend zweifach oder demnächst dreifach (Auffrischimpfung) gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind (2 G-Regel) in weiteren Grundrechten, nämlich den Gleichheitsgrundrechten. Er setzt nun durch die Vierte Verordnung vom 14. Dezember 2021, geändert am 23. Dezember 2021, die Grundrechtsverletzungen fort.

a) Der Senat von Berlin gehört zur öffentlichen Gewalt des Landes Berlin. Er hat, wenn die polizeirechtlichen Dogmatik des Gefahrbegriffs zugrundegelegt wird, durch die Infektionsschutzmaßnahmenverordnung und deren Änderungen die Berliner und alle Menschen, die sich in Berlin aufhalten, in ihren Grundrechten, also ihren in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechten, verletzt. Auch wenn die Dogmatik der Infektionsgefahr, die das Bundesverfassungsgericht praktiziert, zugrundegelegt wird, bleiben zumindest die Grundrechtsverletzungen der 2 G-Regelungen in der Vierten Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Dezember 2021, insbesondere der Gleichheitssätze, eine

Verletzung der Menschen in Berlin in einem ihrer in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechte durch die öffentliche Gewalt des Landes Berlin.

Eine Rechtsverordnung zu erlassen ist Ausübung von öffentlicher Gewalt, nämlich vollziehender Gewalt durch untergesetzliche Rechtsetzung. Das ist unabhängig davon, daß der Bundesgesetzgeber in § 32 IfSG und die Bundesregierung gemäß § 28 c S. 3 IfSG in Verbindung mit § 11 der „Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 den Senat von Berlin als Landesregierung zum Erlaß der Berliner Schutzmaßnahmenverordnung ermächtigt hat. Rechtsverordnungen sind Ausübung der Staatsgewalt als öffentlicher Gewalt Berlins.

b) Der Erlass der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung verletzt die Berliner und die Menschen, die sich in Berlin aufhalten, in ihren Grundrechten, weil sie diesen in verschiedenen Vorschriften Geboten und Verboten unterwirft, deren Grundrechtsbeeinträchtigung nicht zu rechtfertigen ist..

Sowohl, wenn die polizeirechtliche Dogmatik des Gefahrbegriffs zugrunde gelegt wird, als auch wenn die Dogmatik der Infektionsgefahr des Bundesverfassungsgerichts herangezogen wird, wie das von den Gerichten, auch dem Berliner Verfassungsgerichtshof zu erwarten ist, mißachten alle 2 G-Regelungen, insbesondere § 9 der Schutzmaßnahmenverordnung, aber auch alle sonstigen Gebote und Verbote wie die 3 G-Regel, etwa in Berlins öffentlichem Nahverkehr, die Grundrechte.

Die Gebote und Verbote bedürfen keines exekutiven Vollzugs, sondern sind selbstvollziehend, d. h. sind von allen Berlinern usw. einzuhalten. Alle Menschen, die sich in Berlin aufhalten, sind somit von den Geboten und Verboten unmittelbar in Grundrechten verletzt.

Entsprechendes gilt für die Verpflichtung, sich auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 testen zu lassen (oder, soweit zugelassen, einen Selbsttest vorzunehmen) und einen Nachweis des negativen Testes zu erbringen, wenn man in Berlin bestimmte geschlossene Räume betreten will, beispielsweise § 11 Abs. 2 außer gemäß 2 G-Bedingung (Veranstaltungen), § 14 Abs. 3 (3 G-Bedingung für Versammlungen in geschlossenen Räumen). § 7 schreibt den PCR-Test im Rahmen der Absonderungsregelungen vor. § 1 Abs. 4 S. 2 hält dazu an, zum Schutz von Personen mit einem erhöhten Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf, einen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest durchzuführen.

Eine besondere Verletzung in Grundrechten, zumal in Gleichheitssätzen, den die Berliner Schutzmaßnahmenverordnung vorsieht, ist die 2 G-Regelung, die den Nachweis der grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 oder die Genesung von einer Erkrankung am Coronavirus SARS-CoV-2 anzuordnen den Verantwortlichen von Veranstaltungen/Unternehmungen ermöglicht (§ 9)), beispielsweise nach § 11 Abs. 3 S. 2 gemäß § 9 a zuzüglich Test für Veranstaltungen in geschlossenen Räumen, § 14 Abs. 4 für Versammlungen in geschlossenen Räumen, wenn es der Veranstalter will, § 17 Abs. 1 S. 2 für bestimmte Dienstleistungen mit Maskenpflicht oder Erfordernis negativen Tests, § 17 Abs. 3 S. 3 für Prostitutionsveranstaltungen, S. 5 für sexuelle Dienstleistungen, § 18 Abs. 1 S. 1 und 2 für Gaststätten zuzüglich Test, § 19 Abs. 1 S. 1 für touristische Angebote in geschlossen

Räumen, § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 für Übernachtungen in Hotels usw., § 27 Abs. 1 S. 1 für Volkshochschulen usw., § 29 Abs. 1 in Verb. mit § 11 für kulturelle Einrichtungen usw., Abs. 2 in geschlossenen Räumen für Museen, Galerien, Gedenkstätten, Abs. 3 in geschlossenen Räumen von Bibliotheken und Archiven, § 31 Abs. 1 in gedeckten Sportanlagen usw. mit zusätzlicher Maskenpflicht und Mindestabstand oder negativer Testung, § 32 Abs. 2 S. 1 für Hallenbäder, § 33 für professionelle für sportliche Wettkämpfe, nach dem Willen der Verantwortlichen. Nur unter 2 G-Bedingungen sind erlaubt: Publikumsverkehr nach § 34 Abs. 2 für Saunen, Thermen usw., nach § 34 Abs. 4 Besuche geschlossener Räume des Zoologischen Gartens Berlin einschließlich dem Aquarium und dem Tierpark Berlin, sowie dem Botanischen Garten.

Wer den geforderten Nachweis nicht erbringt, ist weitgehend vom öffentlichen Leben ausgeschlossen. Er darf beispielsweise die geschlossenen Räume nicht betreten, deren Zugang der Verantwortliche für die Veranstaltungen und Unternehmen wie Ladengeschäfte gemäß der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins angeordnet hat.

c) Verletzt werden durch die Gebote und Verbote die Grundrechte der Verfassung Berlins, nämlich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 7 VvB), der freien Entfaltung der Persönlichkeit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts also (Art. 7 VvB in Verbindung mit Art. 6 VvB, der Unantastbarkeit der Menschenwürde), des Rechts auf Leben und der körperlichen Unversehrtheit (Art. 8 Abs. 1 S. 1 VvB), der Freiheit der Person, als der Bewegungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 S. 2 VvB), gegebenenfalls auch das Grundrecht auf staatlichen Schutz der Ehe und Familie (Art. 12 Abs. 1 VvB) und andere Grundrechte.

Die 2 G-Regelung verletzt zudem den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 10 Abs. 1 VvB und gegebenenfalls das Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 2 VvB (Gegnerschaft gegen Impfung als politische Anschauung).

Die Begründungen der Grundrechtsverletzungen sind im materiellen Teil B dieser Schrift dargelegt.

d) Soweit Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird, ist die Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof Berlin unzulässig. Wenn die Verfassungsbeschwerde vom Verfassungsgerichtshof Berlin zurückgewiesen wird, kann dieser Beschluß oder dieses Urteil in gewissen Grenzen mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG zum Bundesverfassungsgericht angefochten werden, weil auch der Verfassungsgerichtshof Berlin nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist (BVerfGE 13, 132 (140); st. Rspr.; BVerfGE 96, 231 ff., Rnrn 60 ff., 84 ff.); 97, 298 ff., Rnrn. 69 ff.; dazu St. Detterbeck, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 8. Auf. 2018, Art. 93, Rnrn. 20 ff.). Das Bundesverfassungsgericht prüft nur die Verletzung der Grundrechte des Grundgesetzes, die aber durch die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes Berlin zu gleichlautenden Grundrechten der Verfassung von Berlin, die von den Erkenntnissen des Bundesverfassungsgerichts abweichen, verletzt sein können, weil auch der Verfassungsgerichtshof Berlin durch Art. 1 Abs. 3 VvB an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist.

e) In Betracht kommt dann auch die Menschenrechtsbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dessen Entscheidungen haben keinen Vorrang von denen des Bundesverfassungsgerichts. Sie sind in Deutschland nicht verbindlich, wenn sie den Grundrechten des Grundgesetzes

widersprechen. Die Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat in Deutschland nur den Rang einfachen Rechts (BVerfG NJW 2004, 3407 (3409 f.)).

f) Die Rechtsnorm muss die Beschwerde führende Person selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschweren. Eine eigene und gegenwärtige Betroffenheit liegt regelmäßig vor, wenn die Beschwerde führende Person durch die Rechtsnorm mit einiger Wahrscheinlichkeit in ihren Grundrechten berührt wird. Unmittelbar ist die Rechtsbeeinträchtigung, wenn kein Vollzugsakt notwendig ist. Jeder Berliner und jeder, der sich in Berlin aufhält, ist durch die Infektionsschutzmaßnahmenverordnung selbst und gegenwärtig betroffen, weil jeder in irgendeiner Weise, Einkauf, Teilnahme am öffentlichen Nahverkehr, Besuche bei Verwandten und Bekannten usw. am öffentlichen Leben teilhat oder teilhaben möchte. Die Unmittelbarkeit ergibt sich aus der unmittelbaren verpflichtenden Wirkung der Schutzmaßnahmenverordnung.

3. Prozessuales Subsidiaritätsprinzip

a) Das Bundesverfassungsgericht hat das prozessuale Subsidiaritätsprinzip im Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022- 1 BvR 2649/21 - (siehe A II 1 d) in dem Rechtssatzverfassungsbeschwerdeverfahren gegen die einrichtungs- und unternehmensbezogene Impfnachweispflicht zu Rn. 103 zusammengefaßt:

„Nach dem in § 90 Abs. 2 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde müssen Beschwerdeführende grundsätzlich über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus zunächst alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen schon im fachgerichtlichen Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 134, 106 <115 Rn. 27>; 155, 238 <267 Rn. 67>; stRspr). Das gilt auch für Rechtssatzverfassungsbeschwerden (vgl. BVerfGE 154, 152 <212 Rn. 78>), obwohl unmittelbar gegen Gesetze fachgerichtlicher Rechtsschutz regelmäßig an sich nicht offensteht (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 Rn. 42>). Zu den insoweit dennoch zumutbaren Rechtsbehelfen kann eine Feststellungs- oder Unterlassungsklage gehören, die eine fachgerichtliche Klärung entscheidungserheblicher Tatsachen- oder Rechtsfragen des einfachen Rechts ermöglicht (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 ff. Rn. 41 ff.>; 154, 152 <212 Rn. 78>)“.

b) Für eine Verfassungsbeschwerde gegen die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung des Senats von Berlin kann ein primärer Rechtsweg nicht erschöpft sein. § 49 Abs. 2 S. 1 VerfGHG greift nicht ein, weil ein Rechtsweg nicht besteht. Für Gebote und Verbote, die Verpflichtungen begründen, ohne erst vollzogen werden zu müssen, gibt es keinen Rechtsweg außer dem zum Verfassungsgerichtshof mit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Wer bestimmte geschlossene Räume betreten will, muß ohne Aufforderung, d. h. ohne besondere Verpflichtungsmaßnahme mittels eines Einzelaktes, sei es ein Verwaltungsakt einer staatlichen Behörde, sei es eine Aufforderung eines privaten Veranstalters oder Unternehmers, einen Mund-Nasenschutz anlegen. Er muß auch von selbst einen negativen Testnachweis, einen Impfnachweis oder einen Genesenennachweis vorlegen, wenn die Veranstalter/Unternehmer sich gemäß der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung mit einer 3 G-Regel begnügen und nicht eine 2 G-Regel praktizieren, die die Verordnung auch anzuordnen erlaubt.

Hinzu kommt: Es wäre unzumutbar, verwaltungs- oder zivilrechtlichen Rechtsschutz erstreiten zu müssen, ehe man zu einer Einkaufsstätte für Lebensmittel, einem Krankenhaus, in dem ein Angehöriger mit dem Tode ringt, usw. Zugang findet. Wenn etwa ein Lebensmittelgeschäft und alle Lebensmittelgeschäfte in erreichbarer Nähe den Zugang verweigern, weil man nicht bereit ist, den Mund-Nasenschutz anzulegen oder die geforderten Nachweise vorzulegen, ist man ‚verhungert‘, bevor in Berlin Gerichte Rechtsschutz gegeben haben. Zudem kann eine Klage auch abgelehnt werden.

c) Demgemäß wäre auch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) zur Klärung der Rechtmäßigkeit der Verpflichtungen aus der Schutzmaßnahmenverordnung als einem Rechtsverhältnis, wie sie das Bundesverfassungsgericht für den Regelfall als Barriere zur Verfassungsbeschwerde aus dem Subsidiaritätsprinzip herleitet (BVerfGE 115, 81 (94 ff., Rn. 36 ff., insb. Rn. 40 ff.; BVerfGE 150, 309 (326 ff. Rn. 41 ff.); 154, 152 (212 Rn. 78); dazu St. Detterbeck, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 94, Rn. 20), nicht tragfähig.

d) Im übrigen hat jeder durch die Infektionsschutzmaßnahmenverordnung mit Geboten und Verboten belegte Mensch, der sich in Berlin aufhält, viele Situationen zu überstehen, die zu Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichten. Es bedarf unabweisbar der generellen Klärung der Rechtmäßigkeit der Infektionsschutzmaßnahmenverordnung mit ihren Geboten und Verboten. Es würde deswegen auch S. 2 des § 49 Abs. 2 VerfGHG die sofortige Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Verfassungsmäßigkeit der Schutzmaßnahmenverordnung gebieten, weil diese von allgemeiner Bedeutung ist, nämlich allen Berlinern usw. Rechtsklarheit geben würde. Zudem würde dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstehen, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

4. Frist

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen eine Rechtsvorschrift, nämlich eine Rechtsverordnung, gegen die kein Rechtsweg offen steht, weil Berlin die Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO für Verordnungen nicht eingeführt hat. Die Verfassungsbeschwerde konnte somit, nach § 51 Abs. 3 VerfGHG binnen eines Jahres seit dem In-Kraft-Treten der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung des Senats von Berlin vom 14. Dezember 2021 erhoben werden, also bis zum 13. Dezember 2022. Weil die Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung außer Kraft getreten ist, kommt nur noch eine Feststellungsverfassungsbeschwerde in Betracht, wenn noch ein Feststellungsinteresse besteht. Gegen die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 konnte bis zum 28. März 2023 Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

IV Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann auch Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht gegen Rechtsvorschriften der Länder erhoben werden, wenn diese gegen Grundrechte, die das Grundgesetz schützt, verstoßen. Die Rechtsverordnungen der Länder sind Ausübung öffentlicher Gewalt. Die Vorschriften der §§ 90 bis 93 BVerfGG unterscheiden sich nur dadurch von den oben zu III 1 zitierten Vorschriften des Verfassungsgerichtshofgesetzes von Berlin, daß sie die Grundrechte des Grundgesetzes zum Gegenstand haben, nicht die der Landesverfassungen. Die Berliner Vorschriften des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes sind durchgehend denen des

Bundesverfassungsgerichtsgesetzes nachgebildet. Auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes Berlin richtet sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Sie muß das auch wegen des Art. 31 GG in Verbindung mit Art. 142 GG, weil das Bundesrecht nach Art. 31 GG Landesrecht bricht und die der gleichlautenden Grundrechte durch das Bundesverfassungsgerichts den Inhalt des Bundesrechts bestimmt (BVerfGE 96, 231 ff., Rnrn 60 ff., 84 ff.) Das bedarf hier keiner näheren Erörterung.

Auch die Frist der Verfassungsbeschwerde gegen die Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins, die sich nach § 93 Abs. 3 BVerfGG bestimmt, beträgt ein Jahr nach Erlaß der Rechtsverordnung, weil ein Rechtsweg gegen diese in Berlin nicht offensteht, abgesehen von dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof Berlin, der kein Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG ist (St. Detterbeck, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 94, Rn. 17). Die Frist endet somit am 13. Dezember 2022. Freilich bleibt wegen des prozeduralen Subsidiaritätsprinzips die Problematik der Feststellungsklagen.

Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht ist zulässig

V Klagen gegen den Vollzug der Schutzmaßnahmenverordnung

1. Staatliche Einzelmaßnahmen

Gegen staatliche Einzelmaßnahmen kommen die einfachgesetzlichen Rechtsschutzmöglichkeiten in Betracht, etwa gegen Bußgeldbescheide wegen der Mißachtung der Gebote und Verbote der Schutzmaßnahmenverordnung der Rechtsschutz des Ordnungswidrigkeiten-gesetzes.

Gegen die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel, einer Gaststätte durch einen Verwaltungsakt, die § 28 a Abs. 1 Nr. 14 IfSG neuer Fassung ermöglicht, ist nach dem Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO die Anfechtungsklage nach § 42 VwGO möglich. Wenn das Gesundheitsamt, das in Berlin zu den Ordnungsämtern gehört (Anlage 1 ASOG Bln), entgegen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Anfechtungsklage gegen den Schließungsakt, wie zu erwarten, den sofortigen Vollzug gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat, kann das Gericht der Hauptsache nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen.

2. Zugangsverweigerung

Gegen die Weigerung eines Verantwortlichen einer Veranstaltung oder eines Unternehmens, etwa eines Kinos, einer Person den Zugang zu der Veranstaltung zu gewähren, weil die Person mangels Nachweises der grundimmunisierenden Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht der 2 G-Regel genügt, kommt der Rechtsschutz durch eine Leistungsklage vor den Zivilgerichten in Betracht. Gegenstand der Klage wäre der Anspruch auf Zugang zu der Veranstaltung, also darauf, das Kino zu besuchen zu dürfen, jedenfalls auf Feststellung eines dahingehenden Rechtsverhältnisses nach § 256 ZPO, daß der Veranstalter als Beklagter durch die Verweigerung des Zugangs den Kläger in seinen Rechten verletzt hat bzw. verletzen würde, weil die grundimmunisierende Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht nachgewiesen ist oder werden wird. Die Rechtsverletzung läge in dem Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 VvB, aber auch gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 10 Abs. 2 VvB. Beide Gleichheitssätze gelten auch in

privaten Rechtsverhältnissen unmittelbar. Nach der Gerichtspraxis gelten sie nur mittelbar über die zivilrechtlichen Generalklauseln (BVerfGE 7, 198 (204); 89, 214 (230 ff.); st. Rspr.; dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 389), wie zu B VIII 3 e dargelegt ist. Hier läuft das auf dasselbe Ergebnis hinaus, auf die gerichtliche Durchsetzung des Zugangs zu Kinobesuch ohne Impfung, jedenfalls der Feststellung dieses Rechts.

Zusammenfassung

I. „Staatsrecht in der Corona-Pandemie“ erörtert die staatsrechtlichen Bedenken gegen die Corona-Schutzmaßnahmen. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß einschließlich der Änderungen des Infektionsschutzgesetzes alle Maßnahmen in Deutschland zur Abwehr de Coronavirus SARS-CoV-2 mit dem Grundgesetz unvereinbar sind, sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen. Erforderlich für diese rechtliche Kritik waren und sind dogmatische Bemühungen.im Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, vor allem Polizeirecht, und Verordnungsrecht. Die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen, zumal grundrechtlichen, Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bleibt nicht erspart. Die Schrift umfaßt etwa 350 Seiten. Hinzu kommen Texte der einschlägigen Vorschriften. Das Inhaltsverzeichnis gibt einen Überblick und ermöglicht, Teile oder Kapitel der Schrift herauszugreifen. Die Schrift zu lesen verlangt Mühe und kostet Zeit.

Im Teil A befaßt sich die Schrift zu I mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen des Grundgesetzes, zu II mit den deren fragwürdigen Veränderungen durch das Bundesverfassungsgericht, zu III mit dem Zweck des Staates, dem gemeinsamen Leben Schutz und Sicherheit zu geben, und zu IV mit dem Notstandscharakter der Corona-Schutzmaßnahmen ohne eine verfassungsgesetzliche Notstandsordnung, in der die Maßnahmengesetze gerechtfertigt sein könnten. Im Teil B berichte ich zu I von der Corona-Lage in Deutschland, zu II von der einschlägigen Judikatur. Teil C erörtert die Ermächtigungen des Bundesregierung und der Länderregierungen, deren föderalistischen und delegations- und gewaltenteilungsrechtlichen sowie die rechtstaatlich fragwürdigen „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ und vor allem die durchgehende Unbestimmtheit der Ermächtigungen, zu II die tatbestandlichen Voraussetzungen der Corona-Schutzmaßnahmen, u. a. die souveränitätswidrigen Befugnisse der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Zu III: Die herkömmlichen polizeirechtlichen Gefahrenbegriffe geben keine Rechtsgrundlage für die Corona-Abwehrmaßnahmen her. Das Infektionsschutzgesetz hat einen eigenständigen Gefahrbegriff für die epidemische Infektionsgefahr als einem Notstand geschaffen. Diese Infektionsgefahr regelt keinen Normalzustand, sondern einen Ausnahmezustand, die Epidemie. Zu IV gehe ich auf die Verpflichtung des Staats zu Schutzmaßnahmen gegen eine Epidemie oder Pandemie ein. Schutzpflichten des Staates bestehen gegen Störer und im polizeilichen Notstand gegen Nichtstörer, die zur Abwehr eine Störung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Anspruch genommen werden können, weil nur sie diese Abwehr zu leisten vermögen. Die Möglichkeit, im einer Pandemie infiziert zu sein. Ist aber keine Störung im polizeirechtlichen Sinne. Die Verpflichtung, Schutzmaßnahmen zu treffen, ist eine Beeinträchtigung insbesondere der des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit und der Allgemeinen Handlungsfreiheit, für die das Polizeirecht keine Rechtsgrundlage ist. Gegen diese Maßnahmen steht der Verfassungsrechtsschutz zur Verfügung, der zu V dargelegt ist. Den Maßnahmen stehen im Normalzustand trotz ihrer

Notwendigkeit die Grundrechte, sogar in deren Wesensgehalt entgegen. Das Bundesverfassungsgericht praktiziert das entgegen seiner bisherigen Grundrechtsdogmatik, insbesondere der zur unantastbaren Menschenwürde anders. Es relativiert den Menschenwürdeschutz sowie den Grundrechtsschutz, weil die Epidemie ungleich mehr Menschen gefährdet als die Schutzmaßnahmen, In einer notständigen Ausnahmelage werden die Grundrechte ausgesetzt. Aber das setzt, wie zu VI dargelegt wird, eine Verfassungsgrundlage für den inneren Notstand voraus. Eine solche hat Deutschland nicht. Zur Abwehr der Coronainfektionen sind die elementaren Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes beiseitegeschoben worden. Das zentrale Organ Deutschlands wurde die Ministerpräsidentenkonferenz, die das Grundgesetz nicht vorsieht. Der Verfassungsstaat wurde zum Regierungsstaat, dessen Maßnahmen diktatorischen Charakter haben, wie im antiken Rom die Diktatur eines Konsuls, dem das Imperium überantwortet wurde, eine Bedrohung der res publica abzuwehren. Zu VIII sind die verschiedenen Schutzmaßnahmen erörtert, zu 1 das Abstandsgebot, zu 2 die Pflicht zum Mund-Nasenschutz, zu 3 die Nachweispflicht negativer Testung, zu 4 die Quarantänepflicht, zu 5 die Pflicht zur Anwesenheitsdokumentation, zu 6 die Elektronische Warn-Apps, zu 7 das Verbot privater Zusammenkünfte, zu 8 die Kontaktbeschränkungen, zu 9 die Ausgangsbeschränkungen und zu 10. Arbeitsstättenregelungen. Außer dem Mund-Nasenschutz und dem Abstandsgebot, deren Beeinträchtigung gering ist, sind alle Maßnahmen im Normalzustand verfassungswidrig, Ein besonderes Ärgernis war die Impfpflicht, die ich zu VIII kritisiere. Sie ist insbesondere wegen der nicht bestrittenen Impfdurchbrüche, auch lebensbedrohliche Infektionen trotz Impfung, im Normalzustand und in Ausnahmestand eine Verletzung der Menschenwürde. Ihre Rechtfertigung durch das Bundesverfassungsgericht verletzt zudem das Willkürverbot, ein Wesensprinzip des Rechtsstaates. Zu IX ist die rechtliche Fragwürdigkeit der unterschiedlichen Maßnahmen der G2- und der G3-Regelung erörtert.

Die wichtigsten der beim Abschluß dieser Arbeit geltenden Rechtsvorschriften des Bundes und Berlins als Beispiel für die Länder, die die Schutzmaßnahmen regeln, sind im Anhang aufgeführt.

II 1. Die Würde des Menschen ist es, unter dem eigenen Gesetz zu leben, das als Gesetz allgemein ist. Diese Würde ist die Freiheit aller Bürger der Republik. Alle Staatsgewalt geht in ihr vom Volke aus. Die Republik muß demokratisch und sie muß rechtsstaatlich sein. Zu beidem Prinzipien gehören die Gesetzlichkeit und deren Schutz durch die Gerichte. Die horizontale Gewaltenteilung steht durch die Unabhängigkeit der Staatsorgane voneinander der Vereinheitlichung der politischen Macht entgegen. Die vertikale Gewaltenteilung des Bundestaates bezweckt mit der Eigenstaatlichkeit der Länder eine territoriale und personale Vielfalt der Politik. Beide freiheitlichen Einrichtungen werden in dem entwickelten Parteienstaat Deutschlands unterlaufen. Essentieller Zweck des Staates und aller Staatsgewalt ist die Sicherheit des Landes im Inneren und nach außen. Grundrechte begrenzen die Ausübung der Staatsgewalt, die wegen ihrer Macht droht, die Freiheit zu ersticken.

2. Die Materialisierung formaler Begriffe wie vor allem dem der Würde des Menschen und die Verständnislosigkeit gegenüber dem das Grundgesetz leitenden ebenso formalen Begriffs des Sittengesetzes als der ethischen Grenze der Freiheit lassen nichts anderes übrig als die Abkehr vom Grundgesetz. Die Verkündung der Herrschaftlichkeit des Staates hat einer freiheitlichen Republiklehre, wie sie dem Grundgesetz entsprochen hätte, von vornherein keine Chance gegeben. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit folgt regelmäßig der Politik der anderen Staatsorgane. Das Gericht räumt der Legislative

und der Exekutive weite Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume ein. Das Verhältnismäßigkeitsdogma als das offene Prinzip des rechten Maßes kennt keine stringente Begrifflichkeit, die an den Text der Verfassung gebundene Erkenntnisse ermöglicht. Das Dogma gibt dem Bundesverfassungsgericht politische Gestaltungsmacht, die sich von Texten des Grundgesetzes nicht irritieren läßt.

3. Die Materialisierung formaler Begriffe wie vor allem dem der Würde des Menschen und die Verständnislosigkeit gegenüber dem das Grundgesetz leitenden ebenso formalen Begriffs des Sittengesetzes als der ethischen Grenze der Freiheit lassen nichts anderes übrig als die Abkehr vom Grundgesetz. Die Verkündung der Herrschaftlichkeit des Staates hat einer freiheitlichen Republiklehre, wie sie dem Grundgesetz entsprochen hätte, von vornherein keine Chance gegeben. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit folgt regelmäßig der Politik der anderen Staatsorgane. Das Gericht räumt der Legislative und der Exekutive weite Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume ein. Das Verhältnismäßigkeitsdogma als das offene Prinzip des rechten Maßes kennt keine stringente Begrifflichkeit, die an den Text der Verfassung gebundene Erkenntnisse ermöglicht. Das Dogma gibt dem Bundesverfassungsgericht politische Gestaltungsmacht, die sich von Texten des Grundgesetzes nicht irritieren läßt.

4. Das Bundesverfassungsgericht hat am 19. November 2021 den Bundesnotbremse-Beschluß gefaßt. Dieser hat Verfassungsbeschwerden gegen die Ausgangs- und die Kontaktsperren des § 28 b Abs. 1 Nr. 1 IfSG in der Fassung vom 22. April 2021 zurückgewiesen. In dem Beschluß vom 10. Februar 2022 hat das Gericht Anträge auf einstweilige Anordnungen gegen die Impfpflicht in besonderen Einrichtungen und Unternehmungen zurückgewiesen. § 20 a IfSG hatte in diesen wegen verstärkter Infektionsgefährdung nicht geimpften Arbeitskräften die Tätigkeit zu verbieten angeordnet. Das Verbot konnte mangels Fachkräften und wegen Überlastung der Gesundheitsämter nicht vollzogen werden. Der Gesetzgeber hielt irrig Schäden an Leben und Gesundheit, die ohne Impfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 drohen, für schwerwiegender als solche, die Impfungen gegen das Virus bewirken können. Die Judikate sind zu A II wiedergegeben.

5. Das Gericht hat denn auch die Verfassungsbeschwerden gegen die Impfpflicht für Beschäftigte in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmungen durch Beschluß vom 27. April 2022 zurückgewiesen. Der Erste Senat des Gerichts befaßt sich in der Sache nur mit der Verhältnismäßigkeit dieser Impfpflicht, obwohl er einräumt, daß die Impfung die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen und „in sehr seltenen Fällen“ zum Tod führen könne (BVerfG, Beschluß vom 10. Februar 2022, Rn. 16; BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 208, 230 ff.). Aber die Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der schutzbedürftigen Menschen in den Einrichtungen und Unternehmungen durch Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die sich vielfach verwirklichte, wiege ungleich schwerer als die Gefahr der Impfung, die nur „sehr selten“ zu Krankheit oder gar Tod führe (BVerfG, Beschluß vom 27. April 2022, Rnrn. 208, 230 ff.). Dem Schutz der vulnerablen Gruppen in den Einrichtungen und Unternehmungen gebühre der Vorrang.

6. Dem grundrechtlichen Schutz gegen staatliche Maßnahmen stellt das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit entgegen. Es entnimmt diese Schutzpflicht in ständiger Rechtsprechung demselben Grundrechten, insbesondere dem des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das das Recht schützt, Eingriffe des Staates in die genannten Schutzgüter abzuwehren. Die Abwägung zwischen dem Abwehrrecht und der Schutzpflicht schränkt, judiziert das Gericht,

das Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die grundrechts-geschützten Rechte ein. Abwägung soll das Abwehrrecht und die Schutzpflicht mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips zum verfassungsge- rechten Ausgleich bringen. Derartige Dogmatik beseitigt die im Rechtsstaat geforderte Bestimmtheit der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen wie als Schutzrechte gegen Gefahren für Leben und Gesundheit. Sie führt zur Verfassungsgebung von Richtern. Diese Judikatur ist eine Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts zur Politik, die verfassungsrangig die Politik der Regierung und des Gesetzgebers bindet. Sie ist mit dem demokratischen Prinzip und dem Rechtsstaats- prinzip des Grundgesetzes schwerlich vereinbar ist. Die Schutzpflichtdogmatik ist das Paradigma der Auflösung des Grundgesetzes, vor allem Umwandlung der Grundrechte, in ein relativistisches alle Verfassungsrechtssätze überwölbendes Verhältnismäßigkeitsprinzip.

7. Die öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Lande zu gewährleisten ist der eigentliche Zweck des Staates. Die Polizeigefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Eine konkrete Gefahr ist die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die eine Verbrei- tung des Virus wahrscheinlich machen. Eine abstrakte Gefahr besteht, wenn nach der Erfahrung in bestimmten Situationen, etwa in Krankenhäusern, Infektionen durch Besucher zu erwarten sind. Die Polizeigefahren sind abzuwehren, wenn sie auf Grund von Tatsachen erkennbar sind.

8. Um die Pandemie durch das Coronavirus SARS-CoV-2 bewältigen zu können, die eine Infektion mit dem Virus durch jeden Menschen und jedes Menschen, Erkrankung und Tod durch das Virus die Möglichkeit im ganzen Land birgt, hat das Bundesverfassungsgericht das Recht des Staates, Schutz- maßnahmen gegen die Infektion zu treffen von dem Begriff der Polizeigefahr gelöst und dem Infekti- onsschutzgesetz (IfSG) entgegen dessen Wortlaut einen Begriff der epidemischen Infektionsgefahr zu- grunde gelegt. Die epidemische Infektionsgefahr ist die Möglichkeit einer Infektion auch ohne deren Wahrscheinlichkeit. Die Dogmatik der Infektionsgefahr entspricht dem Zweck des Gesetzes und der Art und Weise der Schutzmaßnahmen gegen die Infektionen mit dem Coronavirus.

9. Für die Abwehr einer epidemischen Infektionsgefahr hält das Grundgesetz keine Rechtfertigung außer der fragwürdig den Grundrechten abgewonnen Schutzpflicht bereit. Die epidemische Infektions- gefahr ist die Möglichkeit der Infektion durch alle und von allen Menschen im Lande. Die Möglichkeit ist nicht die Wahrscheinlichkeit eines Schadens an der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und somit keine Polizeigefahr. Die Pflicht des Staates, Polizeigefahren abzuwehren, folgt aus dem elementaren Staatszweck Sicherheit. Die Polizeigefahr erfaßt rechtsstaatlich den Tatbestand, der den Staat ver- pflichtet, den wahrscheinlichen Schaden abzuwehren. Diese Pflicht ist dem Staatsbegriff immanent. Sie folgt nicht eigens aus Grundrechten. Diese haben vielmehr den Zweck, den Sicherheitsmaßnahmen des Staates im Interesse der Privatheit der Menschen Grenzen zu ziehen. Privatheit ist die Eigenstän- digkeit der Lebensgestaltung, die alleinbestimmte Besonderheit, freilich in den Grenzen der Gesetze.

10. Das Infektionsschutzgesetz (IfSG) hat die Landesregierungen durch § 32 in Verbindung mit §§ 28, 28 a und 29 bis 31 ermächtigt, durch Rechtsverordnungen Verbote und Gebote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu erlassen. Diese Ermächtigung hat die Landesregierungen nicht befugt, eine 2 G-Regel oder 2 G Plus-Regel vorzuschreiben. Diese Befugnis wurde durch § 28 c S. 4 IfSG „für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen“, nämlich vor allem für die „in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen und Ausnahmen“ zu schaffen, gegeben.

Das sind die „Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“.

11. Die Ermächtigung der Landesregierungen durch Verordnung der Bundesregierung vom 8. Mai 2021 auf Grund des § 28 c S. 4 IfSG verstößt gegen Art. 80 Abs. 1 GG. Sie hängt nicht nur von dieser Ermächtigung der Bundesregierung ab, sondern auch davon, daß die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach Satz 1 Gebrauch gemacht hat. Dafür gibt Art. 80 GG keine Rechtsgrundlage. Eine Ermächtigung der Bundesregierung kann diese nicht auf die Landesregierungen „weiter übertragen“, wie das Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG erlaubt, sondern wegen der Staatshoheit der Länder nur auf Bundesbehörden. Die Ermächtigung nach § 28 c S. 3 IfSG ist zudem keine Weiterübertragung. Die Landesregierungen konnten wegen Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG nicht von der Bundesregierung ermächtigt werden.

12. Die Ermächtigung in § 28 c IfSG zu „Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes“ ist entgegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht im Gesetz nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt. Der Begriff der „Immunisierung“ ist unklar und die Begriffe „Erleichterungen“ und „Ausnahmen“ sind unbestimmt. Das Wort „Erleichterungen“ ist kein tragfähiger Rechtsbegriff.

13. Die Ermächtigung Berlins zum Erlaß von Schutzmaßnahmen durch § 7 (vorher § 11) der Rechtsverordnung der Bundesregierung ist nichtig. Berlin war weder zum Erlaß der Dritten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung **vom 5. Oktober 2021** noch zum Erlaß der Vierten Verordnung vom 23. Dezember 2021 ermächtigt. Diese Verordnungen hatten bzw. haben wie ihre Änderungen keine wirksame Rechtsgrundlage. Die Bundesregierung hat die Landesregierungen durch § 11 bzw. § 7 ihrer Rechtsverordnungen wegen Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG nicht wirksam zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt. Das kann nur der Gesetzgeber. Sie hätte ihre Ermächtigung nur übertragen können.

14. Die Bundesregierung hat in ihrer COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der Fassung vom 10. Dezember 2021 in § 7 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und Abs. 2, § 9 Abs. 1 und Abs. 2 und § 10 Abs. 1 und 2, in der Fassung vom 14. Januar 2022 in § 3 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 5 und § 6 durch ihre Regelungen unmittelbar in die Schutzmaßnahmenverordnungen der Länder eingegriffen. Dadurch sind die Verordnungen der Länder nicht durchgehend Ausübung ihrer Staatsgewalt. Das mißachtet die föderalistische Gewaltenteilung. Die Landesverordnungen, die die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 regeln, sind auch dadurch verfassungswidrig und nichtig.

15. Die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ ist wegen ihrer Tragweite dem Bundestag überantwortet. Die Feststellung wird als politischer Gestaltungsakt mißverstanden, darf aber nur ein empirischer Erkenntnisakt, durchaus mit einem Einschätzungsspielraum, sein, keine Fiktion aus politischen oder wirtschaftlichen Gründen. Wenn nicht alle relevanten Theorien zu den Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und Erkrankungen an dem Virus von den verantwortlichen Staatsdienern herangezogen worden sind, sind die Schutzentscheidungen des Staates rechtswidrig.

16. Das leitende Entscheidungsgremium, das politisch über die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus entschieden hat, war die Konferenz des Bundeskanzlers mit den Ministerpräsidenten der Länder.

Dieses Gremium ist kein vom Grundgesetz eingerichtetes Organ. Die politische Verbindlichkeit, die die Absprachen in dem Gremium bewirken, ist weder mit der föderalistischen noch mit der demokratischen noch mit der rechtsstaatlichen Organisationsverfassung des Grundgesetz vereinbar. Das Gremium übt ohne Rechtsgrundlage Staatsgewalt aus. Die zuständigen Ämter der Länder müssen sich Klarheit über die Theorie der epidemischen Lage von nationaler Tragweite verschaffen, die sie heranziehen. Das ist nicht geschehen. Folglich waren und sind die Maßnahmen der Länder, auch die Berlins, rechtswidrig. Sie sind nicht auf alle für sie maßgebliche Theorien gestützt. Anderes gilt für die Bundesregierung und den Bundesgesetzgeber, die eigene Verantwortlichkeiten für die Erkenntnis der Wirklichkeit hatten und haben.

17. Die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ ist für die Zeit nach dem 25. November 2021 unterblieben, obwohl die Corona-Lage sich verbösert hatte. Die Feststellung ist entweder willkürliche Fiktion oder die vorherigen Feststellungen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite waren irrig.

18. Die Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hatten sich erheblich ausgebreitet, nicht in bedrohlicher Weise die Erkrankungen an dem Virus. Die Ausbreitung des Virus durch vielfache Infektionen hat keine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in ganz Deutschland“ bewirkt, weder wenn der polizeirechtliche Gefahrbegriff zugrunde gelegt wird, noch wenn der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr herangezogen wird.

19. Das Ende der Feststellungswirkung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite hätte es nicht mehr erlaubt, die Verbote und Gebote des § 28 a IfSG zu vollziehen. Die Länder konnten allerdings nach Absatz 7 des novellierten § 28 a IfSG weitgehende Verbote und Gebote zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 verordnen. Diese sind weitestgehend rechtswidrig, wenn sie eine Polizeigefahr voraussetzen. Wenn eine epidemische Infektionsgefahr abzuwehren versucht wird, werden die Grundrechte der Störer, der infizierten Personen also, und in Grenzen der Nichtstörer zu Recht eingeschränkt. Aber die Grundrechte der gesamten Bevölkerung werden, soweit sie nicht Störer oder Nichtstörer im definierten Sinne sind. Nichtstörer nach polizeirechtlichen Begriffen sind unvermeidliche Opfer von Abwehrmaßnahmen gegen Polizeigefahren.

20. Die Ausrufung einer Pandemie durch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) kann kein Tatbestandsmerkmal einer Vorschrift in Deutschland sein, mit der erhebliche Grundrechtseinschränkungen verbunden sind. Die WHO ist kein Organ Deutschlands und in Deutschland ohne demokratische Legitimation. Ihr sind keine Hoheitsrechte Deutschlands übertragen. Deutschland muß die Verwirklichung der relevanten Tatbestände seiner Regelungen selbst feststellen. Die Regelungen der Gesundheitsversammlung nach Art. 21 und Art. 22 der WHO-Verfassung entfalten nach allgemeinem Völkerrecht keine Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten der WHO.

21. Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 setzen eine Gefahrenlage voraus. Diese wird in der „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ gesehen, die vorliegt, „wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht“. Diese Lage wird vom Deutschen Bundestag festgestellt. Die Schutzmaßnahmen, die der Staat für alle Menschen im Lande vorschreibt, sind erhebliche Eingriffe in die Grundrechte jedes Einzelnen und ein schwerer Eingriff in das durch die Grundrechte des Rechtsstaates geprägte Leben in Deutschland.

Durch die Schutzmaßnahmen werden die Versorgung der Bevölkerung, der Bestand der Unternehmen und die Finanzierung des Staates mittels Steuereinnahmen beeinträchtigt. Die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hat für einen Teil der Bevölkerung zu Erkrankungen und Krankenhausaufenthalten geführt. Einigen Menschen hat die Infektion den Tod gebracht und bringt sie noch. Die wirkliche Todesursache wird nur selten geklärt. Andere Krankheiten fordern mehr Tote. Den Mißbrauch von Zigaretten, Alkohol, Rauschgiften, aber auch Zucker könnte der Staat auch unterbinden. Der Mensch ist jedoch für seine Gesundheit in einem freiheitlichen Gemeinwesen selbst verantwortlich. Das ist auch für die Abwehr der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 eine Option, die Schweden gewählt hat. Der Staat hat für ein leistungsfähiges Gesundheitssystem zu sorgen. Darin hat er versagt. Eine wesentliche Triebkraft für die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist die Angst vor der Infektion mit dem Virus, die vor allem der Staat mittels der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten geschürt hat. Die Grundrechtseinschränkungen durch die Schutzmaßnahmen können durch die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates nicht gerechtfertigt werden. Die verfassungsgerichtliche Dogmatik der aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten ist, wie schon gesagt, brüchig. Richtig ist die Pflicht des Staates, den Menschen im Lande möglichste Sicherheit zu geben. Dabei muß er die Grundrechte beachten und darf die Würde des Menschen nicht antasten.

22. Die Infektion mit dem des Coronavirus SARS-CoV-2 ist keine „dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder“ Deutschlands. Aus der Infektion kann eine Krankheit werden. Sie ist aber selbst keine Krankheit. Ob eine „ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit“ in ganz Deutschland besteht, hängt entweder von einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinne oder von einer Infektionsgefahr im Sinne des Bundesverfassungsgerichts ab. Die Gefahr muß zudem ernsthaft sein. Der Begriff der „öffentliche Gesundheit“ ist wegen seiner sprachlichen Einfachheit eingebürgert und erfaßt in der Praxis die Möglichkeiten der Versorgung der Kranken in Krankenhäusern.

23. Der Maßnahmenkatalog des § 28 a IfSG kann, wenn und weil die „Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ nicht erneuert worden ist, solange nicht genutzt werden, wie diese Lage nicht festgestellt ist. Die Möglichkeiten der Länder, ermächtigt durch § 32 IfSG, das Coronavirus SARS-CoV-2 abzuwehren, sind durch den novellierten Absatz 7 des § 28 a IfSG erheblich beengt worden.

24. Die Verbote und Gebote zur Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 gelten nach den Berliner Schutzmaßnahmenverordnungen in Berlin allgemein. Berlin unterscheidet nicht nach den Inzidenzen in den Stadtteilen wie etwa Bayern nach den Landkreisen, obwohl das möglich und geboten wäre. Es wird auch nicht berücksichtigt, ob von Menschen und Einrichtungen Abwehrmaßnahmen rechtfertigende Gefahren für die Gesundheit von Menschen ausgehen. Ob jemand mit dem Virus infiziert ist und infizieren kann, setzt fachkundige Untersuchung voraus. Weder der Schnelltest noch der PCR-Test sind dafür hinreichend valide. Die durchaus starke Gefahrenbefürchtung ist keine Gefahr. Die Gefahr als Wahrscheinlichkeit eines Schadens muß auf Grund von Tatsachen erkennbar sein. Der Gefahr muß durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr nach Möglichkeit abgeholfen werden. Eine Gefahr durch alle und für alle Menschen im Lande war und ist nicht erkennbar. Nur weil jeder mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert zu werden die Möglichkeit besteht, hat die Infektion noch keine Wahrscheinlichkeit, erst recht nicht die Erkrankung oder der Tod durch das Virus. Noch weniger ist erkennbar,

wer infiziert zu werden droht. Die Warnungen der Immunologen und Epidemiologen, alle Menschen im Land werden infiziert werden, machen noch keine Polizeigefahr aus. Das sind immunologische und epidemiologische Einschätzungen, die nicht einmal einen Gefahrenverdacht begründen und keine allgemeine Gefahrenvorsorge rechtfertigen. Allenfalls der Begriff der epidemischen Infektionsgefahr vermag Schutzmaßnahmen gegen die Infektionen mit dem Virus wegen der fachwissenschaftlichen Warnungen zu tragen.

25. Gefahrenabwehrmaßnahmen wie Mund-Nasen-Schutz und Nachweis negativer Tests über eine Infektion mit dem Coronavirus, die allen Menschen im Lande auferlegt werden, sind wegen der Vermutung, daß alle Menschen infiziert sein können, nicht berechtigt. Sie sind unnötig und übermäßig. Es genügt, wenn die Menschen Vorsicht vor einer Infizierung walten lassen. Jedenfalls greifen Maßnahmen weitaus weniger in das Leben der Allgemeinheit und die alle versorgende Wirtschaft des Landes ein, die verhindern, daß mit immer neuen Mutanten des Coronavirus SARS-CoV-2 infizierte Menschen die Grenze zu Deutschland zu Fuß oder mit einem Fahrzeug übertreten, überfahren oder überfliegen. Wer nach Deutschland kommt, ist, wenn das geboten erscheint, gründlich auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu untersuchen und, wenn eine Infektion mit dem Virus in hinreichender Stärke festgestellt wird, der für die Sicherheit erforderlichen Quarantäne zuzuführen. Dagegen gibt es allenfalls in Ausnahmefällen rechtlichen Bedenken.

26. Der Gefahrenverdacht und die Gefahrenvorsorge berechtigen, nach einem positiven Schnelltest (PoC-Antigen-Test) weitere Untersuchungen, ob eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht, vorzuschreiben, wie den PCR-Test. Aber die Verpflichtung zum Schnelltest ist bereits eine Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Jeden Menschen ohne jeden konkreten Anhaltspunkt zu verdächtigen, er sei eine Gefahr für andere, also ein Störer der öffentlichen Sicherheit, verletzt die Würde des Menschen. Selbst die Verpflichtung zum Schnelltest setzt tatsächliche Anhaltspunkte für den Gefahrenverdacht und die Gefahrenvorsorge voraus. Die allgemeine Möglichkeit der Infektion ist noch kein Gefahrenverdacht. Außerdem muß die staatliche Behörde befugt sein, einem Gefahrenverdacht nachzugehen. Eine solche Zuständigkeit räumt das Allgemeine Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG) Berlins den Ordnungsbehörden nicht ein. Die Dogmatik der epidemischen Infektionsgefahr jedoch erlaubt es, ohne jede konkrete oder abstrakte Gefahr, wegen der Möglichkeit der Infektion und folgend der Erkrankung und des Todes Schutzmaßnahmen gegen die gesamte Bevölkerung zu treffen.

27. Für Veranstaltungen, die entweder eine konkrete Polizeigefahr sind, etwa weil Menschen mit Krankheitssymbolen an ihnen teilnehmen, oder wegen der Gefahrenerfahrung derartiger Veranstaltungen eine abstrakte Polizeigefahr ausmachen, durch die jeder, der an diesen Veranstaltungen teilnimmt, zum Störer wird, können rechtens Schutzmaßnahmen vorgeschrieben werden, wenn diese angemessen sind. Aber jeden Menschen um der Effizienz der Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 willen zu Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Virus zu verpflichten, heißt, jeden Menschen in Verdacht zu nehmen, er sei eine Gefahr für andere Menschen. Das ist die Folge der Dogmatik der Infektionsgefahr.

28. Die Infektionsgefahr muß nach dem Stand der Wissenschaft beurteilt werden. Bund und Länder haben ihre Maßnahmen, soweit bekannt, auf ernst zu nehmende Theorien von der Infektionsgefahr des

Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erforderlichkeit von Schutzmaßnahmen gestützt. Allerdings waren das nicht die einzigen beachtlichen Theorien von der Gefährlichkeit des Virus.

29. Die Risikovorsorge kommt nur in Betracht, wenn durch den Betrieb einer Anlage außergewöhnliche Schäden drohen, etwa Atomkraftwerke. Der Schaden durch eine GAU wäre so verheerend, daß er ausgeschlossen werden können muß. Darum darf ein Atomkraftwerk nicht einmal die Möglichkeit eines Unfalls zulassen. Wie wenig das möglich ist, hat der Gau in Fukushima gezeigt. Deutschland hat daraufhin die Nutzung Atomkraft auslaufen lassen, fragwürdig, weil die Elektrizitätsversorgung des Landes nicht mehr gesichert ist. (Auch die Kohlekraftwerke werden wegen des Ausstoßes von C_2O geschlossen und die Gaslieferungen aus Rußland wurden wegen der Interventionen gegen Rußland eingestellt. Das Flüssiggas, das Deutschland jetzt kauft und für elektrischen Strom nutzt, ist weitaus teurer.. Das Schaden für die Wirtschaft Deutschlands essentiell). Die Gesundheit ist Vorsorge gegen Erkrankungen, aber sie ist Sache jedes Einzelnen. Für Menschen, die hinreichende Vorsicht walten lassen, besteht kein allzu großes Risiko der Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2.

30. Die Gefahrenvorsorge setzt einen durch Tatsachen belegten Gefahrenverdacht im polizeirechtlichen Sinne voraus, der sich aus Tatsachen ergibt. Der Staat ist befugt und verpflichtet, Maßnahmen zur Gefahrenvorsorge zu treffen, wenn eine erkennbare Lage nach der Erfahrung eine konkrete Gefahr erwarten läßt. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadens muß durch die Gefahrenvorsorge ausgeschlossen oder gemindert werden können. Maßnahmen der Gefahrenvorsorge gegen die gesamte Bevölkerung sind schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Sie sind rechtstaatlich bedenklich, wenn nicht auf Tatsachen und damit auch Erfahrungen gestützt, nachgewiesen ist, daß jeder oder auch nur ein großer Teil der Menschen in Lande zu erkranken oder auch nur infiziert zu werden erwartet werden kann. Die Dogmatik der Infektionsgefahr rechtfertigt die praktizierten Schutzmaßnahmen allenfalls, soweit diese nicht schwerwiegend sind. Wer ohne Gefahrenverdacht durch Maßnahmen der Gefahrenvorsorge an der Teilnahme am öffentlichen Leben eingeschränkt wird, wird im Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit und zudem im Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit in dem der Menschenwürde genügenden Wesensgehalt dieser Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) verletzt. Soweit die Gefahrenvorsorge mit der epidemischen Infektionsgefahr begründet wird, wie vom Bundesverfassungsgericht, ist die Grundrechtsbeeinträchtigung schwerlich zu rechtfertigen.

31. Die Verpflichtung, einen Mund-Nasenschutz anzulegen, ist, weil die Maßnahme nicht schwerwiegend in die Grundrechte eingreift, wegen einer abstrakten Polizeigefahr grundrechtlich tragfähig, wenn eine Infektionsgefahr (nicht eine Infektionsbefürchtung) genügen soll, erst recht.

32. Wegen einer konkreten Gefahr kann nur jemand zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden, der Symptome einer Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 zeigt oder dessen Infektion bekannt ist, etwa auf Grund eines positiven Tests. Wenn jemand, der infiziert ist, keine Symptome zeigt, ist er objektiv eine Gefahr für andere. Auf seine Kenntnis von seiner Infektion kommt es im Sicherheitsrecht nicht an. Schutzmaßnahmen können von ihm aber nur gefordert werden, wenn seine Infektion auf Grund von Tatsachen erkannt wird. Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vermag eine allgemeine konkrete Gefahr einzelner Menschen gegenüber anderen Menschen nicht zu begründen. Die Freiheit ist auch durch die Grenze der Rechte anderer definiert. Die

freiheitliche Pflicht, diese Grenze zu achten, kann im Sicherheitsrecht nur darin bestehen, daß der, der handelt, keine Gefahr ist und keine Gefahr schafft oder verstärkt. Für eine Pflichtverletzung gibt es jedoch ohne erkennbare Tatsachen einer Infektion keine rechtliche Begründung. Die Dogmatik der Infektionsgefahr läßt Schutzmaßnahmen zu, ohne eine konkrete oder abstrakte Polizeigefahr vorauszusetzen.

33. Nichtstörer, die dem Begriff nach keine Polizeigefahr zu verantworten haben, können nur zu Schutzmaßnahmen verpflichtet werden, wenn eine erhebliche Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann. Die epidemische Infektionsgefahr verpflichtet alle Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen. Diese Dogmatik braucht den Begriff des Nichtstörers nicht mehr. Die Abkehr von der Dogmatik des Polizeirechts in der Sonderlage einer Infektionspandemie hat das Bundesverfassungsgericht augenscheinlich aus praktischen Erwägungen nicht an den Grundrechten scheitern lassen, allerdings auch nur deren Verhältnismäßigkeit geprüft. Die weite Ermächtigung des Staates zu Grundrechtseingriffen bleibt rechtsstaatlich bedenklich. Mehr als 98 % der Bevölkerung waren und sind nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert und können andere Menschen nicht infizieren.

34. Eine abstrakte Polizeigefahr setzt voraus, daß bestimmte Einrichtungen, wie Krankenhäuser, oder auch der öffentliche Nahverkehr, eine konkrete Gefahr in sich tragen, die sich der Erfahrung nach verwirklichen. Kein Mensch ist in allgemeinen Lebenslagen ohne tatsächliche Hinweise auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 eine Polizeigefahr. Es verstößt gegen die Menschenwürde, jeden beliebigen Menschen als Störer, also Gefährder für andere oder die Allgemeinheit, zu behandeln. Das widerspricht dem Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das durch die Unantastbarkeit der Würde des Menschen gestärkt wird. Wenn keine konkrete Gefahr besteht, ist eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Rechtsstaat Voraussetzung einer Verpflichtung zu Schutzmaßnahmen. Die Dogmatik der Infektionsgefahr geht über diese rechtsstaatlichen Gesichtspunkte hinweg und erlaubt, jeden Menschen im Lande zu Schutzmaßnahmen zu verpflichten, obwohl er keine Polizeigefahr bildet.

35. Eine epidemische Infektionsgefahr ist keine tragfähige Gefahrenkategorie des herkömmlichen Sicherheits- und Ordnungsrechts. Die rechtsstaatlich bedenkliche, sehr politische Abwägung der Abwehr von Eingriffen in die grundrechtsgeschützten Rechte und des grundrechtsgebotenen Schutzes dieser Rechte hat keine textliche Grundlage im Grundgesetz. Die offenen Erwägungen der Verhältnismäßigkeit des ‚Ausgleichs‘ von Schutzpflicht und Eingriffsabwehr ist wiederum politisch, nicht rechtlich. Die Schutzpflichtdogmatik hat im Grundgesetz abgesehen von den Schutzpflichten für Ehe, Familie und Kinder in Art. 6 GG nur in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, der alle staatliche Gewalt die Würde des Menschen zu schützen verpflichtet, keine textliche Grundlage. Die allgemeine Möglichkeit der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der Erkrankung an dem Virus ist eine allgemeine Bedrohung, die man umgangssprachlich als Gefahr bezeichnen kann. Der weitaus größte Teil der Bevölkerung ist nicht mit dem Virus infiziert. Nicht alle Menschen im Lande sind eine Polizeigefahr für andere, nur weil die vermeintliche epidemische Lage von nationaler Tragweite, die jetzt mangels der Feststellung durch den Bundestag, rechtlich betrachtet, nicht einmal besteht, von den Medien als Verhängnis dargestellt wird.

36. Jeden Menschen um der Effizienz der Abwehr des Coronavirus SARS-CoV-2 willen zu Schutzmaßnahmen gegen die Infektion mit dem Virus zu verpflichten, schließt ohne Infektionsverdacht aus der Möglichkeit der Infektion die Verpflichtung zu Schutzpflichtmaßnahmen jedermanns. Das ist mit dem Grundgesetz nur vereinbar, wenn der Grundrechtsschutz wegen der allgemeinen Schutzpflicht erheblich relativiert wird. Dem steht die Unantastbarkeit der Menschenwürde entgegen, wenn deren materiales Verständnis des Bundesverfassungsgerichts herangezogen wird.

37. Die Pflicht zum Mund-Nasen-Schutz ist zur Abwehr konkreter und abstrakter Gefahren von Veranstaltungen vor den Grundrechten vertretbar. Eine epidemische Infektionsgefahr rechtfertigt diese milde Schutzmaßnahme gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 erst recht. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit sie durch Art. 2 Abs. 1 im Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, wird durch diese Pflicht nicht eingeschränkt. In das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird nicht unverhältnismäßig eingegriffen und schon gar nicht der Wesensgehalt dieser Rechts angetastet.

38. Private Zusammenkünfte dürfen grundsätzlich nicht unterbunden oder beschränkt werden. Wenn ein Teilnehmer der Zusammenkunft am Coronavirus SARS-CoV-2 erkrankt oder infiziert ist, bestünde eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit im Sinne des Polizeirechts, wenn die Zusammenkunft nicht privat wäre. Sie ist aber nicht öffentlich und damit grundsätzlich die Abwehr der Gefahr keine Aufgabe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Um seine Gesundheit muß sich jeder selbst kümmern. Wenn Tatsachen erkennen lassen, daß durch eine private Zusammenkunft die allgemeine Infektionsgefahr für die Allgemeinheit verstärkt wird, wie das immunologisch die regelmäßige Einschätzung sein wird, ist es dennoch fragwürdig, ob die Untersagung oder Begrenzung privater Veranstaltungen angesichts des Eingriffs in die freie Entfaltung der Persönlichkeit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt. Das rechte Maß dieser Schutzmaßnahme zur Abwehr auch der epidemischen Infektionsgefahr dürfte überschritten sein. Das Bundesverfassungsgericht hat das in dem Bundesnotwendigkeits-Beschluß vom 19. November 2021 anders entschieden.

39. Gegen die Gefahr für Leben und Gesundheit durch die Erkrankung an dem Coronavirus SARS-CoV-2 soll der Staat Schutzmaßnahmen treffen, meint das Bundesverfassungsgericht im Bundesnotbremse-Beschluß. Der Staat habe eine Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit, die aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folge. Richtig ist, daß der Staat den Zweck, die Aufgabe und Pflicht hat, die Sicherheit zu gewährleisten. Seine Maßnahmen dürfen dabei die Grundrechte nicht verletzen und dürfen die Würde des Menschen nicht antasten.

40. Deutschland befürchtet eine Überlastung des Gesundheitssystems wegen dessen unzureichenden personellen Ausstattung. Deren Grund sind die Sparmaßnahmen der Krankenhäuser. Privatisierung sollte deren Leistungen durch Wettbewerb stärken, im System weitgehend gesetzlicher Regelungen der Entgelte ein Mißgriff.

41. Die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 soll die Infektionen mit dem Virus verhindern, die Erkrankung an dem Virus zumindest mindern und den Tod daran nach Möglichkeit ausschließen. Ziel ist auch die Herdenimmunität gegen das Virus. Die Schutzimpfungen sollen mittels

einer allgemeinen Impfpflicht durchgesetzt werden. Die vielfältigen Nötigungen zur Impfung hatten nicht den gewünschten Erfolg.

42. Um des Schutzes der Allgemeinheit willen darf nicht das Leben auch nur eines einzelnen Menschen aufs Spiel gesetzt werden. Der Lebensschutz ist nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts Schutz der Würde des Menschen. Das ist wegen des durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechts auf Leben, in das nach Satz 3 dieser Vorschrift durch Gesetz eingegriffen werden darf, nicht zweifel-frei. Diese Eingriffsbefugnis widerspricht einem unantastbaren Würdeschutz. Aber der Wesensgehalt des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darf nach Art. 19 Abs. 2 GG auf keinen Fall angetastet werden, auch nicht zum Schutz der Allgemeinheit vor der Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Hinzu kommt, daß die Impfung Infektionen mit dem Virus nicht abzuwenden vermag. Die Ver-pflichtung der gesamten Bevölkerung zur Impfung gegen das Virus ist auch mit der epidemischen Infektionsgefahr nicht zu rechtfertigen. Die meisten Menschen gefährden niemanden.

43. Die Verpflichtungen, Schutzmaßnahmen zu treffen, können in Grundrechte auch von Veranstaltern bestimmter Einrichtungen und Unternehmungen, die in § 20 a IfSG aufgelistet sind, eingreifen, etwa in die Unternehmensfreiheit, die durch das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, besser durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird. Deren Mitarbeiter können aus den zu 35 genannte Gründen nicht zur Impfung verpflichtet werden. Davor schützt sie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das zwar eingeschränkt werden darf, aber nicht zu Lasten der Würde des Menschen und auch nicht entgegen dem Wesensgehalt der Grundrechte. Deren Unantastbarkeit schließt den Schutz dieser Rechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein.

44. Die Schutzimpfung verhindert nach der Erfahrung und den wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht die Infektiosität der geimpften Personen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und nicht die Verbreitung des Virus. Ein Faktencheck vom 2. Dezember 2021 hat ergeben, daß unter den hospitalisierten Corona-Kranken bis zum Alter von 60 Jahren 34 % geimpfte, über diesem Alter 44 % geimpfte Patienten sind. Das Paul-Ehrlich-Institut schließt Todesfälle durch die Schutzimpfung nicht aus. Der Chefpfathologe eines Heidelberger Krankenhauses hat 30 % bis 40 % von 40 von ihm obduzierten an dem oder mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Verstorbenen als Impfpfopfer eingestuft. Die Wirksamkeit der Impfung als Schutz gegen Infektionen mit Coronavirus besteht somit nicht. Die bundesverfassungsgerichtliche Dogmatik der Infektionsgefahr vermag sie nicht zu rechtfertigen.

45. Die Schutzmaßnahmen müssen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Sie müssen geeignet sein, ihren Zweck, die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 zu verhindern, zu erreichen, da-für notwendig sein und das rechte Maß wahren. Sie dürfen Menschen, die nicht verantwortlich für die Infektionen mit dem Virus und den Erkrankungen daran sind, jedenfalls nicht in Anspruch nehmen, wenn dadurch deren Leben oder Gesundheit in Gefahr kommen..

46. Die gesetzliche und praktische Behandlung der gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpften und der nicht gegen das Virus geimpften Personen ist unterschiedlich. Die ungleichen, aber grund-rechtswidrigen Verpflichtungen der gegen das Coronavirus geimpften Personen begründen kein Recht auf Gleichbehandlung der nicht geimpften Personen. Es gibt kein Recht auf Gleichbehandlung im

Unrecht. Die nicht geimpften Personen haben das Recht, zu handeln und behandelt zu werden, wie es die Grundrechte schützen, nicht anders als die geimpften Personen. Die Begünstigung der geimpften Personen gemäß der 2 G-Regel gegenüber den nicht geimpften Personen, die nicht einmal die Möglichkeit haben, mit einem negativen Testnachweis in gleicher Weise am öffentlichen Leben teilzunehmen wie die geimpften Personen, ist grob gleichheitswidrig, abgesehen davon, daß die Verpflichtungen zu den Schutzmaßnahmen überhaupt vor den Grundrechten gerechtfertigt werden können müssen.

47. Von der großen Mehrheit der Bevölkerung in Deutschland geht keine Polizeigefahr aus. Sie werden wegen der pandemischen Infektionsgefahr den allgemeinen Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unterworfen. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 VvB, die die Gleichbehandlung des Gleichen vorschreiben, sind auch, wenn die Dogmatik der Infektionsgefahr zugrunde-gelegt wird, kraß verletzt. Sowohl die nicht geimpften Personen wie die geimpften Personen nehmen ihre Grundrechte wahr und sind darum hinsichtlich der Infektionsschutzmaßnahmen gleich zu behandeln.

48. Den Verantwortlichen von Unternehmen jedweder Art die Anordnung der 2 G-Regel oder der 2 G Plus-Regel zu überlassen, ist mit der Staatlichkeit Deutschlands und mit den Grundrechten eines Rechtsstaates nicht zu vereinbaren.

49. Ein Rechtsprinzip Solidarität, das eine Impfpflicht zu begründen vermag, gibt es nicht. Solidarität ist ein sozialistisches Wort für die Nächstenliebe der Christen. In der Sprache des Grundgesetzes ist das die Sittlichkeit, die Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Wort Sittengesetz als Prinzip der Freiheit und damit als Grenze der freien Entfaltung der Persönlichkeit wie aller durch die Grundrechte geschützten Rechte benennt. Das ist die Sprache Immanuel Kants. Die Triebfeder der Sittlichkeit ist die Moral, die dem Selbstzwang unterliegt, nicht dem Rechtszwang. Sie darf weder der Staatsgewalt noch der Gewalt der Moralisten ausgesetzt werden, deren Zwangsmittel öffentliche Herabsetzung und Ausgrenzung sind. Freiheit ist praktische Vernunft.

50. Zur Abwehr der Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 hätte Deutschland nicht auf rechtlose Maximen setzen sollen, sondern auf die Freiheit und damit auf die sittliche Verantwortung der Menschen für sich und die anderen. Impfung kann angeboten werden und angenommen werden, in Freiheit, ohne Zwang, ohne Nötigung.

51. Die Schutzmaßnahmen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind mangels allgemeiner Polizeigefahren durch die Bevölkerung Notstandsmaßnahmen, die nicht auf die epidemische Infektionsgefahr des Infektionsschutzgesetzes gestützt werden können. Die Notstandsmaßnahmen sind, wie typisch für Notstände, diktatorisch im Sinne der Diktatur von Konsuln im Rom der Antike, wenn die Römische Republik in Gefahr war. Deutschland hat keine Notstandsverfassung, die es erlaubt, die Grundrechte auszusetzen, wenn auch nicht die Unantastbarkeit der Würde des Menschen und des Wesensgehalts der Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber in seinen Beschluß vom 19. November 2021 in der Infektionsgefahr eine ausreichende grundrechtliche Voraussetzung für allgemeine Ausgehverbote und Kontaktbeschränkungen gesehen, gewissermaßen einen Pandemievorbehalt der Grundrechte.

Das Sprichwort Not kennt kein Gebot begründet kein über dem Grundgesetz rangierendes Naturrechtsprinzip.

52. Eine abstrakte Normenkontrolle gegen die Infektionsschutzmaßnahmen-Verordnung Berlins kommt weder vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg noch vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin und auch nicht vor dem Bundesverfassungsgericht für eine Fraktion, die weniger als ein Viertel der Mitglieder des Bundestages umfaßt, in Betracht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Eine Organklage einer Fraktion des Abgeordnetenhauses Berlin vor dem Verfassungsgerichtshof Berlin gegen die Verordnung ist nicht zulässig. Eine Organklage gegen die Allgemeinverfügung der Präsidentin des Deutschen Bundestages zur Maskenpflicht und zur Geltung der 3G-Regel vor dem Bundesverfassungsgericht ist zulässig. Verfassungsbeschwerden gegen die Verordnung Berlins sind sowohl zum Verfassungsgerichtshof Berlins als auch zum Bundesverfassungsgericht zulässig. Gegen staatliche Vollzugsmaßnahmen kommt Verwaltungsrechtsschutz in Betracht, gegen Zugangsverweigerungen Zivilrechtsschutz.

Anhang Vorschriften

Übersicht

1. Infektionsschutzgesetz 377
 - a) § 5 Abs. 1 IfSG 378
 - b) § 20 Absätze 6 und 7 IfSG 378
 - c) § 8 und 9 IfSG 378
 - d) § 20 a IfSG 380
 - e) § 22 a IfSG 382
 - f) § 28 IfSG 385
 - g) § 28 a IfSG neuer Fassung 385
 - h) 28 b Fassung 10. Dezember 2021 389
 - i) 28 b Fassung 28. Juni 2022 392
 - j) § 28 c IfSG 392
 - k) § 32 IfSG 392
 - l) Art. 1 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 18. Nov. 2021 392
2. COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung 394
3. Vierte Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins 396
4. SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 29. März 2022 415
5. Zweite SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin vom 27. September 2022 420

1. Infektionsschutzgesetz

Im Laufe der Corona-Pandemie haben der Deutsche Bundestag und der Bundesrat zum Schutz vor Erkrankungen an dem Coronavirus SARS-CoV-2 ständig Änderungen des Infektionsschutzgesetzes und anderer Gesetze beschlossen. Die Fassung des Gesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) hat Artikel 3a des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 938) vorgenommen. Die für diese Schrift wichtigsten Regelungen sind im Folgenden wiedergegeben. Das Infektionsschutzgesetz ist zuletzt durch

Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 190) geändert worden. Das Gesetz ist durch neue Vorschriften ergänzt worden, Vorschriften sind geändert, Vorschriften sind weggefallen. Diese Änderungen des Gesetzes sind weder im Text noch in diesem Anhang eingearbeitet.

a) § 5 Abs. 1 IfSG

1) Der Deutsche Bundestag kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 vorliegen. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 nicht mehr vorliegen. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als nach Satz 2 aufgehoben, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellt; dies gilt entsprechend, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Fortbestehen erneut feststellt. Die Feststellung des Fortbestehens nach Satz 3 gilt als Feststellung im Sinne des Satzes 1. Die Feststellung und die Aufhebung sind im Bundesgesetzblatt bekannt zu machen. Eine epidemische Lage von nationaler Tragweite liegt vor, wenn eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht, weil

1. die Weltgesundheitsorganisation eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite ausgerufen hat und die Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland droht oder

2. eine dynamische Ausbreitung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit über mehrere Länder in der Bundesrepublik Deutschland droht oder stattfindet.

Solange eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt ist, unterrichtet die Bundesregierung den Deutschen Bundestag regelmäßig mündlich über die Entwicklung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

(2) Das Bundesministerium für Gesundheit wird im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite unbeschadet der Befugnisse der Länder ermächtigt,

b) § 20 Abs. 6 und 7 IfSG

(6) Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates anzuordnen, dass bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist. Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht an Schutzimpfungen oder an anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilnehmen können, können durch Rechtsverordnung nach Satz 1 nicht zu einer Teilnahme an Schutzimpfungen oder an anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe verpflichtet werden. § 15 Abs. 2 gilt entsprechend.

(7) Solange das Bundesministerium für Gesundheit von der Ermächtigung nach Absatz 6 keinen Gebrauch macht, sind die Landesregierungen zum Erlass einer Rechtsverordnung nach Absatz 6 ermächtigt. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die obersten Landesgesundheitsbehörden übertragen.“

c) § 20 Abs. 8 und Abs. 9 IfSG

8) Folgende Personen, die nach dem 31. Dezember 1970 geboren sind, müssen entweder einen nach den Maßgaben von Satz 2 ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder ab der Vollendung des ersten Lebensjahres eine Immunität gegen Masern aufweisen:

1. Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 1 bis 3 betreut werden,

2. Personen, die bereits vier Wochen

a) in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 4 betreut werden oder

b) in einer Einrichtung nach § 36 Absatz 1 Nummer 4 untergebracht sind, und

3. Personen, die in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 tätig sind.

Ein ausreichender Impfschutz gegen Masern besteht, wenn ab der Vollendung des ersten Lebensjahres mindestens eine Schutzimpfung und ab der Vollendung des zweiten Lebensjahres mindestens zwei Schutzimpfungen gegen Masern bei der betroffenen Person durchgeführt wurden. Satz 1 gilt auch, wenn zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten. Satz 1 gilt nicht für Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können.“

9) Personen, die in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nummer 1 bis 3 betreut oder in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 tätig werden sollen, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung vor Beginn ihrer Betreuung oder ihrer Tätigkeit folgenden Nachweis vorzulegen:

1. eine Impfdokumentation nach § 22 Absatz 1 und 2 oder ein ärztliches Zeugnis, auch in Form einer Dokumentation nach § 26 Absatz 2 Satz 4 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, darüber, dass bei ihnen ein nach den Maßgaben von Absatz 8 Satz 2 ausreichender Impfschutz gegen Masern besteht,

2. ein ärztliches Zeugnis darüber, dass bei ihnen eine Immunität gegen Masern vorliegt oder sie aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können oder

3. eine Bestätigung einer staatlichen Stelle oder der Leitung einer anderen in Absatz 8 Satz 1 genannten Einrichtung darüber, dass ein Nachweis nach Nummer 1 oder Nummer 2 bereits vorgelegen hat.

Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann bestimmen, dass der Nachweis nach Satz 1 nicht der Leitung der jeweiligen Einrichtung, sondern dem Gesundheitsamt oder einer anderen staatlichen Stelle gegenüber zu erbringen ist. Die Behörde, die für die Erteilung der Erlaubnis nach § 43 Absatz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch zuständig ist, kann bestimmen, dass vor dem Beginn der Tätigkeit im Rahmen der Kindertagespflege der Nachweis nach Satz 1 ihr gegenüber zu erbringen ist. Wenn der Nachweis nach Satz 1 von einer Person, die aufgrund einer nach Satz 8 zugelassenen Ausnahme oder nach Satz 9 in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nummer 1 bis 3 betreut oder in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 beschäftigt oder tätig werden darf, nicht vorgelegt wird oder wenn sich ergibt, dass ein Impfschutz gegen Masern erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist oder vervollständigt werden kann, hat

1. die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder

2. die andere Stelle nach Satz 2 oder Satz 3

unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Angaben zu übermitteln. Eine Benachrichtigungspflicht besteht nicht, wenn der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder der anderen Stelle nach Satz 2 oder Satz 3 bekannt ist, dass das Gesundheitsamt über den Fall bereits informiert ist. Eine Person, die ab der Vollendung des ersten Lebensjahres keinen Nachweis nach Satz 1 vorlegt, darf nicht in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nummer 1 bis 3 betreut oder in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 beschäftigt werden. Eine Person, die über keinen Nachweis nach Satz 1 verfügt oder diesen nicht vorlegt, darf in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 nicht tätig werden. Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann allgemeine Ausnahmen von den Sätzen 6 und 7 zulassen, wenn das Paul-Ehrlich-Institut auf seiner Internetseite einen Lieferengpass zu allen Impfstoffen mit einer Masernkomponente, die für das Inverkehrbringen in Deutschland zugelassen oder genehmigt sind, bekannt gemacht hat; parallel importierte und parallel vertriebene Impfstoffe mit

einer Masernkomponente bleiben unberücksichtigt. Eine Person, die einer gesetzlichen Schulpflicht unterliegt, darf in Abweichung von Satz 6 in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nummer 3 betreut werden.“

d) § 20a IfSG

Immunitätsnachweis gegen COVID-19

(1) Folgende Personen müssen ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein:

1. Personen, die in folgenden Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind:

- a) Krankenhäuser,
 - b) Einrichtungen für ambulantes Operieren,
 - c) Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen,
 - d) Dialyseeinrichtungen
 - e) Tageskliniken,
 - f) Entbindungseinrichtungen einschließlich freiberuflich tätiger Hebammen,
 - g) Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der in den Buchstaben a bis f genannten Einrichtungen vergleichbar sind,
 - h) Arztpraxen, Zahnarztpraxen
 - i) Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,
 - j) Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,
 - k) Rettungsdienste,
 - l) sozialpädiatrische Zentren nach § 119 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch,
 - m) medizinische Behandlungszentren für Erwachsene mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen nach § 119c des Fünften Buches Sozialgesetzbuch,
 - n) Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation nach § 51 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und Dienste der beruflichen Rehabilitation,
 - o) Begutachtungs- und Prüfdienste, die auf Grund der Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder des Elften Buches Sozialgesetzbuch tätig werden,
2. Personen, die in voll- oder teilstationären Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder in vergleichbaren Einrichtungen tätig sind,
3. Personen, die in ambulanten Pflegediensten und weiteren Unternehmen, die den in Nummer 2 genannten Einrichtungen vergleichbare Dienstleistungen im ambulanten Bereich anbieten, tätig sind; zu diesen Personen gehören insbesondere:
- a) ambulante Pflegeeinrichtungen gemäß § 72 des Elften Buches Sozialgesetzbuch sowie Einzelpersonen gemäß § 77 des Elften Buches Sozialgesetzbuch,
 - b) ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen,
 - c) Unternehmen, die Assistenzleistungen nach § 78 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen,
 - d) Unternehmen, die Leistungen der interdisziplinären Früherkennung und Frühförderung nach § 42 Absatz 2 Nummer 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und § 46 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit der Frühförderungsverordnung oder heilpädagogische Leistungen nach § 79 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen,
 - e) Beförderungsdienste, die für Einrichtungen nach Nummer 2 dort behandelte, betreute, gepflegte oder untergebrachte Personen befördern oder die Leistungen nach § 83 Absatz 1 Nummer 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen, und

f) Leistungsberechtigte, die im Rahmen eines Persönlichen Budgets nach § 29 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch Personen für die Erbringung entsprechender Dienstleistungen beschäftigen.

Satz 1 gilt nicht für Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

(2) Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens bis zum Ablauf des 15. März 2022 folgenden Nachweis vorzulegen:

1. einen Impfnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung,

2. einen Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nummer 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung oder

3. ein ärztliches Zeugnis darüber, dass sie auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

Wenn der Nachweis nach Satz 1 nicht bis zum Ablauf des 15. März 2022 vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann bestimmen, dass

1. der Nachweis nach Satz 1 nicht der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern dem Gesundheitsamt oder einer anderen staatlichen Stelle gegenüber zu erbringen ist,

2. die Benachrichtigung nach Satz 2 nicht durch die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern durch die nach Nummer 1 bestimmte Stelle zu erfolgen hat,

3. die Benachrichtigung nach Satz 2 nicht gegenüber dem Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, sondern gegenüber einer anderen staatlichen Stelle zu erfolgen hat.

(3) Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorzulegen. Wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend. Eine Person nach Satz 1, die keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen beschäftigt werden. Eine Person nach Satz 1, die über keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 verfügt oder diesen nicht vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden. Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann allgemeine Ausnahmen von den Sätzen 4 und 5 zulassen, wenn das Paul-Ehrlich-Institut auf seiner Internetseite einen Lieferengpass zu allen Impfstoffen mit einer Komponente gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die für das Inverkehrbringen in Deutschland zugelassen oder genehmigt sind, bekanntgemacht hat; parallel importierte und parallel vertriebene Impfstoffe mit einer Komponente gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 bleiben unberücksichtigt.

(4) Soweit ein Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 ab dem 16. März 2022 seine Gültigkeit auf Grund Zeitablaufs verliert, haben Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens einen neuen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises vorzulegen. Wenn der neue Nachweis nach Satz 1 nicht innerhalb dieses Monats vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung

oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend.

(5) Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Personen haben dem Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, auf Anforderung einen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorzulegen. Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, so kann das Gesundheitsamt eine ärztliche Untersuchung dazu anordnen, ob die betroffene Person auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden kann. Das Gesundheitsamt kann einer Person, die trotz der Anforderung nach Satz 1 keinen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt oder der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nach Satz 2 nicht Folge leistet, untersagen, dass sie die dem Betrieb einer in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtung oder eines in Absatz 1 Satz 1 genannten Unternehmens dienenden Räume betritt oder in einer solchen Einrichtung oder einem solchen Unternehmen tätig wird. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine vom Gesundheitsamt nach Satz 2 erlassene Anordnung oder ein von ihm nach Satz 3 erteiltes Verbot haben keine aufschiebende Wirkung.

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für die in den Einrichtungen oder von den Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen.

(7) Durch die Absätze 1 bis 5 wird das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

e) § 22 a IfSG

§ 22 a Impf-, Genesenen und Testnachweis bei COVID-19; COVID-19- Zertifikate; Verordnungs-ermächtigung

(1) Ein Impfnachweis ist ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines vollständigen Impfschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form. Ein vollständiger Impfschutz gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 liegt vor, wenn

1. die zugrundeliegenden Einzelimpfungen mit einem oder verschiedenen Impfstoffen erfolgt sind, die

a) von der Europäischen Union zugelassen sind oder

b) im Ausland zugelassen sind und die von ihrer Formulierung her identisch mit einem in der Europäischen Union zugelassenen Impfstoff sind,

2. insgesamt drei Einzelimpfungen erfolgt sind und

3. die letzte Einzelimpfung mindestens drei Monate nach der zweiten Einzelimpfung erfolgt ist.

Abweichend von Satz 2 Nummer 2 liegt ein vollständiger Impfschutz bis zum 30. September 2022 auch bei zwei Einzelimpfungen vor und ab dem 1. Oktober 2022 bei zwei Einzelimpfungen nur vor, wenn

1. die betroffene Person einen bei ihr durchgeführten spezifischen positiven Antikörpertest in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form nachweisen kann und dieser Antikörpertest zu einer Zeit erfolgt ist, zu der die betroffene Person noch keine Einzelimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 erhalten hatte,

2. die betroffene Person mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert gewesen ist, sie diese Infektion mit einem Testnachweis über einen direkten Erregernachweis nachweisen kann und die dem Testnachweiszugrundeliegende Testung

a) auf einer Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) beruht sowie

b) zu einer Zeit erfolgt ist, zu der die betroffene Person noch nicht die zweite Impfdosis gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 erhalten hat, oder

3. die betroffene Person sich nach Erhalt der zweiten Impfdosis mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert hat, sie diese Infektion mit einem Testnachweis über einen direkten Erregernachweis nachweisen kann und die dem Testnachweis zugrundeliegende Testung

a) auf einer Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) beruht sowie

b) seit dem Tag der Durchführung der dem Testnachweis zugrundeliegenden Testung 28 Tage vergangen sind. Abweichend von Satz 3 liegt in den in Satz 3 Nummer 1 bis 3 genannten Fällen ein vollständiger Impfschutz bis zum 30. September 2022 auch bei einer Einzelimpfung vor; an die Stelle der zweiten Einzelimpfung tritt die erste Einzelimpfung.

(2) Ein Genesenennachweis ist ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn

1. die vorherige Infektion durch einen Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-NAAT oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) nachgewiesen wurde und

2. die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion mindestens 28 Tage und höchstens 90 Tage zurückliegt.

(3) Ein Testnachweis ist ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind oder auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind, und die zugrundeliegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegt und

1. vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattgefunden hat, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,

2. im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal erfolgt ist, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, oder

3. von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder vor Ort überwacht worden ist.

(4) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Forschung von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Anforderungen an einen Impf-, einen Genesenen- und einen Testnachweis zu regeln. In der Rechtsverordnung darf die Bundesregierung

1. hinsichtlich des Impfnachweises abweichend von Absatz 1 regeln:

a) die Intervallzeiten,

aa) die nach jeder Einzelimpfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und

bb) die höchstens zwischen den Einzelimpfungen liegen dürfen,

b) die Zahl und mögliche Kombination der Einzelimpfungen für einen vollständigen Impfschutz und

c) Impfstoffe, deren Verwendung für einen Impfnachweis im Sinne des Absatzes 1 anerkannt wird,

2. hinsichtlich des Genesenennachweises abweichend von Absatz 2 regeln:

a) Nachweismöglichkeiten, mit denen die vorherige Infektion nachgewiesen werden kann,

b) die Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss,

c) die Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf,

3. hinsichtlich des Testnachweises abweichend von Absatz 3 Nachweismöglichkeiten regeln, mit denen die mögliche Infektion nachgewiesen werden kann.

In der Rechtsverordnung sind angemessene Übergangsfristen für die Anwendung der von den Absätzen 1 bis 3 abweichenden Anforderungen an einen Impf-, einen Genesenen- oder einen Testnachweis vorzusehen.

(5) Zusätzlich zu der Impfdokumentation ist auf Wunsch der geimpften Person die Durchführung einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in einem digitalen Zertifikat (COVID-19-Impfzertifikat) durch folgende Personen zu bescheinigen:

1. die zur Durchführung der Schutzimpfung berechtigte Person oder

2. nachträglich von jedem Arzt oder Apotheker.

Die Verpflichtung nach Satz 1 Nummer 2 besteht nur, wenn dem Arzt oder Apotheker eine Impfdokumentation über eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt wird und er sich zum Nachtrag unter

Verwendung geeigneter Maßnahmen zur Vermeidung der Ausstellung eines unrichtigen COVID-19-Impfzertifikats, insbesondere, um die Identität der geimpften Person und die Authentizität der Impfdokumentation nachzuprüfen, bereit erklärt hat. Zur Erstellung des COVID-19-Impfzertifikats übermittelt die zur Bescheinigung der Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichtete Person die in § 22 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 4 genannten personenbezogenen Daten an das Robert Koch-Institut, das das COVID-19-Impfzertifikat technisch generiert. Das Robert Koch-Institut ist befugt, die zur Erstellung und Bescheinigung des COVID-19-Impfzertifikats erforderlichen personenbezogenen Daten zu verarbeiten.

(6) Die Durchführung oder Überwachung einer Testung in Bezug auf einen positiven Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 ist auf Wunsch der betroffenen Person in einem digitalen Zertifikat (COVID-19-Genesenenzertifikat) zu bescheinigen:

1. durch die zur Durchführung oder Überwachung der Testung berechtigte Person oder
2. nachträglich von jedem Arzt oder Apotheker.

Die Verpflichtung nach Satz 1 Nummer 2 besteht nur, wenn dem Arzt oder Apotheker eine Testdokumentation in Bezug auf einen positiven Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt wird und er sich zum Nachtrag unter Verwendung geeigneter Maßnahmen zur Vermeidung der Ausstellung eines unrichtigen COVID-19-Genesenenzertifikats, insbesondere, um die Identität der getesteten Person und die Authentizität der Testdokumentation nachzuprüfen, bereit erklärt hat. Zur Erstellung des COVID-19-Genesenenzertifikats übermittelt die zur Bescheinigung der Testung in Bezug auf einen positiven Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 verpflichtete Person folgende Daten an das Robert Koch-Institut, das das COVID-19-Genesenenzertifikat technisch generiert:

1. den Namen der getesteten Person, ihr Geburtsdatum,
2. das Datum der Testung und
3. Angaben zur Testung, einschließlich der Art der Testung, und zum Aussteller. Absatz 5 Satz 4 gilt entsprechend.

(7) Die Durchführung oder Überwachung einer Testung in Bezug auf einen negativen Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 ist auf Wunsch der getesteten Person durch die zur Durchführung oder Überwachung der Testung berechtigte Person in einem digitalen Zertifikat (COVID-19-Testzertifikat) zu bescheinigen. Zur Erstellung des COVID-19-Testzertifikats übermittelt die zur Bescheinigung verpflichtete Person folgende Daten an das Robert Koch-Institut, das das COVID-19-Testzertifikat technisch generiert:

1. den Namen der getesteten Person, ihr Geburtsdatum
2. das Datum der Testung und
3. Angaben zur Testung, einschließlich der Art der Testung, und zum Aussteller. Absatz 5 Satz 4 gilt entsprechend.

(8) Zur Sperrung von entgegen Absatz 5 Satz 1, Absatz 6 Satz 1 oder Absatz 7 Satz 1 nicht richtig bescheinigten COVID-19-Impfzertifikaten, COVID-19-Genesenenzertifikaten oder COVID-19-Testzertifikaten übermitteln die Bundespolizei und die zur Gefahrenabwehr zuständigen Behörden der Länder dem Robert Koch-Institut auf das Zertifikat bezogene Daten sowie unmittelbar im Zertifikat enthaltene Daten. Angaben zu Namen, Geburtsdaten oder der eindeutigen Zertifikatkennung gemäß Nummer 1 Buchstabe a, b und k, Nummer 2 Buchstabe a, b und l und Nummer 3 Buchstabe a, b und i des Anhangs zur Verordnung (EU) 2021/953 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2021 über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von COVID-19-Impfungen und -Tests sowie der Genesung von einer COVID-19-Infektion (digitales COVID-Zertifikat der EU) mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie (ABl. L 211 vom 15.6.2021, S. 1), die zuletzt durch die Verordnung (EU)2022/256 (ABl. L 42 vom 23.2.2022, S. 4) geändert worden ist, werden nicht übermittelt. Das Robert Koch-Institut führt die Sperrung durch Aufnahme des jeweiligen Zertifikats in eine Zertifikatssperrliste aus. Das Robert Koch-Institut ist befugt, die für die Durchführung der Sperrung eines Zertifikats erforderlichen personenbezogenen Daten zu verarbeiten.

f) § 28 IfSG

(1) Werden Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt oder ergibt sich, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen, insbesondere die in § 28a und in den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten. Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt.

(2) Wird festgestellt, dass eine Person in einer Gemeinschaftseinrichtung an Masern erkrankt, dessen verdächtig oder ansteckungsverdächtig ist, kann die zuständige Behörde Personen, die weder einen Impfschutz, der den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission entspricht, noch eine Immunität gegen Masern durch ärztliches Zeugnis nachweisen können, die in § 34 Absatz 1 Satz 1 und 2 genannten Verbote erteilen, bis eine Weiterverbreitung der Krankheit in der Gemeinschaftseinrichtung nicht mehr zu befürchten ist.

(3) Für Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 gilt § 16 Abs. 5 bis 8, für ihre Überwachung außerdem § 16 Abs. 2 entsprechend.

g) § 28 a IfSG in der Fassung vom 28. Juni 2022

Das Gesetz ist zuletzt durch Artikel 1b der Verordnung vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist. Die weiteren Änderungen durch Artikelgesetze, die noch nicht dokumentiert sind, sind hier nicht berücksichtigt.

1) Notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) können für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag insbesondere sein

1. Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum,
2. Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht),
2a. Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises.
3. Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum,
4. Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten für Betriebe, Einrichtungen oder Angebote mit Publikumsverkehr,
5. Untersagung oder Beschränkung von Freizeitveranstaltungen und ähnlichen Veranstaltungen,
6. Untersagung oder Beschränkung des Betriebs von Einrichtungen, die der Freizeitgestaltung zuzurechnen sind,
7. Untersagung oder Beschränkung von Kulturveranstaltungen oder des Betriebs von Kultureinrichtungen,
8. Untersagung oder Beschränkung von Sportveranstaltungen und der Sportausübung,
9. umfassendes oder auf bestimmte Zeiten beschränktes Verbot der Alkoholabgabe oder des Alkoholkonsums auf bestimmten öffentlichen Plätzen oder in bestimmten öffentlich zugänglichen Einrichtungen,
10. Untersagung von oder Erteilung von Auflagen für das Abhalten von Veranstaltungen, Ansammlungen, Aufzügen, Versammlungen sowie religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften,
11. Untersagung oder Beschränkung von Reisen; dies gilt insbesondere für touristische Reisen,

12. Untersagung oder Beschränkung von Übernachtungsangeboten,
13. Untersagung oder Beschränkung des Betriebs von gastronomischen Einrichtungen,
14. Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel,
15. Untersagung oder Beschränkung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen des Gesundheits- oder Sozialwesens,
16. Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33, Hochschulen, außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung oder ähnlichen Einrichtungen oder Erteilung von Auflagen für die Fortführung ihres Betriebs oder
17. Anordnung der Verarbeitung der Kontaktdaten von Kunden, Gästen oder Veranstaltungsteilnehmern, um nach Auftreten einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mögliche Infektionsketten nachverfolgen und unterbrechen zu können.

2) Die Anordnung der folgenden Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 ist nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre:

1. Untersagung von Versammlungen oder Aufzügen im Sinne von Artikel 8 des Grundgesetzes und von religiösen oder weltanschaulichen Zusammenkünften nach Absatz 1 Nummer 10,
2. Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach Absatz 1 Nummer 3, nach der das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken zulässig ist, und
3. Untersagung des Betretens oder des Besuchs von Einrichtungen im Sinne von Absatz 1 Nummer 15, wie zum Beispiel Alten- oder Pflegeheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe, Entbindungseinrichtungen oder Krankenhäusern für enge Angehörige von dort behandelten, gepflegten oder betreuten Personen.

Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 Nummer 15 dürfen nicht zur vollständigen Isolation von einzelnen Personen oder Gruppen führen; ein Mindestmaß an sozialen Kontakten muss gewährleistet bleiben.

(3) Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und den §§ 29 bis 32 sind insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten; dabei sind absehbare Änderungen des Infektionsgeschehens durch ansteckendere, das Gesundheitssystem stärker belastende Virusvarianten zu berücksichtigen. Zum präventiven Infektionsschutz können insbesondere die in Absatz 1 Nummer 1, 2, 2a, 4 und 17 genannten Schutzmaßnahmen ergriffen werden. Weitergehende Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen regionalen und überregionalen Infektionsgeschehens mit dem Ziel getroffen werden, eine drohende Überlastung der regionalen und überregionalen stationären Versorgung zu vermeiden. Wesentlicher Maßstab für die weitergehenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) in ein Krankenhaus aufgenommenen Personen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen. Weitere Indikatoren wie die unter infektionsepidemiologischen Aspekten differenzierte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen, die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und die Anzahl der gegen die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) geimpften Personen sollen bei der Bewertung des Infektionsgeschehens berücksichtigt werden. Die Landesregierungen können im Rahmen der Festlegung der Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung der jeweiligen stationären Versorgungskapazitäten in einer Rechtsverordnung nach § 32 Schwellenwerte für die Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5 festsetzen; entsprechend können die Schutzmaßnahmen innerhalb eines Landes regional differenziert werden. Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/covid-19-trends> werktäglich nach Altersgruppen differenzierte und mindestens auf einzelne Länder und auf das Bundesgebiet bezogene Daten zu Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5. Die Länder können die Indikatoren nach den Sätzen 4 und 5 landesweit oder regional differenziert auch statt bezogen auf 100 000 Einwohner bezogen auf das Land oder die jeweilige Region als Maßstab verwenden.

(4) Im Rahmen der Kontaktdatenerhebung nach Absatz 1 Nummer 17 dürfen von den Verantwortlichen nur personenbezogene Angaben sowie Angaben zum Zeitraum und zum Ort des Aufenthaltes erhoben und verarbeitet werden, soweit dies zur Nachverfolgung von Kontaktpersonen zwingend notwendig ist. Die Verantwortlichen haben sicherzustellen, dass eine Kenntnisnahme der erfassten Daten durch Unbefugte ausgeschlossen ist. Die Daten dürfen nicht zu einem anderen Zweck als der Aushändigung auf Anforderung an die nach Landesrecht für die Erhebung der Daten zuständigen Stellen verwendet werden und sind vier Wochen nach Erhebung zu löschen. Die zuständigen Stellen nach Satz 3 sind berechtigt, die erhobenen Daten anzufordern, soweit dies zur Kontaktnachverfolgung nach § 25 Absatz 1 erforderlich ist. Die Verantwortlichen nach Satz 1 sind in diesen Fällen verpflichtet, den zuständigen Stellen nach Satz 3 die erhobenen Daten zu übermitteln. Eine Weitergabe der übermittelten Daten durch die zuständigen Stellen nach Satz 3 oder eine Weiterverwendung durch diese zu anderen Zwecken als der Kontaktnachverfolgung ist ausgeschlossen. Die den zuständigen Stellen nach Satz 3 übermittelten Daten sind von diesen unverzüglich irreversibel zu löschen, sobald die Daten für die Kontaktnachverfolgung nicht mehr benötigt werden.

(5) Rechtsverordnungen, die nach § 32 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28a Absatz 1 erlassen werden, sind mit einer allgemeinen Begründung zu versehen und zeitlich zu befristen. Die Geltungsdauer beträgt grundsätzlich vier Wochen; sie kann verlängert werden.

(6) Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und nach den §§ 29 bis 31 können auch kumulativ angeordnet werden, soweit und solange es für eine wirksame Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist. Bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) sind soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist. Einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, können von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist.

(7) Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind:

1. die Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nasen-Schutz) in
 - a) Arztpraxen sowie in Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 bis 5, 11 und 12 sowie § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7, soweit die Verpflichtung zur Abwendung einer Gefahr für Personen, die auf Grund ihres Alters oder ihres Gesundheitszustandes ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) haben, erforderlich ist,
 - b) Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs für Fahrgäste sowie das Kontroll- und Servicepersonal und das Fahr- und Steuerpersonal, soweit für dieses tätigkeitsbedingt physischer Kontakt zu anderen Personen besteht, und
 - c) Einrichtungen nach § 36 Absatz 1 Nummer 3 und 4,
2. die Verpflichtung zur Testung auf das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in
 - a) Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und 11 sowie nach § 36 Absatz 1 Nummer 2, 4 und 7,
 - b) Schulen, Kindertageseinrichtungen und
 - c) Justizvollzugsanstalten, Abschiebungshafteneinrichtungen, Maßregelvollzugseinrichtungen sowie anderen Abteilungen oder Einrichtungen, wenn und soweit dort dauerhaft freiheitsentziehende

Unterbringungen erfolgen, insbesondere psychiatrische Krankenhäuser, Heime der Jugendhilfe und für Senioren.

Individuelle Schutzmaßnahmen gegenüber Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen oder Ausscheidern nach § 28 Absatz 1 Satz 1 sowie die Schließung von Einrichtungen und Betrieben im Einzelfall nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 bleiben unberührt. Die Absätze 3, 5 und 6 gelten für Schutzmaßnahmen nach Satz 1 entsprechend. Die besonderen Belange von Kindern und Jugendlichen sind zu berücksichtigen.

(8) Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können in einer konkret zu benennenden Gebietskörperschaft, in der durch eine epidemische Ausbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19) die konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage besteht, über den Absatz 7 hinaus auch folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne von § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, sofern das Parlament des betroffenen Landes das Vorliegen der konkreten Gefahr und die Anwendung konkreter Maßnahmen in dieser Gebietskörperschaft feststellt:

1. die Verpflichtung zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nasen-Schutz),
2. die Anordnung eines Abstandsgebots mit einem Abstand von 1,5 Metern (Mindestabstand) im öffentlichen Raum, insbesondere in öffentlich zugänglichen Innenräumen,
3. die Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises nach § 22a Absatz 1 bis 3 einschließlich der Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 und § 36 Absatz 1 sowie in Betrieben, in Einrichtungen oder Angeboten mit Publikumsverkehr,
4. die Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten, die die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln, die Vermeidung unnötiger Kontakte und Lüftungskonzepte vorsehen können, für Einrichtungen im Sinne von § 23 Absatz 3 Satz 1 und § 36 Absatz 1 und für die in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betriebe, Gewerbe, Einrichtungen, Angebote, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen.

Eine konkrete Gefahr einer sich dynamisch ausbreitenden Infektionslage nach Satz 1 besteht, wenn

1. in der jeweiligen Gebietskörperschaft die Ausbreitung einer Virusvariante des Coronavirus SARS-CoV-2 festgestellt wird, die eine signifikant höhere Pathogenität aufweist, oder
2. auf Grund einer besonders hohen Anzahl von Neuinfektionen oder eines besonders starken Anstiegs an Neuinfektionen eine Überlastung der Krankenhauskapazitäten in der jeweiligen Gebietskörperschaft droht.

Die Absätze 3, 5 und 6 gelten entsprechend. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als aufgehoben, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 die Feststellung erneut trifft; dies gilt entsprechend, sofern das Parlament in dem betroffenen Land nicht spätestens drei Monate nach der erneuten Feststellung erneut die Feststellung trifft.

(9) (weggefallen)

(10) Eine auf Grund von Absatz 7 Satz 1 oder Absatz 8 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 32 erlassene Rechtsverordnung muss spätestens mit Ablauf des 23. September 2022 außer Kraft treten. Nach Absatz 7 Satz 1 oder Absatz 8 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 getroffene Anordnungen müssen spätestens mit Ablauf des 23. September 2022 aufgehoben werden. Eine vor dem 19. März 2022 auf Grundlage von Absatz 7 Satz 1 oder Absatz 8 Satz 1 in der jeweils am 18. März 2022 geltenden Fassung in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 32 erlassene Rechtsverordnung darf bis zum Ablauf des 2. April 2022 aufrechterhalten werden, soweit die in der jeweiligen Rechtsverordnung genannten Maßnahmen auch nach Absatz 7 Satz 1 oder Absatz 8 Satz 1 notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein könnten.

h) In Artikel I des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. November 2021 ist u. a. § 28 b IfSG in gänzlich neuer Fassung geregelt. Diese Regelung wurde in der Novelle vom 10. Dezember 2021 geändert:

§ 28 b IfSG in der Fassung vom 22. November 2021 in der Fassung vom 10. Dezember 2021

„Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Verordnungsermächtigung

(1) Arbeitgeber und Beschäftigte dürfen Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten und Arbeitgeber dürfen Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen, wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 2, Nummer 4 oder Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3, Nummer 5 oder Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. Sofern die dem Testnachweis zugrundeliegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik erfolgt ist, darf diese abweichend von § 2 Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung maximal 48 Stunden zurückliegen. Abweichend von Satz 1 ist Arbeitgebern und Beschäftigten ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um

1. unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne des § 4 Absatz 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 25. Juni 2021 (BAnz AT 28.06.2021 V1), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 6. September 2021 (BAnz AT 09.09.2021 V1) geändert worden ist, wahrzunehmen oder
2. ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten bei Bedarf in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren.

(2) Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in den folgenden Einrichtungen und Unternehmen dürfen diese nur betreten, wenn sie getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind und einen Testnachweis mit sich führen:

1. Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 mit der Maßgabe, dass Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen auch dann umfasst sind, wenn dort keine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, und
2. Einrichtungen und Unternehmen nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7.

In oder von den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelte, betreute, gepflegte oder untergebrachte Personen sowie Begleitpersonen, die die Einrichtung oder das Unternehmen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, gelten nicht als Besucher im Sinne des Satzes 1; Menschen mit Behinderungen, die Leistungen im Eingangsverfahren, im Berufsbildungsbereich oder im Arbeitsbereich einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen oder eines anderen Leistungsanbieters nach § 60 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erhalten sowie Auszubildende, Studierende und Schülerinnen und Schüler, die die in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zum Zweck ihrer beruflichen Bildung betreten, gelten als Beschäftigte im Sinne des Satzes 1. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend. Für Arbeitgeber und Beschäftigte kann die zugrundeliegende Testung auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung ohne Überwachung erfolgen, wenn sie geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind; das gilt entsprechend für Besucher, die als medizinisches Personal die in den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelten, betreuten,

gepflegten oder untergebrachten Personen zu Behandlungszwecken aufsuchen und geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind. Eine Testung muss für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind, mindestens zweimal pro Kalenderwoche durchgeführt werden. Für Besucher, die die Einrichtung oder das Unternehmen im Rahmen eines Notfalleinsatzes oder aus anderen Gründen ohne Kontakt zu den in den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, gilt Satz 1 nicht. Für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher gilt Absatz 1 Satz 3, für Arbeitgeber und Beschäftigte auch Absatz 1 Satz 4 entsprechend. Die in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, ein einrichtungs- oder unternehmensbezogenes Testkonzept zu erstellen. Im Rahmen des Testkonzepts haben sie Testungen auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für alle Beschäftigten und Einrichtungen nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 auch für alle Besucher anzubieten.

(3) Alle Arbeitgeber sowie die Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Alle Arbeitgeber und jeder Beschäftigte sowie Besucher der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzulegen. Soweit es zur Erfüllung der Pflichten aus Satz 1 erforderlich ist, darf der Arbeitgeber sowie die Leitung der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. § 22 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gilt entsprechend. Die zuständige Behörde kann von jedem Arbeitgeber sowie von den Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte verlangen. Voll- und teilstationäre Pflegeeinrichtungen sind verpflichtet, der zuständigen Behörde monatlich Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, jeweils bezogen auf die Personen, die in der Einrichtung beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, in anonymisierter Form zu übermitteln. Sonstige in Absatz 2 Satz 1 genannte Einrichtungen oder Unternehmen sind verpflichtet, der zuständigen Behörde auf deren Anforderung Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, in Bezug auf die Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind, in anonymisierter Form zu übermitteln. Voll- und teilstationäre Pflegeeinrichtungen dürfen den Impfstatus der Personen, die dort behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, erheben; diese Daten dürfen nur zur Beurteilung der Gefährdungslage in der Einrichtung oder dem Unternehmen im Hinblick auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) und zur Vorbereitung der Berichterstattung nach Satz 7 verarbeitet werden und nur solange und soweit dies erforderlich ist. Die nach den Sätzen 3 und 9 erhobenen Daten sind spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen; die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.

4) Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.

(5) Die Verkehrsmittel des Luftverkehrs, des öffentlichen Personennahverkehrs und des öffentlichen Personenfernverkehrs dürfen von Fahr- oder Fluggästen sowie dem Kontroll- und Servicepersonal und Fahr- und Steuerpersonal, soweit tätigkeitsbedingt physische Kontakte zu anderen Personen bestehen, nur benutzt werden, wenn

1. sie, ausgenommen es handelt sich um Schüler außerhalb der Schulferienzeit und um eine Beförderung in Taxen, geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 2, Nummer 4 oder Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sind und

2. sie während der Beförderung eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder eine medizinische Gesichtsmaske (Mund-Nasen-Schutz) tragen.

Eine Atemschutzmaske oder eine medizinische Gesichtsmaske muss nicht getragen werden von

1. Kindern, die das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben,

2. Personen, die ärztlich bescheinigt auf Grund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske oder medizinische Gesichtsmaske tragen können, und

3. gehörlosen und schwerhörigen Menschen und Personen, die mit ihnen kommunizieren, sowie ihren Begleitpersonen.

Beförderer sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Satz 1 durch stichprobenhafte Nachweiskontrollen zu überwachen. Alle beförderten Personen sind verpflichtet, auf Verlangen einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3, Nummer 5 oder Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung vorzulegen. Beförderer können zu diesem Zweck personenbezogene Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Soweit in Bestimmungen einer Rechtsverordnung nach § 36 Absatz 8 in Verbindung mit Absatz 10 für in die Bundesrepublik Deutschland einreisende Personen abweichende Nachweispflichten für die Nutzung der in Satz 1 genannten Verkehrsmittel bestimmt werden, gehen diese Bestimmungen den Bestimmungen nach Satz 1 Nummer 1 vor.

(6) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für einen befristeten Zeitraum vorzuschreiben, welche Maßnahmen die Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dieser Vorschrift zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, zu erfüllen. In der Rechtsverordnung kann insbesondere das Nähere geregelt werden zu

1. den in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 genannten Pflichten,

2. den in Absatz 3 genannten Überwachungs- und Dokumentationspflichten.

(7) Diese Vorschrift gilt bis zum Ablauf des 19. März 2022. Eine auf Grund des Absatzes 6 Satz 1 erlassene Rechtsverordnung tritt spätestens mit Ablauf des 19. März 2022 außer Kraft. Der Deutsche Bundestag kann durch im Bundesgesetzblatt bekanntzumachenden Beschluss einmalig die Fristen nach den Sätzen 1 und 2 um bis zu drei Monate verlängern.

Diese Fassung des § 28 b des IfSG vom 22. November 2021 hatte im Wesentlichen die 3 G-Regel für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den Arbeitsstätten eingeführt.

i) Artikel 3a des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 938) hat das Infektionsschutzgesetz erneut geändert. § 28 b IfSG vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 1045) enthält die neue im Folgenden wiedergegebene Regelung. Diese ist an die Stelle der Regelung des § 28 b Abs. 5 IfSG in der Fassung vom 22. November 2021 getreten.

§ 28 b Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Verordnungsermächtigung

(1) Die Verkehrsmittel des Luftverkehrs und des öffentlichen Personenfernverkehrs dürfen von Fahr- oder Fluggästen sowie dem Kontroll- und Servicepersonal und Fahr- und Steuerpersonal, soweit tätigkeitsbedingt physische Kontakte zu anderen Personen bestehen, nur benutzt werden, wenn diese Personen während der Beförderung eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder eine medizinische Gesichtsmaske (Mund-Nasen-

Schutz) tragen. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates eine Aussetzung der Verpflichtungen nach Satz 1 zu beschließen. Solange ein Land von der Ermächtigung in § 28a Absatz 7 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b keinen Gebrauch gemacht hat, gelten die Verpflichtungen nach Satz 1 auch in diesem Land für Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs, längstens bis zum Ablauf des 2. April 2022. Eine Atemschutzmaske oder eine medizinische Gesichtsmaske muss nicht getragen werden von

1. Kindern, die das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben,
2. Personen, die ärztlich bescheinigt auf Grund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske oder medizinische Gesichtsmaske tragen können, und
3. gehörlosen und schwerhörigen Menschen und Personen, die mit ihnen kommunizieren, sowie ihren Begleitpersonen.

Beförderer sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Satz 1 durch stichprobenhafte Kontrollen zu überwachen.

(2) Diese Vorschrift gilt bis zum Ablauf des 23. September 2022.

j) § 28 c IfSG

„Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen
Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können, Erleichterungen oder Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes aufgrund der Vorschriften im fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassenen Geboten und Verboten zu regeln. In der Rechtsverordnung kann vorgesehen werden, dass Erleichterungen und Ausnahmen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist, nur bestehen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können. Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 und 2 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. Wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung nach den Sätzen 1 und 2 Gebrauch macht, kann sie zugleich die Landesregierungen ermächtigen, ganz oder teilweise in Bezug auf von den Ländern nach dem fünften Abschnitt dieses Gesetzes erlassene Gebote und Verbote für die in Satz 1 genannten Personen Erleichterungen oder Ausnahmen zu regeln. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen.“

k) § 32 IfSG

„§ 32 Erlass von Rechtsverordnungen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28, 28a und 29 bis 31 maßgebend sind, auch durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) und des Brief- und Postgeheimnisses (Artikel 10 des Grundgesetzes) können insoweit eingeschränkt werden.“

l) Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 22. November 2021

„Artikel 1 Änderung des Infektionsschutzgesetzes.

Das Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes vom 27. September 2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 5 Absatz 9 wird wie folgt geändert:

- a) In Satz 4 wird die Angabe „31. Dezember 2021“ durch die Angabe „30. Juni 2022“ ersetzt.
- b) In Satz 5 wird die Angabe „31. März 2022“ durch die Angabe „30. September 2022“ ersetzt.

2. In § 28 Absatz 1 Satz 1 wird die Angabe „Absatz 1“ gestrichen.

3. § 28a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Nummer 2a wird der Punkt am Ende durch ein Komma ersetzt.

b) Absatz 7 wird wie folgt gefasst:

(7) „Unabhängig von einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite können bis zum Ablauf des 19. März 2022 folgende Maßnahmen notwendige Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 sein, soweit sie zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich sind:

- 1. die Anordnung eines Abstandsgebots im öffentlichen Raum, insbesondere in öffentlich zugänglichen Innenräumen,
- 2. die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht),
- 3. die Verpflichtung zur Vorlage von Impf-, Genesenen- oder Testnachweisen sowie an die Vorlage solcher Nachweise anknüpfende Beschränkungen des Zugangs in den oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen,
- 4. die Verpflichtung zur Erstellung und Anwendung von Hygienekonzepten, auch unter Vorgabe von Personenobergrenzen, für die in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betriebe, Gewerbe, Einrichtungen, Angebote, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen,
- 5. die Erteilung von Auflagen für die Fortführung des Betriebs von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne von § 33, Hochschulen, außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung oder ähnlichen Einrichtungen und
- 6. die Anordnung der Verarbeitung der Kontaktdaten von Kunden, Gästen oder Veranstaltungsteilnehmern in den oder bei den in Absatz 1 Nummer 4 bis 8 und 10 bis 16 genannten Betrieben, Gewerben, Einrichtungen, Angeboten, Veranstaltungen, Reisen und Ausübungen, um nach Auftreten einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mögliche Infektionsketten nachverfolgen und unterbrechen zu können.“

Zugleich mit Art. 28 b IfSG in der Fassung vom 22. April 2021, der am 30. Juni 2021 außer Kraft getreten ist, war durch das „Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22. April 2021 (BGBl. I. S. 802) in Artikel 1 § 28 c IfSG in das Infektionsschutzgesetz eingefügt worden.

2. COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat am 8. Mai 2021 auf Grund des § 28c des Infektionsschutzgesetzes, die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV)“ erlassen. Diese Verordnung ist durch Artikel 20a des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geändert worden. Die Erste Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 10. Dezember 2021 auf Grund des § 28c des Infektionsschutzgesetzes, der zuletzt durch Artikel 1 Nummer 3b des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geändert worden ist, hat dieser Verordnung in § 4 Absatz 1 und Absatz 2 jeweils einen Satz angefügt. Die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung ist durch Art. 1 die Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung vom 14. Januar 2022 (BANz AT 14.01.2022 V1), Inkrafttreten: 15.01.2022. In der Fassung dieser Änderung lautet die Verordnung:

Eingangsformel

„Auf Grund des § 28c des Infektionsschutzgesetzes, der durch Artikel 6 Nummer 1 des Gesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. I S. 850) geändert worden ist, verordnet die Bundesregierung unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundestages vom 6. Mai 2021:

Abschnitt 1

Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Zweck der Verordnung

(1) Zweck dieser Verordnung ist es, Erleichterungen und Ausnahmen von Geboten und Verboten nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes oder von auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen Geboten und Verboten für Personen zu regeln,

1. bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder
12. die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können.

(2) Von dieser Verordnung unberührt bleiben, sofern in dieser Verordnung nichts anderes geregelt ist, Gebote

§ 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung ist

1. eine asymptomatische Person, eine Person, bei der aktuell kein typisches Symptom oder sonstiger Anhaltspunkt für eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorliegt; typische Symptome einer Infektion mit und Verbote, die nach dem fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes bestehen oder auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassen worden sind oder werden wie insbesondere

1. ein Gebot, eine Mund-Nasen-Bedeckung, einen Mund-Nasen-Schutz oder eine Atemschutzmaske zu tragen,
2. ein Abstandsgebot im öffentlichen Raum und
3. Vorgaben in Hygiene- und Schutzkonzepten.

(3) Die in dieser Verordnung vorgesehenen Erleichterungen und Ausnahmen gelten nicht für Personen,

1. die typische Symptome einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 aufweisen oder

2. bei denen eine aktuelle Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachgewiesen ist.

dem Coronavirus SARS-CoV-2 sind Atemnot, neu auftretender Husten, Fieber und Geruchs- oder Geschmacksverlust,

2. eine geimpfte Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Impfnachweises ist,

3. ein Impfnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vollständigen Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in

verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Schutzimpfung mit einem oder mehreren vom Paul-Ehrlich-Institut im Internet unter der Adresse www.pei.de/impfstoffe/covid-19 unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entsprechen:

- a) verwendete Impfstoffe,
- b) für einen vollständigen Impfschutz erforderliche Anzahl an Einzelimpfungen,
- c) für einen weiterhin vollständigen Impfschutz erforderliche Auffrischimpfungen,
- d) Intervallzeiten,
- aa) die nach einer Impfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und
- bb) die höchstens zwischen Einzelimpfungen oder Auffrischimpfungen liegen dürfen,

4. eine genesene Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Genesenennachweises ist,

5. ein Genesenennachweis ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens eines durch vorherigen Infektion erworbenen Immunschutzes gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn der Nachweis den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/covid-19-genesenennachweis unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entspricht:

- a) Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion,
- b) Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss, oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung,
- c) Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf,

6. eine getestete Person eine asymptomatische Person, die

- a) das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder
- b) im Besitz eines auf sie ausgestellten Testnachweises ist,

7. ein Testnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind, die zugrunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegt und

- a) vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,
- b) im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt oder
- c) von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht wurde,

8. auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht eine Rechtsverordnung oder eine Allgemeinverfügung, die ein Land oder eine nach Landesrecht zuständige Stelle auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erlassen hat.

§ 3 Gleichstellung von geimpften Personen und genesenen Personen mit getesteten Personen

(1) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht eine Ausnahme von Geboten oder Verboten für Personen, die negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sind, vorgesehen ist oder erlassen wird, gilt diese Ausnahme auch für geimpfte Personen und genesene Personen.

(2) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht vorgibt oder voraussetzt, dass eine Person negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2

getestet ist, gilt diese Vorgabe oder Voraussetzung im Fall von geimpften Personen und genesenen Personen als erfüllt. Auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht, kann vorsehen, dass Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen für geimpfte Personen und für genesene Personen nur bestehen, wenn sie ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können.

§ 4 Ausnahmen von der Beschränkung von Zusammenkünften

(1) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht die Anzahl von Personen begrenzt wird, gilt diese Begrenzung nicht für private Zusammenkünfte sowie für ähnliche soziale Kontakte, wenn an der Zusammenkunft ausschließlich geimpfte Personen oder genesene Personen teilnehmen. Auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht, durch das die Anzahl von Personen begrenzt wird, kann abweichend von Satz 1 vorsehen, dass die Begrenzung auch für private Zusammenkünfte sowie für ähnliche soziale Kontakte gilt, an denen ausschließlich geimpfte oder genesene Personen teilnehmen.

(2) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht die Zahl der Teilnehmer bei einer privaten Zusammenkunft oder bei ähnlichen sozialen Kontakten beschränkt, bleiben geimpfte Personen und genesene Personen bei der Ermittlung der Zahl der Teilnehmer unberücksichtigt. Auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht, durch das die Zahl der Teilnehmer bei einer privaten Zusammenkunft oder bei ähnlichen sozialen Kontakten beschränkt wird, kann abweichend von Satz 1 vorsehen, dass auch geimpfte und genesene Personen bei der Ermittlung der Zahl der Teilnehmer berücksichtigt werden.

(3) Die Anordnung von Schutzmaßnahmen, die zur Abwendung einer Gefahr für Personen, die auf Grund ihres Alters oder ihres Gesundheitszustandes ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf haben, erforderlich sind, bleibt unberührt. Schutzmaßnahme im Sinne von Satz 1 kann auch die Pflicht geimpfter Personen und genesener Personen sein, ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzulegen.

§ 5 Ausnahmen von der Beschränkung des Aufenthalts außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft

Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht den Aufenthalt außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum beschränkt, gilt eine solche Beschränkung nicht für geimpfte Personen und genesene Personen.

§ 6 Ausnahmen von Absonderungspflichten

(1) Sofern auf Grund der Vorschriften des fünften Abschnitts des Infektionsschutzgesetzes erlassenes Landesrecht eine Pflicht zur Absonderung vorsieht, gilt diese Pflicht nicht für geimpfte Personen und genesene Personen.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn

1. nach den vom Robert Koch-Institut im Internet unter der Adresse www.rki.de/kontaktpersonenmanagement unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben eine Absonderung auch für bestimmte geimpfte Personen oder genesene Personen möglich ist, oder

2. die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland nach Voraufenthalt in einem als Virusvariantengebiet im Sinne der Coronavirus-Einreiseverordnung festgestellten Gebiet erfolgt.

Abschnitt 2

Erleichterungen und Ausnahmen von auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten und Verboten

§ 7 Ermächtigung der Landesregierungen zu Erleichterungen und Ausnahmen

Die Landesregierungen werden ermächtigt, Erleichterungen und Ausnahmen von den auf Grund der Vorschriften im fünften Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes erlassenen landesrechtlichen Geboten oder Verboten für geimpfte Personen, genesene Personen und getestete Personen zu regeln, soweit diese Verordnung nichts anderes regelt. § 3 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

Die Verordnung hat durch Artikel 2 der Verordnung vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 478) erneut eine Änderung erfahren.

3. Vierte SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung Berlins

vom 14. Dezember 2021 in der Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 18. Januar 2022. Inzwischen gibt es die Neunte Verordnung des Senats zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2- Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 19. März 2022. Weitere Änderungsverordnungen sind mir nicht bekannt. Wiedergegeben und im Text zitiert ist die Verordnung in der Fassung vom 18. Januar 2022:

Auf Grund des § 2 Satz 1 und 2 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes vom 1. Februar 2021 (GVBl. S. 102) und § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 1, § 28a Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 8 Satz 1 und § 28a Absatz 7 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) geändert worden ist, sowie § 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 08.05.2021 V1), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 14. Januar 2022 (BAnz AT 14.01.2022 V1) geändert worden ist, verordnet der Senat:

Präambel

Ziel dieser Verordnung ist die weiterhin notwendige Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der hierdurch verursachten Krankheit COVID-19 durch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und zur Bewältigung der Auswirkungen auf das Gesundheitswesen. Diese Verordnung trägt den bundesrechtlichen Änderungen, unter anderem des Infektionsschutzgesetzes und der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung, Rechnung. Durch Bundesrecht geregelte Pflichten, insbesondere nach § 28b des Infektionsschutzgesetzes gelten unmittelbar und vorrangig vor den Regelungen dieser Verordnung.

1. Teil – Grundsätzliche Pflichten, Schutz- und Hygieneregeln

§ 1 Grundlegende Hygienemaßnahmen in der Pandemie

(1) Jede Person ist angehalten, die allgemein empfohlenen Basismaßnahmen zur Infektionsvorbeugung, also den Mindestabstand von 1,5 Metern zu anderen Personen, geeignete Händehygiene, Husten- und Niesetikette sowie ausreichende Lüftung beim Aufenthalt in geschlossenen Räumen einzuhalten. Personen, die Symptome einer Erkrankung mit COVID-19 im Sinne der dafür jeweils aktuellen Kriterien des Robert Koch-Instituts (RKI) aufweisen sind angehalten, für die Dauer der Symptome ihre sozialen Kontakte auf Menschen des eigenen Haushalts zu begrenzen und diese Symptome ärztlich abklären zu lassen.

(2) Es besteht im öffentlichen Raum die allgemeine Pflicht zur Einhaltung des in Absatz 1 genannten Mindestabstands von 1,5 Metern. Dies gilt nicht, sofern eine körperliche Nähe unter 1,5 Metern nach den Umständen nicht zu vermeiden ist, insbesondere

1. gegenüber dem engsten Angehörigenkreis,
2. bei der Erbringung von Tätigkeiten im Rahmen der Gesundheitsversorgung und Pflege einschließlich der Versorgung mit Heil-, Hilfs- und Pflegehilfsmitteln,
3. im Umgang mit Schwerstkranken und Sterbenden,
4. in der Kindertagesförderung im Sinne des § 22 des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe – in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. September 2012 (BGBl. I S. 2022), das zuletzt durch Artikel 32 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, in Schulen einschließlich der Einrichtungen des Zweiten Bildungsweges im Sinne des Schulgesetzes vom 26. Januar 2004 (GVBl. S. 26), das zuletzt durch das Gesetz vom 27. September 2021 (GVBl. S. 1125) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung sowie in der beruflichen Bildung und in Hochschulen,
5. bei der Erbringung körpernaher Dienstleistungen,

6. wegen der baulich bedingten Enge notwendigerweise von mehreren Personen zeitgleich zu nutzender Räumlichkeiten, zum Beispiel in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Kraftfahrzeugen oder

7. wenn ein bereichsspezifisches Hygienerahmenkonzept nach § 5 Absatz 2 oder eine aufgrund von § 38 erlassene Rechtsverordnung ausnahmsweise eine Unterschreitung des Mindestabstandes von 1,5 Metern vorsieht und andere Maßnahmen zur Gewährleistung des Infektionsschutzes vorhanden sind.

Der öffentliche Raum im Sinne dieser Verordnung umfasst alle Orte außerhalb des privaten Wohnraums und des dazugehörigen befriedeten Besitztums.

(3) Engster Angehörigenkreis im Sinne dieser Verordnung sind Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partner, Angehörige des eigenen Haushalts und Personen, für die ein Sorge- oder Umgangsrecht besteht.

(4) Zum besonderen Schutz von Personen mit einem erhöhten Risiko für einen schweren COVID-19- Krankheitsverlauf sollte im Kontakt mit diesen auf ausreichende Reinigung von Oberflächen und Sanitärbereichen, das Einhalten des Mindestabstands sowie das ständige Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske geachtet werden. Jede Person ist zudem angehalten, vorher einen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Schnelltest, einschließlich eines solchen zur Selbstanwendung, durchzuführen, um das Risiko einer Ansteckung Dritter durch eine nicht erkannten eigene Infektion ohne Symptome zusätzlich zu verringern.

§ 2 Medizinische Gesichtsmaske und FFP2-Maske

(1) Sofern in dieser Verordnung eine Maskenpflicht vorgeschrieben ist, ist eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen, soweit nichts Abweichendes geregelt ist. Die Pflicht zum Tragen einer Maske besteht nicht, soweit sich Personen an einem ihnen zugewiesenen festen Platz aufhalten und in geschlossenen Räumen eine ausreichende maschinelle Belüftung sichergestellt ist. Eine Maske ist derart zu tragen, dass Mund und Nase enganliegend bedeckt werden und eine Ausbreitung von Tröpfchen und Aerosolen durch Atmen, Husten, Niesen oder Sprechen vermindert wird. Eine medizinische Gesichtsmaske im Sinne dieser Verordnung ist eine aus speziellen Materialien hergestellte Schutzmaske, die den in der Anlage genannten Anforderungen entspricht und über kein Ausatemventil verfügen darf. Eine FFP2-Maske im Sinne dieser Verordnung ist eine aus speziellen Materialien hergestellte Schutzmaske, die den in der Anlage genannten Anforderungen entspricht und über kein Ausatemventil verfügen darf. Sofern in dieser Verordnung vorgeschrieben ist, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen, kann auch eine FFP2-Maske getragen werden. In einem bereichsspezifischen Hygienerahmenkonzept nach § 5 Absatz 2 oder in einer aufgrund von § 38 erlassenen Rechtsverordnung kann die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske oder FFP2-Maske bestimmt werden.

(2) Soweit in dieser Verordnung vorgeschrieben ist, eine medizinische Gesichtsmaske oder eine FFP2-Maske zu tragen, gilt diese Pflicht nicht

1. für Kinder bis zum vollendeten sechsten Lebensjahr,

2. für Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr hinsichtlich FFP2-Masken, wobei stattdessen medizinische Gesichtsmasken zu tragen sind,

3. für Personen, die ärztlich bescheinigt auf Grund einer ärztlich bescheinigten gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer ärztlich bescheinigten Behinderung keine medizinische Gesichtsmaske tragen können; die Verantwortlichen sind berechtigt, zur Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen dieser Ausnahme die Bescheinigung im Original einzusehen,

4. für gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen,

5. für Kundinnen und Kunden in Handwerks- und Dienstleistungsbetrieben im Bereich der Körperpflege für die Dauer einer Dienstleistung, bei der von den Kundinnen und Kunden nicht dauerhaft eine medizinische Gesichtsmaske getragen werden kann (gesichtsnahe Dienstleistungen), oder

6. soweit in einem bereichsspezifischen Hygienerahmenkonzept nach § 5 Absatz 2 oder einer auf Grund von § 38 erlassenen Rechtsverordnung weitere Ausnahmen vorgesehen sind.

(3) Wo bei privaten oder im öffentlichen Raum stattfindenden Zusammenkünften, also immer, wenn sich Menschen gemeinsam aufhalten, die Einhaltung des Mindestabstandes nicht möglich ist, sind alle Beteiligten angehalten, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen.

§ 3 Zutrittssteuerung

Sofern in dieser Verordnung eine Zutrittssteuerung vorgesehen ist, gilt bei der Öffnung einer Einrichtung die Steuerung des Zutritts zur Sicherung des Mindestabstandes ein Richtwert von insgesamt höchstens einer nutzenden Person pro 5 Quadratmetern der für den jeweiligen Zweck genutzten Fläche für die maximal zulässige Anzahl von Besucherinnen und Besuchern oder anderen Nutzenden je genutzter Fläche der entsprechenden Räumlichkeiten.

§ 4 Anwesenheitsdokumentation

(1) Soweit nach dieser Verordnung die Dokumentation von Anwesenheiten vorgeschrieben ist, ist diese Pflicht dadurch zu erfüllen, dass die folgenden Daten aller anwesenden Personen rückverfolgbar sind:

1. Vor- und Familienname,
2. Telefonnummer,
3. Bezirk oder Gemeinde des Wohnortes oder des Ortes des ständigen Aufenthaltes (verzichtbar bei digitalen Anwendungen),
4. vollständige Anschrift und E-Mail-Adresse, sofern vorhanden,
5. Anwesenheitszeit,
6. Platz- oder Tischnummer, sofern vorhanden (verzichtbar bei digitalen Anwendungen), und
7. die Durchführung der Testung gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder 2 oder die Vorlage einer Bescheinigung gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder 4 oder § 8 Absatz 2 Nummer 2 bis 4, soweit eine solche in dieser Verordnung vorgeschrieben ist; bei elektronischer Nachweisführung gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder 4 in den von der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung anerkannten Formaten, sowie bei elektronischer Nachweisführung gemäß § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 kann darauf verzichtet werden.

(2) Die Anwesenheitsdokumentation darf ausschließlich zum Vollzug infektionsschutzrechtlicher Vorschriften, insbesondere zur Kontaktnachverfolgung genutzt werden. Die nach Absatz 1 Nummer 1 bis 7 erhobenen Daten sind für die Dauer von zwei Wochen, hiervon abweichend bei Nutzung digitaler Anwendungen die nach Absatz 1 Nummer 7 erhobenen Daten für die Dauer von 48 Stunden, beginnend mit der Beendigung des die Pflicht zur Anwesenheitsdokumentation begründenden Ereignisses, geschützt vor Einsichtnahme durch Dritte aufzubewahren oder zu speichern. Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist ist die Anwesenheitsdokumentation zu löschen oder zu vernichten.

(3) Die Anwesenheitsdokumentation ist den zuständigen Behörden zur Kontrolle der Verpflichtungen nach den Absätzen 1 und 2 auf Verlangen zugänglich zu machen. Darüber hinaus ist den zuständigen Behörden auf Verlangen die Anwesenheitsdokumentation auszuhändigen oder ihnen auf sonstige geeignete Weise der Zugriff zu ermöglichen, wenn festgestellt wird, dass eine Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung krank, krankheitsverdächtig, ansteckungsverdächtig oder Ausscheiderin oder Ausscheider im Sinne des Infektionsschutzgesetzes war. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit die Anwesenheitsdokumentation unter Nutzung digitaler Anwendungen geführt wird, die die Einhaltung dieser Bestimmungen durch die Verantwortlichen technisch nicht zulassen.

(4) Die Pflicht zum Führen einer Anwesenheitsdokumentation kann auch unter Nutzung digitaler Anwendungen, auch solcher die eine automatisierte Datenerfassung ohne Mitwirkung der Verantwortlichen ermöglichen, erfolgen. Die Verantwortlichen haben sicherzustellen, dass die digitalen Anwendungen ordnungsgemäß genutzt werden. In jedem Fall muss die Möglichkeit einer Anwesenheitsdokumentation ohne Nutzung digitaler Anwendungen vorgehalten werden. Die Verantwortlichen sind berechtigt und verpflichtet, die Originale der Bescheinigungen gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 oder 4 oder die Nachweise nach § 8 Absatz 2 Nummer 2 bis 4 einzusehen und die Identität der anwesenden Person mittels eines amtlichen Lichtbildausweises zu überprüfen.

(5) Die Angaben nach Absatz 1 sind vollständig und wahrheitsgemäß zu machen. Dies gilt auch im Falle der Registrierung in einer digitalen Anwendung zur Anwesenheitsdokumentation durch die Nutzerinnen und Nutzer. Die Verantwortlichen im Sinne des Absatzes 1 haben anwesenden Personen, die unvollständige oder offensichtlich falsche Angaben machen, den Zutritt oder den weiteren Verbleib zu verwehren. Soweit die Anwesenheitsdokumentation unter Nutzung digitaler Anwendungen geführt wird, die die Einhaltung dieser Bestimmungen durch die Verantwortlichen technisch nicht zulassen, gilt Satz 3 mit der Maßgabe, dass die Verantwortlichen sicherzustellen haben, dass die digitalen Anwendungen ordnungsgemäß genutzt werden.

§ 5 Schutz- und Hygienekonzept

(1) Die Verantwortlichen für jegliche Art von Veranstaltungen, mit Ausnahme solcher nach § 12 Absatz 2, mit mehr als 20 zeitgleich Anwesenden, in Betrieben und in anderen Einrichtungen sowie für Sportstätten und in Vereinen haben entsprechend der spezifischen Anforderungen des jeweiligen Angebots ein individuelles Schutz- und Hygienekonzept zu erstellen und auf Verlangen der zuständigen Behörde vorzulegen. Soweit in dieser Verordnung die Erstellung und Einhaltung eines individuellen Schutz- und Hygienekonzepts vorgesehen ist, gelten die Vorgaben mit der Zielsetzung

1. die Kontakte zwischen den Personen durch die Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 Metern und der maximal für die jeweilige Fläche zugelassenen Personenzahl zu reduzieren;
2. die Steuerung des Zutritts und die Vermeidung von Warteschlangen durch eine Wegführung zu gewährleisten;
3. die ausreichende Durchlüftung durch mehrmals tägliches Stoß- und Querlüften oder den Betrieb einer geeigneten Lüftungsanlage in geschlossenen Räumen zu ermöglichen;
4. die Sicherstellung der Kontaktnachverfolgung zu gewährleisten. Die Aushänge zu den Abstands- und Hygieneregeln sind gut sichtbar anzubringen. Die nach Satz 1 Verantwortlichen stellen die Einhaltung der in dem Schutz- und Hygienekonzept festgelegten Schutzmaßnahmen sicher. Bei der Erstellung des Schutz- und Hygienekonzepts sind die einschlägigen Empfehlungen des Robert Koch-Instituts zum Infektionsschutz, die Empfehlungen der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) zum Lüftungsverhalten in ihrer jeweiligen Fassung, die Vorgaben der jeweiligen Arbeitsschutzbehörden zu berücksichtigen und die Vorgaben dieser Verordnung sowie der auf Grund von § 38 erlassenen bereichsspezifischen Verordnungen zu beachten.

(2) Die jeweils zuständige Senatsverwaltung kann im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung in einem bereichsspezifischen Hygienerahmenkonzept Näheres zu den Anforderungen an das Schutz- und Hygienekonzept nach Absatz 1, einschließlich Vorgaben zu Auslastungsgrenzen sowie Zutritts- und Besuchsregelungen, bestimmen. Die bestehenden Hygienerahmenkonzepte werden auf der Internetseite www.berlin.de/corona veröffentlicht.

§ 6 Nachweiserfordernisse eines negativen Tests

(1) Soweit nach dieser Verordnung vorgeschrieben ist, dass Personen negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sein oder ein negatives Testergebnis einer mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen müssen, ist diese Voraussetzung dadurch zu erfüllen, dass die Person

1. vor Ort einen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Test auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 durchführen lässt und dieser ein negatives Testergebnis zeigt ("Teststelle vor Ort"),
2. unter der Aufsicht der oder des jeweils Verantwortlichen oder von ihr oder ihm beauftragten Personen einen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Test auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zur Selbstanwendung vornimmt und dieser nach korrekter Durchführung ein negatives Testergebnis zeigt („erweiterte Einlasskontrolle“),
3. der oder dem jeweils Verantwortlichen oder von ihr oder ihm beauftragten Personen eine schriftliche oder elektronische Bescheinigung über ein negatives Testergebnis eines innerhalb der letzten 24 Stunden durchgeführten Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests oder Selbsttests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegt, oder

4. der oder dem jeweils Verantwortlichen oder von ihr oder ihm beauftragten Personen eine schriftliche oder elektronische Bescheinigung über ein negatives Testergebnis eines aktuellen PCR-Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, das nicht älter als 48 Stunden ist, vorlegt.

(2) Soweit nach dieser Verordnung vorgeschrieben ist, dass Personen negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sein müssen, gilt dies nicht für Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahr sowie für Schülerinnen und Schüler, die einer regelmäßigen Testung im Rahmen des Schulbesuchs unterliegen. Der Nachweis der Schülerschaft und der damit einhergehenden regelmäßigen Testung im Rahmen des Schulbesuchs gilt insbesondere durch Vorlage eines gültigen Schülerscheins als erbracht; dies ist während der Ferien nicht der Fall. Für Kinder, die im Rahmen des Besuchs einer Kindertagesstätte einer regelmäßigen Testung unterliegen, gilt eine nach dieser Verordnung vorgeschriebene Pflicht, negativ getestet zu sein, nicht.

§ 7 Regelungen zur Absonderung

(1) Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, sind vorbehaltlich des Absatzes 3, verpflichtet, unverzüglich eine bestätigende Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 (PCR-Testung) herbeizuführen, sich unverzüglich nach Kenntniserlangung auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft zu begeben und sich für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Vornahme des Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests ständig dort abzusondern. Zum Zwecke der PCR-Testung darf die Örtlichkeit der Absonderung verlassen werden.

(2) Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 vorgenommene Testung (PCR-Testung) ein positives Ergebnis aufweist, sind verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntniserlangung auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft zu begeben und sich für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Vornahme der PCR-Testung ständig dort abzusondern.

(3) Für Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests zur Selbstanwendung vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist gilt Absatz 1 entsprechend, sofern die Testung unter fachkundiger Aufsicht erfolgt ist. Ist die Testung nicht unter fachkundiger Aufsicht durchgeführt worden, so sind die Personen verpflichtet, unverzüglich eine bestätigende Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 (PCR-Testung) herbeizuführen. Als fachkundige Aufsicht im Sinne von Satz 1 gilt jede Person, die berechtigt ist, PoC-Testungen an anderen Personen vorzunehmen.

(4) Personen in Absonderung ist es nicht gestattet, Besuch von Personen zu empfangen, die nicht ihrem Haushalt angehören. Für die Zeit der Absonderung unterliegen die abgesonderten Personen der Beobachtung durch das zuständige Gesundheitsamt.

(5) Die Absonderung endet im Fall von Absatz 1 mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses der PCR-Testung, spätestens jedoch nach 10 Tagen nach dem Zeitpunkt der Vornahme des Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests; im Fall von Absatz 2 mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer frühestens am 7. Tag nach dem Zeitpunkt der Vornahme der die Absonderung begründenden PCR-Testung vorgenommenen PoC-Testung im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 3, Erste Alternative oder PCR-Testung. Abweichend von Satz 1 endet die Absonderung für Beschäftigte in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen der Eingliederungshilfe mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer frühestens am 7. Tag nach dem Zeitpunkt der Vornahme der die Absonderung begründenden PCR-Testung vorgenommenen PCR-Testung, sofern die abgesonderte Person zuvor 48 Stunden symptomfrei war. Sofern der Symptombeginn vor dem Zeitpunkt der Testdurchführung liegt, kann das zuständige Gesundheitsamt abweichend von den Absätzen 1 und 2 den Symptombeginn als fiktiven Zeitpunkt des Beginns der Absonderung festlegen.

(6) Enge Kontaktpersonen zu einer im Sinne der Absätze 1 bis 3 positiv getesteten Person haben sich unverzüglich nach Kenntniserlangung auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft zu begeben und sich für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung ständig dort abzusondern. Bei der Einstufung als enge Kontaktperson und deren Absonderung, hat das zuständige Gesundheitsamt die Empfehlungen des Robert Koch-Instituts in ihrer jeweils geltenden Fassung zu berücksichtigen. Die Absonderung von Kontaktpersonen endet spätestens nach 10 Tagen nach dem Zeitpunkt des letzten Kontakts zu einer im Sinne der Absätze 1 bis 3 positiv getesteten Person und frühestens mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer am 7. Tag nach dem Zeitpunkt des letzten Kontakts zu einer im Sinne der Absätze 1 bis 3 positiv getesteten Person vorgenommenen PoC-Testung im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 3, Erste Alternative oder PCR-Testung. Abweichend von Satz 3 endet die Absonderung von Schülerinnen und Schülern oder Kindern, die eine Kindertagesstätte besuchen, frühestens mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer am 5. Tag nach dem Zeitpunkt des letzten Kontakts zu einer im Sinne der Absätze 1 bis 3 positiv getesteten Person vorgenommenen PoC-Testung im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 3, Erste Alternative oder PCR-Testung. Abweichend von Satz 1 endet die Absonderung für asymptomatische Personen im Sinne von § 6 Absatz 2 Nummer 1 a) Coronavirus-Einreiseverordnung vom 28. September 2021 (BAnz AT 29.09.2021 V1), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 22. Dezember 2021 (BAnz AT 22.12.2021 V1) geändert worden ist, die zugleich Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 sind, frühestens mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses einer am 5. Tag nach dem Zeitpunkt des letzten Kontakts zu einer im Sinne der Absätze 1 bis 3 positiv getesteten Person vorgenommenen PCR-Testung. Ausgenommen von der Absonderungspflicht nach Satz 1 sind Kontaktpersonen, die

1. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 und 2 sind und die eine Auffrischimpfung erhalten haben,
2. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 und 2, deren letzte erforderliche Impfung nicht länger als drei Monate zurückliegt,
3. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 und 2, deren PCR-Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus mindestens 28 Tage und nicht länger als drei Monate zurückliegt,
4. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 3, deren Impfung nicht länger als drei Monate zurückliegt,
5. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 4, deren PCR-Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus nicht länger als drei Monate zurückliegt,
6. Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4, für die keine Empfehlung der Ständigen Impfkommission hinsichtlich einer Auffrischimpfung besteht.

(7) Die Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz bleiben unberührt. Das zuständige Gesundheitsamt kann von den Absätzen 1 bis 3, 5 und 6 abweichende Einzelanordnungen treffen.

§ 8 3G-Bedingung

(1) Die 3G-Bedingung gibt Verantwortlichen auf, Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen nur für geimpfte, genesene oder getestete Personen zugänglich zu machen.

(2) Folgenden Personen ist der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen unter der 3G-Bedingung eröffnet:

1. Geimpften Personen, die mit einem von der Europäischen Union zugelassenen Impfstoff gegen Covid-19 geimpft sind und deren letzte erforderliche Impfung mindestens 14 Tage zurückliegt,
2. Geimpften Personen, denen in einem Drittland außerhalb der Europäischen Union ein Impfbefreiungszertifikat für einen verabreichten COVID-19-Impfstoff ausgestellt wurde, der einem der in Artikel 5 Absatz 5 der Verordnung (EU) 2021/953 genannten COVID-19-Impfstoffe entspricht,
3. Genesenen Personen, die ein mehr als sechs Monate zurückliegendes positives PCR-Testergebnis auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen können und die mindestens eine Impfung gegen Covid-19 mit einem von der Europäischen Union zugelassenen Impfstoff erhalten haben und deren letzte Impfung mindestens 14 Tage zurückliegt, sowie

4. Genesenen Personen, die ein mindestens 28 Tage und höchstens sechs Monate zurückliegendes positives PCR-Testergebnis auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachweisen können.

(3) Der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen ist für den Personenkreis nach Absatz 2 nur eröffnet, sofern diese keine typischen Symptome, die auf eine Erkrankung mit COVID-19 im Sinne der dafür jeweils aktuellen Kriterien des Robert Koch-Instituts hinweisen, aufweisen.

(4) Der Zugang zu Einrichtungen, Betrieben, Veranstaltungen und ähnlichen Unternehmungen unter der 3G-Bedingung ist auch für negativ getestete Personen im Sinne des § 6 eröffnet; § 6 Absatz 2 gilt entsprechend.

(5) Eine nach dieser Verordnung vorgeschriebene Pflicht, negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet zu sein oder ein negatives Testergebnis einer mittels anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen zu müssen oder ein Testangebot annehmen zu müssen oder stattdessen eine Testung vornehmen lassen zu müssen, entfällt für den in Absatz 2 Nummer 1 bis 4 genannten Personenkreis.

(6) Der Nachweis nach Absatz 2 oder die Bescheinigung gemäß § 6 Absatz 1 sind den zuständigen Behörden zum Zwecke der Kontrolle von der nach dieser Verordnung bestehenden 3G-Bedingung auf Verlangen vorzuzeigen.

§ 9 2G-Bedingung

(1) Die 2G-Bedingung soll Verantwortlichen die Möglichkeit eröffnen, Einrichtungen, Betriebe, Veranstaltungen und ähnliche Unternehmungen nur für geimpfte oder genesene Personen zugänglich zu machen und im Gegenzug Erleichterungen von den Bestimmungen dieser Verordnung zu erlangen. Von dieser Möglichkeit kann auch für einzelne Tage oder für begrenzte Zeiträume Gebrauch gemacht werden.

(2) Soweit nach dieser Verordnung die Möglichkeit eröffnet wird, die Durchführung von Veranstaltungen oder die Öffnung von Betrieben und Einrichtungen unter die 2G-Bedingung zu stellen, gilt bei Wahl dieser Möglichkeit folgendes:

1. Es dürfen ausschließlich Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 eingelassen werden, ausgenommen sind

a) Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben; diese müssen negativ getestet sein, § 6 Absatz 2 gilt entsprechend; und

b) Personen, die aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können; diese müssen mittels eines Tests gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 negativ getestet sein und die Impfunfähigkeit mittels einer ärztlichen Bescheinigung nachweisen;

2. Das Personal, das mit Kundinnen und Kunden oder Zuschauenden in unmittelbaren Kontakt kommt, darf nur aus Personen im Sinne von Nummer 1 bestehen oder muss an jedem Tag des Arbeitseinsatzes eine negative Testung im Sinne von § 6 nachweisen, wobei die Verantwortlichen in diesem Fall verpflichtet sind, das Ergebnis der Testung zu dokumentieren;

3. In den Bereichen der Betriebs- oder Veranstaltungsräume, in denen die 2G-Bedingung gilt, dürfen sich keine Personen aufhalten, die nicht unter § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 fallen; Nummer 2 gilt entsprechend;

4. Die Verantwortlichen haben das Vorliegen der Voraussetzung nach den Nummern 1 bis 3 sicherzustellen und Personen, auf die diese Voraussetzungen nicht zutreffen, den Zutritt zu verweigern; sie dürfen hierfür Nachweise im Sinne von § 8 Absatz 2 überprüfen; beim Zutritt müssen die Nachweise geprüft und mit einem amtlichen Lichtbildausweis abgeglichen werden; der Nachweis im Sinne von Nummer 1 und 2 sowie von § 8 Absatz 2 ist den zuständigen Behörden zum Zwecke der Kontrolle von der nach dieser Verordnung bestehenden 2G-Bedingung auf Verlangen vorzuzeigen

5. Für die Dauer der Geltung der 2G-Bedingung haben die Verantwortlichen auf die Geltung der 2G-Bedingung in geeigneter Weise, insbesondere im Eingangsbereich hinzuweisen;

6. In den Bereichen der Betriebs- oder Veranstaltungsräume, in denen die 2G-Bedingung gilt, besteht Maskenpflicht nach § 2 oder soweit dies nicht möglich ist, besteht nach Wahl der Verantwortlichen einheitlich die Pflicht, den Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 einzuhalten oder das Erfordernis einer negativen Testung nach §

6, sofern nichts anderes in dieser Verordnung bestimmt ist; die jeweils zuständige Senatsverwaltung kann in einem bereichsspezifischen Hygienerahmenkonzept Näheres zu diesem Wahlrecht bestimmen;

7. Sofern im Sinne der Nummer 6 Maskenpflicht oder das Erfordernis einer negativen Testung besteht, besteht die Pflicht, den Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 einzuhalten, nicht.

(3) Die Voraussetzungen von Absatz 2 Nummer 1 bis 7 gelten entsprechend, soweit die Geltung der 2G-Bedingung in dieser Verordnung vorgeschrieben wird.

§ 9a 2 G-Bedingung zuzüglich Test

Soweit in dieser Verordnung vorgeschrieben ist, das abweichend von § 9 Absatz 2 Nummer 6 zusätzlich zur Maskenpflicht nach § 2 einheitlich die Pflicht, eine negative Testung nachzuweisen, besteht, gilt dies nicht für Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4, die eine Auffrischimpfung erhalten haben. § 8 Absatz 5 findet insofern keine Anwendung, als dass die Testpflicht auch für geimpfte oder genesene Personen gilt.

2. Teil – Weitere Hygiene- und Schutzregeln für besondere Bereiche

§ 10 Zugang zu Dienstgebäuden und Verhalten im öffentlichen Raum

(1) Der Zugang zu den Dienstgebäuden des Landes Berlin ist für Besucherinnen und Besucher beziehungsweise Kundinnen und Kunden nur unter der 3G-Bedingung möglich. Der Nachweis ist beim Betreten der jeweiligen Behörde unaufgefordert vorzulegen. Die Behörde hat die Besucherinnen und Besucher in barrierefrei zugänglicher Form über die behördlichen Zugangsregelungen zu informieren und auf Testangebote nach § 6 hinzuweisen. Die Behörde kann im Einzelfall von der Einhaltung der 3G-Bedingung absehen, sofern das Aufsuchen des Dienstgebäudes durch die Person zur Verfolgung oder Verhütung von Straftaten oder zur Abwehr einer Gefahr erforderlich ist oder zur Inanspruchnahme von Beratungsangeboten oder Stellung von Anträgen erfolgt und ansonsten eine unbillige Härte entstehen würde; in diesem Fall hat die Person eine FFP2-Maske zu tragen.

(2) Absatz 1 gilt auch für die Gerichtsgebäude des Landes Berlin; § 12 Absatz 2 sowie die Vorschriften über die Sitzungspolizei bleiben unberührt. Für den Zutritt von Probanden zu den Sozialen Diensten der Justiz kann die für die Justiz zuständige Senatsverwaltung Ausnahmen von Absatz 1 zulassen.

(3) Eine medizinische Gesichtsmaske ist über die in § 28b Absatz 5 des Infektionsschutzgesetzes genannten Verkehrsmittel hinaus zu tragen

1. in allen Fahrzeugen von nicht fahrzeugführenden Personen, sofern die Nutzung des Fahrzeugs nicht ausschließlich mit Personen des engsten Angehörigenkreises erfolgt,

2. in Bahnhöfen und Fährterminals, sowie

3. in Aufzügen.

(4) Der Zugang zu Bahnsteigen und Fährterminals ist nur unter der 3G-Bedingung gestattet.

(5) In Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs ist von Fahrgästen eine FFP2-Maske zu tragen.

§ 11 Veranstaltungen

(1) Eine Veranstaltung im Sinne dieser Verordnung ist ein zeitlich begrenztes und geplantes Ereignis mit einer definierten Zielsetzung oder Absicht, einer Programmfolge mit thematischer, inhaltlicher Bindung oder Zweckbestimmung in der abgegrenzten Verantwortung einer Veranstalterin oder eines Veranstalters, einer Person, Organisation oder Institution, an dem eine Gruppe von Menschen teilnimmt. Versammlungen im Sinne von Artikel 8 des Grundgesetzes und Artikel 26 der Verfassung von Berlin stellen keine Veranstaltung dar. Für die in dieser Verordnung besonders geregelten Veranstaltungen und Veranstaltungsformen gelten ausschließlich die dort jeweils genannten Vorgaben, soweit nichts anderes bestimmt ist.

(2) Veranstaltungen in geschlossenen Räumen mit mehr als 10 zeitgleich anwesenden Personen, ausgenommen Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, dürfen nur unter der 2G-Bedingung zuzüglich Test nach § 9a stattfinden. Veranstaltungen im Freien mit mehr als 10, höchstens jedoch 1.000 zeitgleich anwesenden Personen dürfen nur unter der 3G-Bedingung stattfinden. Personen, die bei Veranstaltungen künstlerische Darbietungen aufführen oder sonst für den Ablauf der Veranstaltung unabdingbare, nicht von anderen Personen vertretbare Beiträge einbringen, müssen nicht zum Personenkreis nach § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 gehören, wenn sie mittels eines Tests gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 negativ getestet sind. Die Anwesenheit der

Teilnehmerinnen und Teilnehmer ist zu dokumentieren. Für gastronomische Angebote auf Veranstaltungen gilt § 18 Absatz 1 entsprechend.

(3) Veranstaltungen in geschlossenen Räumen können mit mehr als 10, höchstens jedoch mit bis zu 200 zeitgleich anwesenden Personen durchgeführt werden. Veranstaltungen in geschlossenen Räumen können mit mehr als 200, höchstens jedoch mit bis zu 2.000 zeitgleich anwesenden Personen durchgeführt werden, sofern die Vorgaben zur maschinellen Belüftung des Hygienerahmenkonzeptes der für Kultur, der für Wirtschaft oder der für Sport zuständigen Senatsverwaltung eingehalten werden. Personen, die eingelassen werden, müssen FFP2-Masken auch am festen Platz tragen. Es gilt die 2G-Bedingung zuzüglich Test gemäß § 9a.

(4) Veranstaltungen im Freien dürfen mit mehr als 1.000, höchstens jedoch mit bis zu 3.000 Personen nur unter der 2G-Bedingung durchgeführt werden. Personen, die eingelassen werden, müssen außer am festen Platz FFP2-Masken tragen. Der Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 kann unterschritten werden, wenn alle anwesenden Besucherinnen und Besucher negativ getestet sind.

(5) Private Veranstaltungen (Veranstaltungen im Familien-, Bekannten- oder Freundeskreis) und private Zusammenkünfte sind nur im Kreise der Angehörigen eines Haushalts mit bis zu zwei Personen eines weiteren Haushalts gestattet, Personen im Sinne von § 1 Absatz 3 gelten als ein Haushalt; Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres bleiben, unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem Haushalt, unberücksichtigt. Abweichend von Satz 1 sind private Veranstaltungen und private Zusammenkünfte an denen ausschließlich Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4, ausgenommen Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, teilnehmen mit bis zu 10 zeitgleich Anwesenden zulässig. Dieser Absatz findet keine Anwendung, wenn die jeweilige Veranstaltung gewerblich durchgeführt wird.

(6) In geschlossenen Räumen darf gemeinsam nur gesungen werden, wenn die in einem Hygienerahmenkonzept nach § 5 Absatz 2 oder einer auf Grund von § 38 erlassenen Rechtsverordnung der für Kultur zuständigen Senatsverwaltung festgelegten Hygiene- und Infektionsschutzstandards eingehalten werden. Satz 1 gilt nicht für das Singen im engsten Angehörigenkreis.

§ 12 Besondere Veranstaltungen

(1) Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften müssen für die Durchführung von religiös-kultischen Veranstaltungen im Sinne des Artikel 4 des Grundgesetzes und Artikel 29 Absatz 1 der Verfassung von Berlin ein Schutz- und Hygienekonzept etabliert haben, welches dem aktuellen Hygienerahmenkonzept der für Kultur zuständigen Senatsverwaltung entspricht oder über dessen Bestimmungen hinausgeht. Für Teilnehmende an religiös-kultischen Veranstaltungen in geschlossenen Räumen besteht eine Maskenpflicht, es sei denn, die Teilnehmenden halten sich an einem festen Platz auf.

(2) Für Veranstaltungen, einschließlich Sitzungen, des Europäischen Parlaments, seiner Fraktionen und Ausschüsse, des Deutschen Bundestages, seiner Fraktionen und Ausschüsse, des Bundesrates und seiner Ausschüsse, des Abgeordnetenhauses, seiner Fraktionen und Ausschüsse, des Europäischen Rates, des Rates der Europäischen Union, der Europäischen Kommission, der Bundesregierung, des Senats von Berlin, des Rats der Bürgermeister und seiner Ausschüsse, des Verfassungsgerichtshofes von Berlin, der Bezirksverordnetenversammlungen, ihrer Fraktionen und Ausschüsse sowie der Auslandsvertretungen, der Organe der Rechtspflege, der Organe, Gremien und Behörden der Europäischen Union, der internationalen Organisationen, des Bundes und der Länder und anderer Stellen und Einrichtungen, die öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen, regeln die jeweiligen Institutionen die Schutz- und Hygienemaßnahmen in eigener Verantwortung.

(3) Veranstaltungen, die aufgrund von gesetzlichen Vorschriften stattfinden, die der Wahrnehmung gesetzlich vorgeschriebener Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrechte dienen, dürfen nur unter der 3G-Bedingung stattfinden. Für Teilnehmerinnen und Teilnehmer besteht eine Maskenpflicht, es sei denn, sie halten sich auf einem festen Platz auf und können den Mindestabstand jederzeit einhalten. Die Anwesenheit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer ist zu dokumentieren.

§ 13 Parteiversammlungen

Für Parteiversammlungen sowie Versammlungen von Wählergemeinschaften, die auf Grund des Parteiengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 1994 (BGBl. I S. 149), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung oder zur Vorbereitung der Teilnahme an allgemeinen Wahlen durchgeführt werden, gilt § 12 Absatz 3 entsprechend.

§ 14 Versammlungen

(1) Bei der Durchführung von Versammlungen im Sinne von Artikel 8 des Grundgesetzes und Artikel 26 der Verfassung von Berlin ist der Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Teilnehmenden, die nicht zum engsten Angehörigenkreis gehören, stets einzuhalten. Die die Versammlung veranstaltende Person hat ein individuelles Schutz- und Hygienekonzept zu erstellen, aus dem die vorgesehenen Maßnahmen zur Gewährleistung des Mindestabstands und der jeweils zu beachtenden Hygieneregeln, wie das Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske oder der Verzicht auf gemeinsame Sprechchöre durch die Teilnehmenden während der Versammlung, sowie zur Gewährleistung der nach der nutzbaren Fläche des Versammlungsortes zulässigen Teilnehmendenzahl bei der Durchführung der Versammlung hervorgehen. Die Versammlungsbehörde kann die Vorlage dieses Schutz- und Hygienekonzepts von der die Versammlung veranstaltenden Person verlangen und beim zuständigen Gesundheitsamt eine infektionsschutzrechtliche Bewertung des Konzepts einholen. Bei der Durchführung der Versammlungen ist die Einhaltung des Schutz- und Hygienekonzepts von der Versammlungsleitung sicherzustellen.

(2) Für Teilnehmende an Versammlungen unter freiem Himmel im Sinne von Artikel 8 des Grundgesetzes und Artikel 26 der Verfassung von Berlin besteht eine Maskenpflicht. Wird die Versammlung als Aufzug unter ausschließlicher Nutzung von Kraftfahrzeugen durchgeführt, gilt § 10 Absatz 3 Nummer 1 entsprechend. § 19 Absatz 1 Nummer 1 des Versammlungsfreiheitsgesetzes Berlin vom 23. Februar 2021 (GVBl. S. 180) steht dem Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske zum Infektionsschutz nicht entgegen.

(3) Versammlungen in geschlossenen Räumen dürfen nur unter der 3G-Bedingung stattfinden. Für Teilnehmerinnen und Teilnehmer besteht eine Maskenpflicht, es sei denn, sie halten sich auf einem festen Platz auf und können den Mindestabstand jederzeit einhalten.

(4) Versammlungen in geschlossenen Räumen können unter der 2G-Bedingung stattfinden, dann finden Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 sowie § 1 Absatz 2 keine Anwendung.

§ 15 Maskenpflicht

(1) Für Personal sowie Kundinnen und Kunden in Einzelhandelsgeschäften aller Art und Einkaufszentren (Malls), in Handwerks-, Dienstleistungs- und anderen Gewerbebetrieben mit Publikumsverkehr sowie für Personal in Gaststätten mit Gästekontakt besteht im Innen- wie im Außenbereich eine Maskenpflicht.

(2) Für Personen auf Märkten und in Warteschlangen im Freien besteht eine Maskenpflicht.

§ 16 Einzelhandel, Märkte, sonstige Gewerbebetriebe

(1) Verkaufsstellen im Sinne des Berliner Ladenöffnungsgesetzes vom 14. November 2006 (GVBl. S. 1045), das zuletzt durch das Gesetz vom 13. Oktober 2010 (GVBl. S. 467) geändert worden ist, und Kaufhäuser dürfen nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. § 9 Absatz 2 Nummer 4 findet für Verkaufsstellen von weniger als 100 m² Fläche mit der Maßgabe Anwendung, dass die Verantwortlichen das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 9 Absatz 2 Nummer 1 bis 3 unverzüglich nach Betreten der Verkaufsstelle sicherzustellen haben und Personen, auf die diese Voraussetzungen nicht zutreffen, umgehend der Räumlichkeit verweisen müssen.

(2) Absatz 1 gilt nicht für den Einzelhandel für Lebensmittel und Getränke, Tabakprodukte, Schreibwaren, Zeitungen, Zeitschriften, Bücher und Tierbedarf, Apotheken, Einrichtungen zum Erwerb von Sanitätsbedarf sowie von Hör- und Sehhilfen, Drogerien, Reformhäuser, Tankstellen, Babyfachmärkte, Blumengeschäfte, Bau- und Gartenmärkte und gewerblichen Handwerkerbedarf.

(3) Für Abhol- und Lieferdienste, Fahrrad- und Kfz-Werkstätten und Wochenmärkten gelten die Bestimmungen nach Absatz 2 entsprechend.

(4) Bei der Öffnung von Einrichtungen nach den Absätzen 1 bis 3 sowie Einkaufszentren (Malls) sind die Vorgaben der Zutrittssteuerung zu beachten.

(5) Auf Jahrmärkten und Volksfesten besteht eine Maskenpflicht.

§ 17 Dienstleistungen

(1) Dienstleistungen im Bereich der Körperpflege wie Friseurbetriebe, Kosmetikstudios, Massagepraxen, Tattoo-Studios und ähnliche Betriebe sowie Sonnenstudios dürfen nur unter der 2G-Bedingung angeboten werden, wobei abweichend von § 9 Absatz 2 Nummer 6 Maskenpflicht nach § 2 oder das Erfordernis einer negativen Testung nach § 6 zur Wahl stehen.

(2) Absatz 1 gilt nicht für medizinisch notwendige Behandlungen, insbesondere Physio- und Ergotherapie, Logopädie, Podologie, Fußpflege und Behandlungen durch Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker. Bei Behandlungen nach Satz 1 ist vom Personal eine medizinische Gesichtsmaske und von Kundinnen und Kunden eine FFP2-Maske zu tragen.

(3) Bei der entgeltlichen Erbringung sexueller Dienstleistungen sind gesichtsnahe Praktiken nicht erlaubt. Die Erbringung sexueller Dienstleistungen ist nicht zulässig in Prostitutionsfahrzeugen im Sinne des Prostituiertenschutzgesetzes vom 21. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2372), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes vom 9. März 2021 (BGBl. I S. 327) geändert worden ist. Die Organisation oder die Durchführung von Prostitutionsveranstaltungen im Sinne des Prostituiertenschutzgesetzes ist nur unter der 2G-Bedingung zulässig, wobei abweichend von § 9 Absatz 2 Nummer 6 Maskenpflicht nach § 2 oder das Erfordernis einer negativen Testung nach § 6 zur Wahl stehen. Das Angebot der Dienstleistungen nach Satz 1 ist nur nach Terminvereinbarung und ausschließlich an einzelne Personen erlaubt. Sexuelle Dienstleistungen dürfen nur unter der 2G-Bedingung angeboten werden. Beim Aufenthalt in Prostitutionsstätten und bei der Erbringung sexueller Dienstleistungen müssen Personal und Personen, die sexuelle Dienstleistungen in Anspruch nehmen, eine FFP2-Maske tragen, dies gilt nicht, wenn gemäß § 9 Absatz 2 Nummer 6 eine negative Testung verlangt wird.

(4) Die Anwesenheit von Kundinnen und Kunden, die Dienstleistungen im Sinne von Absatz 1 und 3 in Anspruch nehmen, ist zu dokumentieren.

§ 18 Gastronomie

(1) Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3418), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 10. März 2017 (BGBl. I S. 420) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung und Kantinen dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden; dies gilt nicht für die bloße Nutzung sanitärer Anlagen und bei Kantinen nicht soweit diese ausschließlich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter versorgen. Es gilt die 2G-Bedingung zuzüglich Test gemäß § 9a. Ein verstärktes Reinigungs- und Desinfektionsregime ist sicherzustellen. Speisen und Getränke dürfen nur am Tisch verzehrt werden.

(2) Soweit keine geschlossenen Räume betroffen sind, ist die Bestuhlung und Anordnung der Tische im Außenbereich der Gaststätten und Kantinen so vorzunehmen, dass zwischen Personen, die untereinander nicht zum engsten Angehörigenkreis gehören, ein Mindestabstand von 1,5 Metern eingehalten wird. Im Abstandsbereich dürfen sich keine Personen aufhalten. Ein verstärktes Reinigungs- und Desinfektionsregime ist sicherzustellen. Abweichend von § 1 Absatz 2 Satz 1 darf der Mindestabstand innerhalb der Sitz- oder Tischgruppe unterschritten werden. Speisen und Getränke dürfen nur am Tisch verzehrt werden. Gaststätten können auch, soweit keine geschlossenen Räume betroffen sind, unter der 2G-Bedingung geöffnet werden, dann finden die Sätze 1 bis 5 keine Anwendung.

(3) Die Öffnung von geschlossenen Räumen von Gaststätten nach Absatz 1 ist nur zulässig, wenn die Vorgaben eines Hygienerahmenkonzepts nach § 5 Absatz 2 der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung, das mindestens Vorgaben zur Belüftung der Räume enthalten muss, eingehalten werden. Die Anwesenheit der Gäste in Gaststätten und Kantinen ist zu dokumentieren, soweit diese nicht ausschließlich Speisen oder Getränke abholen.

§ 19 Touristische Angebote, Beherbergung

(1) Ausflugsfahrten im Sinne des § 48 des Personenbeförderungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16. April 2021 (BGBl. I

S. 822) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, Stadtrundfahrten, Schiffsausflügen und vergleichbaren Angeboten zu touristischen Zwecken dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung angeboten werden. Angebote nach Satz 1 dürfen, soweit keine geschlossenen Räume betroffen sind, nur unter der 3G-Bedingung angeboten werden. Bei Angeboten nach Satz 2 besteht Maskenpflicht. Angebote nach Satz 2 können auch unter der 2G-Bedingung angeboten werden.

(2) Übernachtungen in Hotels, Beherbergungsbetrieben, Ferienwohnungen und ähnlichen Einrichtungen dürfen von den Betreiberinnen und Betreibern angeboten werden, wenn die Vorgaben eines Hygienerahmenkonzepts nach § 5 Absatz 2 der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung, das mindestens Vorgaben zur Belüftung der Räume enthalten muss, eingehalten werden. Angebote nach Satz 1 können nur unter der 2G-Bedingung angeboten werden. Für gastronomische Angebote gilt § 18 entsprechend mit der Maßgabe, dass diese für die beherbergten Personen unter der 2G-Bedingung angeboten werden dürfen und soweit geschlossene Räume betroffen sind, zeitlich oder räumlich vom sonstigen Gastronomiebetrieb getrennt stattfinden müssen.

(3) Die jeweils fachlich zuständige Senatsverwaltung kann in besonders begründeten Einzelfällen abweichend von Absatz 2 Ausnahmen von der 2G-Bedingung zulassen. Ein besonders begründeter Einzelfall ist insbesondere anzunehmen, wenn die Anwesenheit der zu beherbergenden Personen von herausragender Bedeutung für das Land Berlin ist. Beherbergt werden dürfen nur Personen, die am Tag der Anreise negativ im Sinne des § 6 Absatz 1 Nummer 4 getestet sind und darüber hinaus an jedem Tag des Aufenthalts ein negatives Testergebnis im Sinne des § 6 nachweisen. Abweichend von § 18 Absatz 1 ist die Bewirtung von beherbergten Personen zulässig, ohne die 2G-Bedingung zu erfüllen.

(4) Die Anwesenheit der Teilnehmenden bei Angeboten nach Absatz 1 und Gästen in Einrichtungen nach Absatz 2 ist zu dokumentieren.

§ 20 Maskenpflicht in Büro- und Verwaltungsgebäuden

In Büro- und Verwaltungsgebäuden besteht für Beschäftigte sowie Besucherinnen und Besucher eine Maskenpflicht, es sei denn, sie halten sich an einem festen Platz auf und können den Mindestabstand jederzeit einhalten.

§ 21 Testpflicht für Selbstständige

Selbstständige, die im Rahmen ihrer Tätigkeit physischen Kontakt zu Kundinnen und Kunden oder sonstigen Dritten haben, sind verpflichtet, an jedem Tag der Tätigkeit, eine Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mittels eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests vornehmen zu lassen und die ihnen ausgestellten Nachweise über die Testungen für die Dauer von vier Wochen aufzubewahren und den zuständigen Behörden zur Kontrolle der vorstehenden Verpflichtungen auf Verlangen zugänglich zu machen. Satz 1 gilt nur, soweit ausreichend Tests zur Verfügung stehen und deren Beschaffung zumutbar ist. § 8 Absatz 5 findet insofern keine Anwendung, als dass die Testpflicht auch für geimpfte oder genesene Personen gilt.

§ 22 Übertragung von Kontrollaufgaben

(1) Die Kontrolle und Durchsetzung von Regelungen nach § 28b Absatz 1 und 2, Absatz 3 Satz 1 bis 3 und Absatz 4 des Infektionsschutzgesetzes kann zusätzlich zu den für den Vollzug des Infektionsschutzgesetzes zuständigen Behörden auch durch die für den Vollzug des Arbeitsschutzgesetzes zuständige Behörde nach Maßgabe von Absatz 2 in eigener Zuständigkeit wahrgenommen werden.

(2) Absatz 1 ist nur anwendbar, soweit Regelungen betroffen sind, die sich auf die Gestaltung von Arbeitsplätzen, Betriebsstätten sowie Unterkünften im Sinne des § 2 Absatz 8 der Arbeitsstättenverordnung vom 12. August 2004 (BGBl. I S. 2179), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3334) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, die Gestaltung der Arbeitsorganisation im Geltungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes sowie auf die Kontrolle der 3G-Nachweis- und Kontrollpflichten der Arbeitgeber oder auf die Kontrolle der Umsetzung des § 28b Absatz 4 des Infektionsschutzgesetzes zu Homeoffice beziehen.

§ 23 Sitzungen der Beschäftigtenvertretungen; Betriebs- und Personalversammlungen

(1) Die auf der Grundlage des Betriebsverfassungsgesetzes, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2959)

geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, des Bundespersonalvertretungsgesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1614) oder des Personalvertretungsgesetzes in der Fassung vom 14. Juli 1994 (GVBl. S. 337; 1995, S. 24), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 27. September 2021 (GVBl. S. 1117) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung gewählten Beschäftigtenvertretungen regeln die während ihrer Sitzungen geltenden Schutz- und Hygienemaßnahmen in eigener Verantwortung.

(2) Für Betriebs- und Personalversammlungen sowie andere Veranstaltungen nach Betriebsverfassungsgesetz, Bundespersonalvertretungsgesetz und Personalvertretungsgesetz, die nicht unter Absatz 1 fallen, gelten die Bestimmungen nach § 12 Absatz 3.

§ 24 Kindertagesförderung

In den Einrichtungen der Kindertagesförderung findet ein eingeschränkter Regelbetrieb unter Beachtung der aus der Covid-19-Pandemie resultierenden Erfordernisse statt. Die für Jugend und Familie zuständige Senatsverwaltung kann unter Beachtung der Infektionslage Näheres, auch bezogen auf anderer Bereiche der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere zu den im Rahmen der Gestaltung des Angebotes zu beachtenden Hygienevorgaben, den Gruppenstrukturen und dem Verfahren zum Umgang mit Personalengpässen bestimmen. Hierbei regelt die für Jugend und Familie zuständige Senatsverwaltung für die das jeweilige Angebot Nutzenden das Bestehen einer Verpflichtung wie auch die Art und Weise der Durchführung einer Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.

§ 25 Schulen

Die Vorgaben zum Betrieb der öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft einschließlich des Zweiten Bildungsweges und der Angebote der außerunterrichtlichen und ergänzenden Förderung und Betreuung bestimmt die für Bildung zuständige Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach § 38.

§ 26 Hochschulen

(1) Zur Sicherstellung des Präsenzlehriebetriebs regeln die staatlichen, privaten und konfessionellen Hochschulen im Rahmen ihrer Schutz- und Hygienekonzepte die Testung von Studierenden in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, soweit Studierende an den Hochschulen präsent sind, insbesondere für Teilnehmende an Lehrveranstaltungen, Praxisformaten und Präsenzprüfungen. An Lehrveranstaltungen, Praxisformaten und Prüfungen in Präsenzform dürfen nur Studierende teilnehmen, die mindestens zwei negative Testergebnisse an nicht aufeinanderfolgenden Tagen nachweisen, soweit sie an mehreren Tagen der Woche an Präsenzformaten oder Präsenzprüfungen teilnehmen; die Teilnahme an lediglich einer Präsenzveranstaltung in der Woche erfordert lediglich den Nachweis eines negativen Testergebnisses. In Lehrveranstaltungen und Praxisformaten in Präsenzform richtet sich die maximale Anzahl von teilnehmenden Studierenden nach den Hygienekonzepten der Hochschulen. Die Anwesenheit von Studierenden und Lehrenden bei Präsenzveranstaltungen ist zu dokumentieren.

(2) Hochschulbibliotheken dürfen Arbeitsplätze und PC-Pools nur für Personen öffnen, die negativ getestet sind, sofern ein Einlass nur nach vorheriger Terminbuchung oder mit Anwesenheitsdokumentation erfolgt.

(3) An Hochschulen besteht eine Maskenpflicht. Sofern der Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 nicht unterschritten wird und alle anwesenden Personen im Sinne des Absatzes 1 negativ getestet sind, besteht die Maskenpflicht nicht am fest zugewiesenen Platz.

(4) Für Mensen des Studierendenwerkes gelten die Regelungen für Gastronomie und Kantinen nach § 18 entsprechend.

§ 27 Weitere Bildungseinrichtungen

(1) Volkshochschulen sowie weitere Einrichtungen der allgemeinen Erwachsenenbildung, Musikschulen, Jugendkunstschulen, Jugendverkehrsschulen, Gartenarbeitsschulen sowie freie Einrichtungen im Sinne des Schulgesetzes und ähnliche Bildungseinrichtungen dürfen nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Angebote der Grundbildung und des Fachbereichs Deutsch als Zweitsprache dürfen auch unter der 3G-Bedingung stattfinden.

(2) Darüber hinaus gilt, dass Angebote an den in Absatz 1 genannten Bildungseinrichtungen, bei denen es zu sportlicher Betätigung, körperlich anstrengender Bewegung und direktem Körperkontakt kommt, nur unter Beachtung der Regelungen der §§ 30 bis 32 zulässig sind.

(3) Fahrschulen, Bootsschulen, Flugschulen und ähnliche Einrichtungen dürfen nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Für Teilnehmende im Bereich der beruflichen Bildung gilt die Verpflichtung nach § 9 Absatz 2 Nummer 2 entsprechend.

§ 28 Berufliche Bildung

(1) In der beruflichen Bildung besteht in geschlossenen Räumen eine Maskenpflicht.

(2) An der beruflichen Bildung nach Absatz 1 dürfen an Präsenzveranstaltungen nur Personen teilnehmen, die negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sind.

(3) In der beruflichen Bildung nach Absatz 1 dürfen nur Personen in Präsenz tätig sein, die negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sind. § 8 Absatz 5 gilt entsprechend.

§ 29 Kulturelle Einrichtungen

(1) Kinos, Theater, Opernhäuser, Konzerthäuser und andere kulturelle Einrichtungen und Veranstaltungsstätten in öffentlicher und privater Trägerschaft dürfen für den Publikumsverkehr entsprechend der Regelungen des § 11 geöffnet werden.

(2) Museen, Galerien und Gedenkstätten dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Im Freien besteht Maskenpflicht.

(3) Bibliotheken und Archive dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden.

(4) Die Anwesenheit der Besucherinnen und Besucher von Einrichtungen nach Absatz 1 ist zu dokumentieren, soweit auch geschlossene Räume betroffen sind.

(5) Angebote der kulturellen sowie historisch-politischen Bildung in Kultureinrichtungen dürfen entsprechend der Regelungen des § 11 in Präsenz stattfinden.

§ 30 Allgemeine Sportausübung

(1) Der Sport im Freien ist bei Unterschreitung des Mindestabstands nach § 1 Absatz 2 nur unter der 3G-Bedingung, allein oder mit dem engsten Angehörigenkreis nach § 1 Absatz 3 zulässig.

(2) Grundsätzliche Regelungen über den Sport an öffentlichen Schulen und Schulen in freier Trägerschaft, an Einrichtungen der Berufsbildung sowie als studienbezogener Lehrbetrieb der Hochschulen und als dienstlich veranlasster Sport staatlicher Einrichtungen gehen den Regelungen dieses Abschnitts vor.

§ 31 Gedeckte Sportanlagen, Fitness-, Tanzstudios und ähnliche Einrichtungen

(1) Die Sportausübung in gedeckten Sportanlagen, Fitness- und Tanzstudios und ähnlichen Einrichtungen ist nur unter der 2G-Bedingung zulässig, wobei abweichend von § 9 Absatz 2 Nummer 6 zusätzlich zu der Maskenpflicht nach § 2 nach Wahl der Verantwortlichen einheitlich die Pflicht besteht, den Mindestabstand nach § 1 Absatz 2 einzuhalten, oder eine negative Testung nachzuweisen. § 9a gilt entsprechend. Die Maskenpflicht besteht nicht während der Sportausübung.

(2) Die Nutzung sanitärer Anlagen und von Funktionsräumen ist nur unter der 2G-Bedingung zulässig.

(3) Die Öffnung von Fitness- und Tanzstudios und ähnlichen Einrichtungen ist nur zulässig, wenn die in einem gemeinsamen Hygienerahmenkonzept der für Sport und für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltungen festgelegten Hygiene- und Infektionsschutzstandards eingehalten werden. Das Hygienerahmenkonzept nach Satz 1 muss mindestens Vorgaben zu Personenobergrenzen, Terminbuchungspflichten und zur Belüftung der Räume enthalten.

(4) Die 2G-Bedingung nach Absatz 1 und 2 gilt nicht

1. für den engsten Angehörigenkreis, soweit keine anderen Personen beteiligt sind;

2. für Bundes- und Landeskaderathletinnen und -athleten, Profiligen und Berufssportlerinnen und Berufssportler, wenn sie mittels eines Tests gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 negativ getestet sind;

3. für ärztlich verordneten Rehabilitationssport oder ärztlich verordnetes Funktionstraining im Sinne des § 64 Absatz 1 Nummer 3 und 4 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234), das zuletzt durch Artikel 7c des Gesetzes vom 27. September 2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, in festen Gruppen von bis zu höchstens zehn Personen zuzüglich einer übungsleitenden Person; bei besonderen im Einzelfall zu begründenden Härtefällen ist die Beteiligung weiterer Personen zulässig, soweit dies zwingend notwendig ist, um den Teilnehmenden die Ausübung des Rehabilitationssports oder Funktionstrainings zu ermöglichen; die Teilnehmenden müssen eine negative Testung im Sinne des § 6 nachweisen; für die übungsleitenden oder weiteren betreuenden Personen gilt § 9 Absatz 2 Nummer 2 entsprechend; und

4. für Teilnehmende im Bereich der beruflichen Bildung, für diese gilt die Verpflichtung nach § 9 Absatz 2 Nummer 2 entsprechend.

(5) Die Anwesenheit der die Einrichtungen nach den Absätzen 1 und 2 Nutzenden ist zu dokumentieren.

§ 32 Schwimmbäder

(1) Strand- und Freibäder sowie Hallenbäder können nach vorheriger Genehmigung des örtlich zuständigen Gesundheitsamtes geöffnet werden. Die Genehmigung soll auf der Grundlage eines von den jeweiligen Betreibern vorzulegenden Nutzungs- und Hygienekonzept erfolgen, das insbesondere die Einhaltung des Abstandsgebots nach § 1 Absatz 2 Satz 1 sicherstellt. Soweit Bäder an Dritte verpachtet oder zur vorrangigen Nutzung überlassen wurden, sind diese Dritten Betreiber im Sinne der vorstehenden Regelung.

(2) Für die Nutzung von Hallenbädern gilt § 31 Absatz 1, 3 und 4 entsprechend. Die 2G-Bedingung nach § 31 Absatz 1 gilt über § 31 Absatz 3 hinaus nicht für therapeutische Behandlungen, die Teilnehmenden müssen jedoch eine negative Testung im Sinne des § 6 nachweisen, für die übungsleitenden oder weiteren betreuenden Personen gilt § 8a Absatz 2 Nummer 2 entsprechend.

§ 33 Wettkampfbetrieb

(1) Der professionelle sportliche Wettkampfbetrieb ist zulässig, soweit er im Rahmen eines Nutzungs- und Hygienekonzeptes des jeweiligen Sportfachverbandes stattfindet. Es gelten dieselben Regelungen wie für den Trainingsbetrieb gemäß §§ 30 bis 32. Im Übrigen gelten die Vorgaben des § 11.

(2) Die Durchführung von professionellen sportlichen Wettkämpfen im Freien kann von den Verantwortlichen unter die 2G-Bedingung gestellt werden.

(3) Für den nicht professionellen sportlichen Wettkampfbetrieb gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

§ 34 Freizeiteinrichtungen

(1) Tanzlustbarkeiten und ähnliche Unternehmen im Sinne der Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3504) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung dürfen nicht abgehalten werden. Im Übrigen gelten die Vorgaben der §§ 11 und 18.

(2) Saunen, Thermen und ähnliche Einrichtungen dürfen nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Die Vorgaben zur Zutrittssteuerung sind einzuhalten. Satz 2 gilt auch für entsprechende Bereiche in Beherbergungsbetrieben und ähnlichen Einrichtungen.

(3) Vergnügungstätten im Sinne der Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017 (BGBl. I S. 3786), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 14. Juni 2021 (BGBl. I S. 1802) geändert worden ist, Freizeitparks und Betriebe für Freizeitaktivitäten sowie Spielhallen, Spielbanken, Wettvermittlungsstellen und ähnliche Betriebe dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Die Vorgaben zur Zutrittssteuerung sind einzuhalten.

(4) Der Zoologische Garten Berlin einschließlich des Aquariums, der Tierpark Berlin Friedrichsfelde und der Botanische Garten Berlin dürfen, soweit geschlossene Räume betroffen sind, nur unter der 2G-Bedingung geöffnet werden. Die Vorgaben zur Zutrittssteuerung sind einzuhalten.

(5) Für Besucherinnen und Besucher von in den Absätzen 2 bis 4 genannten Einrichtungen und Stätten besteht eine Maskenpflicht. Die Pflicht nach Satz 1 besteht nicht während der Nutzung von Schwimmbecken und während des Saunierens.

(6) Die Anwesenheit von Besucherinnen und Besuchern in den in Absatz 1 bis 4 genannten Einrichtungen und Stätten ist zu dokumentieren, soweit auch geschlossene Räume betroffen sind.

§ 35 Gesundheitseinrichtungen, Krankenhäuser

(1) In Krankenhäusern müssen Besucherinnen und Besucher eine FFP2-Maske tragen; gleiches gilt für Patientinnen und Patienten, sofern sie sich außerhalb ihres Zimmers aufhalten oder Besuch empfangen. Das Personal in Krankenhäusern muss bei der unmittelbaren Versorgung vulnerabler Patientengruppen eine FFP2-Maske tragen. Das Personal in Arztpraxen und anderen Gesundheitseinrichtungen muss eine medizinische Gesichtsmaske tragen. Patientinnen und Patienten sowie ihre Begleitpersonen müssen in Arztpraxen und anderen Gesundheitseinrichtungen eine FFP2-Maske tragen. Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht, soweit die jeweilige medizinische Behandlung dem Tragen einer Maske entgegensteht.

(2) Zugelassene Krankenhäuser dürfen planbare Aufnahmen, Operationen und Eingriffe unter der Voraussetzung durchführen, dass Belegungs-, Reservierungs- oder Freihaltequoten eingehalten werden und die Rückkehr in einen Krisenmodus wegen einer Verschärfung der Pandemielage jederzeit kurzfristig umgesetzt werden kann.

(3) Die Vorgaben für den Krankenhausbereich bestimmt die für das Krankenhauswesen zuständige Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach § 38.

§ 36 Pflege

Weitere Vorgaben für vollstationäre und teilstationäre Pflegeeinrichtungen, Pflegedienste und ambulant betreute Pflege-Wohngemeinschaften bestimmt die für Pflege zuständige Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach § 38.

§ 37 Eingliederungshilfe, Sozialhilfe, Wohnungslosenhilfe

(1) Leistungserbringer mit Vereinbarungen nach § 123 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch oder § 75 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022, 3023), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 22. November 2021 (BGBl. I S. 4906) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung sind zur Abwendung von Gefahren für Mitarbeitende und Leistungsberechtigte befugt, das Personal abweichend von den Leistungsvereinbarungen, aber im inhaltlichen Rahmen des Leistungsbereichs, einzusetzen. Die Grundversorgung der Leistungsberechtigten ist sicherzustellen.

(2) Besucherinnen und Besucher von Einrichtungen, die von Leistungserbringern mit Vereinbarungen nach § 123 des Neunten Buches Sozialgesetzbuches betrieben werden, müssen negativ getestet sein.

(3) Die Tages- und Übernachtungsangebote der Wohnungslosenhilfe bleiben zur Grundversorgung der Betroffenen geöffnet. Abweichend von § 10 Absatz 3 können die Betreiber von Bahnhöfen Verkehrsflächen in Bahnhöfen und an Bahnsteigen zum Aufenthalt für obdachlose Menschen ohne 3G-Bedingung ausweisen, sofern die Einhaltung des Mindestabstandes und der Maskenpflicht gewährleistet werden können.

3. Teil Verordnungsermächtigung; Übergangs- und Schlussvorschriften

§ 38 Verordnungsermächtigung

(1) Die jeweils zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes

1. Bestimmungen nach § 5 Absatz 2 zu treffen,

2. über § 1 Absatz 2 Satz 2 hinausgehende Ausnahmen von der Pflicht zur Einhaltung eines Mindestabstandes von 1,5 Metern zu regeln,

3. über die Regelungen im 2. Teil hinaus Situationen zu bestimmen, in denen die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske, einer FFP2-Maske oder einer Mund-Nasen-Bedeckung besteht,

4. über § 2 Absatz 2 hinausgehende Ausnahmen von der Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske oder einer FFP2-Maske zu regeln und

5. über § 4 Absatz 1 Satz 1 hinaus bereichsspezifische Regelungen zur Führung einer Anwesenheitsdokumentation, insbesondere auch für weitere als den im 2. Teil genannte Verpflichtungen zur Dokumentation der Anwesenheit zu bestimmen.

(2) Die für Bildung zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes die Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske zu regeln, wobei auch Bereiche außerhalb von geschlossenen Räumen und Regelungen zur Maskenpflicht für Kinder vor Vollendung des sechsten Lebensjahres während des Schulbesuchs erfasst sein können. Sie wird darüber hinaus ermächtigt, im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes Auflagen für die Fortführung des Betriebs von Schulen sowie Tageseinrichtungen und Angeboten der Kindertagespflege sowie weiteren Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe zu erteilen oder deren Schließung anzuordnen; unberührt bleibt die Möglichkeit allgemeiner Vorgaben auf anderer Rechtsgrundlage zum Zwecke der Eindämmung der Covid-19-Pandemie wie insbesondere nach § 45 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.

(3) Die für Gesundheit zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes das Nähere zu den Voraussetzungen nach § 35 Absatz 2, unter denen zugelassene Krankenhäuser planbare Aufnahmen, Operationen und Eingriffe durchführen dürfen, zu bestimmen. Sie wird darüber hinaus ermächtigt, durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes Bedingungen und Anforderungen, insbesondere Hygienevorgaben, für Krankenhäuser sowie Regelungen über das Betreten oder den Besuch von Einrichtungen des Gesundheitswesens, insbesondere von Krankenhäusern, zu treffen.

(4) Die für Pflege zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes Bedingungen und Anforderungen, insbesondere Hygienevorgaben, für Pflegeeinrichtungen sowie Regelungen über das Betreten oder den Besuch von Pflegeeinrichtungen zu treffen. Dabei soll auf das Erreichen einer sehr hohen Durchimpfungsrate abgestellt werden. Verordnungen nach Satz 1 können Ausnahmen von den Regelungen in § 8 bezüglich der Befreiung von der Pflicht, ein Testangebot annehmen zu müssen, § 10, § 11, § 30 sowie § 31 zulassen.

(5) Die für Soziales zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, im Bereich der Eingliederungshilfe und der Sozialhilfe Regelungen durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes zu bestimmen, die eine Grundversorgung der Leistungsberechtigten sicherstellen.

(6) Die für Kultur zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes Hygiene- und Infektionsschutzstandards für das Singen in geschlossenen Räumen festzulegen.

(7) Die für Arbeit zuständige Senatsverwaltung wird ermächtigt, im Einvernehmen mit der für Gesundheit zuständigen Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung nach Maßgabe des § 2 Satz 1 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes und des § 32 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes folgendes zu bestimmen:

1. Hygiene- und Infektionsschutzmaßnahmen für Arbeitsstätten, Arbeitsräume und Arbeitsplätze im Sinne von § 2 Absatz 1, 3 und 4 der Arbeitsstättenverordnung festzulegen,

2. Näheres zu den Ausnahmen nach § 17 Absatz 2.

§ 39 Einschränkung von Grundrechten

Durch diese Verordnung werden die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 Absatz 1 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11

Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

§ 40 Ordnungswidrigkeiten

(1) Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten richtet sich nach § 73 Absatz 1a Nummer 24 und Absatz 2 des Infektionsschutzgesetzes und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch Artikel 31 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung.

(2) Ordnungswidrigkeiten können nach § 73 Absatz 2 zweiter Halbsatz des Infektionsschutzgesetzes mit einer Geldbuße von bis zu 25 000 Euro geahndet werden.

3) Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Absatz 1a Nummer 24 des Infektionsschutzgesetzes handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 2 Absatz 1 Satz 1 keine medizinische Gesichtsmaske oder FFP2-Maske trägt und keine Ausnahme nach Absatz 2, § 11 Absatz 3 Satz 4, § 12 Absatz 1 und Absatz 3, § 14 Absatz 3 und Absatz 4, § 17 Absatz 3 Satz 6, § 20, § 26 Absatz 3, § 28 Absatz 1 Satz 2, § 31 Absatz 1 Satz 2, § 34 Absatz 5 Satz 2 oder § 35 Absatz 1 Satz 5 vorliegt,

..... und weitere 56 Nummern, insbesondere

12. entgegen § 9 Absatz 2 oder Absatz 3 als Verantwortliche oder Verantwortlicher nicht sicherstellt, dass nur Personen im Sinne von § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 Zutritt erhalten, soweit keine Ausnahme nach § 9 Absatz 2 Nummer 1 vorliegt, und dass nur Personen im Sinne von § 9 Absatz 2 Nummer 2 als Personal eingesetzt werden, soweit das Personal mit Kundinnen und Kunden oder Zuschauenden in unmittelbarem Kontakt kommt, oder sich in den Bereichen der Betriebs- oder Veranstaltungsräume aufhalten, in denen die 2G-Bedingung gilt, nicht eine etwaig durch Personal nachzuweisende negative Testung dokumentiert, oder einer Person, die einen Nachweis nicht erbringt den Zutritt nicht verweigert oder nicht in geeigneter Weise auf die Geltung der 2G-Bedingung hinweist oder die Einhaltung der Schutz- und Hygieneregeln nicht sicherstellt und keine Ausnahme nach § 9 Absatz 2 Nummer 2, 3 oder 7 oder § 11 Absatz 2 Satz 2 vorliegt,

13. entgegen § 9 Absatz 2 oder 3 als Kundin oder Kunde oder Zuschauende oder Zuschauender an Veranstaltungen teilnimmt oder Betriebe und Einrichtungen aufsucht, die unter der 2G-Bedingung stehen, ohne zu dem in § 8 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 genannten Personenkreis zu gehören und keine Ausnahme nach Absatz 2 vorliegt,..

§ 41 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am Tag nach der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin in Kraft.

(2) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 18. Februar 2022 außer Kraft.

Anlage 1 (zu § 2 Absatz 1 Satz 2 und 3)

I. Medizinische Gesichtsmaske

Eine medizinische Gesichtsmaske im Sinne dieser Verordnung ist eine aus speziellen Materialien hergestellte Schutzmaske, die den Anforderungen der europäischen Norm EN 14683:2019+AC:2019 (sogenannte OP-Masken) oder den Anforderungen der europäischen Norm EN 149:2001+A1:2009 für FFP2-Masken oder vergleichbaren Schutzstandards (zum Beispiel Masken des Typs KN95, N95, KF94) entspricht, wobei die Maske jedenfalls nicht über ein Ausatemventil verfügen darf.

II. FFP-2-Maske

Eine FFP-2-Maske im Sinne dieser Verordnung ist eine aus speziellen Materialien hergestellte Schutzmaske Anforderungen der europäischen Norm EN 149:2001+A1:2009 für FFP2-Masken oder vergleichbaren Schutzstandards (zum Beispiel Masken des Typs KN95, N95, KF94) entspricht, wobei die Maske jedenfalls nicht über ein Ausatemventil verfügen darf. Atemschutzmasken im Sinne des § 28b des Infektionsschutzgesetzes sind FFP2-Masken oder Masken vergleichbaren Schutzstandards (zum Beispiel Masken des Typs KN95, N95, KF94).

Anlage 2 (zu § 10a Satz 1)

Liste der Orte, an denen der Aufenthalt und die Verwendung von Feuerwerk und anderen pyrotechnischen Gegenständen untersagt ist.

Die Fünfte Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 8. Februar 2022, in Kraft getreten am 12. Februar 2022 hat die Laufzeit der Verordnung ist bis zum 11. März 2022 verlängert. Sie hat Änderungen der Vorschriften vor allem für Großveranstaltungen in Räumen und im Freien eingeführt. Die Siebte Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 1. März 2022, in Kraft seit 4. März 2022 hat mit weiteren Änderungen der Vorschriften bis zum 19. März 2022, die Neunte Verordnung zur Änderung der Vierten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, die mit Ablauf des 31. März 2022 außer Kraft getreten ist. An die Stelle dieser Verordnung ist die SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022 getreten.

4. SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung Berlin von 29. März 2022

Verordnung über Basismaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung - BaSchMV) vom 29. März 2022 in der Fassung der Vierten Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 23. Juni 2022.

Auf Grund des § 2 Satz 1 und 2 des Berliner COVID-19-Parlamentsbeteiligungsgesetzes vom 1. Februar 2021 (GVBl. S. 102) und § 32 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 und § 28a Absatz 7 des Infektionsschutzgesetzes vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) geändert worden ist, sowie § 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 (BAnz AT08.05.2021 V1), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 478) geändert worden ist, verordnet der Senat:

Inhaltsübersicht

1. Teil Basischutzmaßnahmen

§ 1 Medizinische Gesichtsmaske und Atemschutzmaske

§ 2 Maskenpflicht

§ 3 Testnachweis

§ 4 Nachweiserfordernisse eines negativen Tests

§ 5 Testpflicht an Schulen und in Kindertageseinrichtungen

§ 6 Regelungen zur Absonderung

§ 7 Meldepflichten zugelassener Krankenhäuser

2. Teil Übergangs- und Schlussvorschriften

§ 8 Einschränkung von Grundrechten

§ 9 Ordnungswidrigkeiten

§ 10 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

1. Teil Basischutzmaßnahmen

§ 1 Medizinische Gesichtsmaske und Atemschutzmaske

(1) Sofern in dieser Verordnung eine Maskenpflicht vorgeschrieben ist, ist eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) zu tragen, soweit nichts Abweichendes geregelt ist. Eine Maske ist derart zu tragen, dass Mund und Nase enganliegend bedeckt werden und eine Ausbreitung von Tröpfchen und Aerosolen durch Atmen, Husten, Niesen oder Sprechen vermindert wird.

(2) Atemschutzmasken und medizinische Gesichtsmasken im Sinne dieser Verordnung sind aus speziellen Materialien hergestellte Schutzmasken, die den jeweils in der Anlage genannten Anforderungen entsprechen und über kein Ausatemventil verfügen dürfen.

(3) Soweit in dieser Verordnung vorgeschrieben ist, eine medizinische Gesichtsmaske oder eine Atemschutzmaske zu tragen, gilt diese Pflicht nicht

1. für Kinder bis zum vollendeten sechsten Lebensjahr,
2. für Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr hinsichtlich der Atemschutzmaske, wobei statt dessen eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen ist,
3. für Personen, die ärztlich bescheinigt auf Grund einer ärztlich bescheinigten gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer ärztlich bescheinigten Behinderung keine medizinische Gesichtsmaske tragen können; die Verantwortlichen sind berechtigt, zur Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen dieser Ausnahme die Bescheinigung im Original einzusehen,
4. für gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen,
5. wenn die Erbringung oder Entgegennahme einer medizinischen oder vergleichbaren Behandlung oder einer körpernahen Dienstleistung dem Tragen einer Maske entgegensteht, und
6. im Freien, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist.

§ 2 Maskenpflicht

(1) In Arztpraxen sowie in Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 bis 5, und 12 des Infektionsschutzgesetzes besteht Maskenpflicht

1. für Besucherinnen und Besucher,
2. für Patientinnen und Patienten sowie ihre Begleitpersonen, jeweils sofern sie sich außerhalb ihres Zimmers aufhalten oder Besuch empfangen und
3. für Beschäftigte bei der unmittelbaren Versorgung von Patientinnen und Patienten, auch im Freien. Für Beschäftigte gilt, unbeschadet des Satzes 1 Nummer 3, die Pflicht, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen. Ausgenommen von der Maskenpflicht sind Schwerstkranke und Sterbende.

(2) In Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 11 sowie § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7 des Infektionsschutzgesetzes besteht Maskenpflicht

1. für die dort tätigen Personen innerhalb der Einrichtung und in der Häuslichkeit von Pflegebedürftigen bei körpernahen Tätigkeiten oder auf Wunsch der Pflegebedürftigen sowie
2. für Besucherinnen und Besucher. Die Verpflichtung nach Satz 1 Nummer 2 gilt nicht in den Zimmern von Schwerstkranken und Sterbenden sowie für die Einnahme gemeinsamer Mahlzeiten mit Angehörigen in deren Bewohnerzimmer.

(3) Es besteht Maskenpflicht in Verkehrsmitteln des öffentlichen Personennahverkehrs für Fahrgäste; für das Kontroll- und Servicepersonal und für das Fahr- und Steuerpersonal, soweit bei diesem tätigkeitsbedingt physischer Kontakt zu anderen Personen besteht, gilt die Pflicht, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen.

(4) Es besteht Maskenpflicht in Einrichtungen nach § 36 Absatz 1 Nummer 3 und 4 des Infektionsschutzgesetzes. Das Nähere regeln die Einrichtungen in eigener Verantwortung.

(5) Werden in Einrichtungen nach den Absätzen 1, 2 oder 4 Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234), das zuletzt durch Artikel 7c des Gesetzes vom 27. September 2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist, erbracht, besteht abweichend von den Absätzen 1, 2 oder 4 für Bewohnerinnen und Bewohner mit Behinderungen innerhalb dieser Einrichtungen keine Maskenpflicht.

§ 3 Testnachweis

1) Soweit nach dieser Verordnung vorgeschrieben ist, dass Personen negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sein oder ein negatives Testergebnis einer mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen müssen, ist diese Voraussetzung dadurch zu erfüllen, dass die Person einen Nachweis im Sinne des § 22a Absatz 3 Nummer 3 des Infektionsschutzgesetzes vorlegt.

(2) Soweit nach dieser Verordnung vorgeschrieben ist, dass Personen negativ auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet sein müssen, gilt dies nicht für Kinder bis zum vollendeten sechsten Lebensjahr sowie für Schülerinnen und Schüler, die einer regelmäßigen Testung im Rahmen des Schulbesuchs unterliegen. Der Nachweis der Schülereigenschaft und der damit einhergehenden regelmäßigen Testung im Rahmen des Schulbesuchs gilt insbesondere durch Vorlage eines gültigen Schülerscheines als erbracht; dies ist während der Ferien nicht der Fall. Für Kinder, die im Rahmen des Besuchs einer Kindertagesstätte einer regelmäßigen Testung unterliegen, gilt eine nach dieser Verordnung vorgeschriebene Pflicht, negativ getestet zu sein, nicht.

§ 4 Nachweiserfordernis eines negativen Tests

(1) Es besteht eine Testpflicht in

1. Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 des Infektionsschutzgesetzes für Patientinnen und Patienten, Begleitpersonen, Besuchende und Beschäftigte,
2. Justizvollzugsanstalten, Abschiebungshafteinrichtungen, psychiatrischen Krankenhäusern und anderen Einrichtungen, in denen dauerhaft freiheitsentziehende Unterbringungen erfolgen, für Gefangene, Sicherungsverwahrte, Attestierte, Patientinnen und Patienten, Untergebrachte, Besuchende, Externe und Beschäftigte und
3. Heimen der Jugendhilfe für Bewohnerinnen und Bewohner, Untergebrachte, Begleitpersonen, Besuchende, Externe und Beschäftigte. Das Nähere und Ausnahmen von der Testpflicht regeln die Einrichtungen und Unternehmen in eigener Verantwortung, wobei eine gänzliche Ausnahme von der Testpflicht für geimpfte und genesene Personen im Sinne von § 2 Nummer 2 und 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung nicht zulässig ist. Für Personen, die die Einrichtung oder das Unternehmen im Rahmen eines Notfalleinsatzes oder aus anderen Gründen ohne Kontakt zu den in den in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen für einen nur unerheblichen Zeitraum betreten, darf keine Testpflicht angeordnet werden.

(2) Die Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 11 sowie § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7 des Infektionsschutzgesetzes regeln die Testung von Besucherinnen und Besucher, Bewohnerinnen und Bewohner sowie in der Einrichtung Tätigen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Robert-Koch-Instituts in eigener Verantwortung. Die Einrichtungen und Unternehmen im Sinne von Satz 1 haben vor Ort Testmöglichkeiten für die von ihnen vorgeschriebenen Testungen zur Verfügung zu stellen. Dies gilt auch für die erforderlichen Testungen für Besucherinnen und Besucher von Schwerstkranken und Sterbenden zu außerordentlichen Zeiten.

§ 5 Testpflicht an Schulen und in Kindertageseinrichtungen

(1) An öffentlichen Schulen, Schulen in freier Trägerschaft und den Einrichtungen des Zweiten Bildungswegs im Sinne des Schulgesetzes vom 26. Januar 2004 (GVBl. S. 26), das zuletzt durch Gesetz vom 27. September 2021 (GVBl. S. 1125) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung (im Folgenden: Schulen), besteht eine Testpflicht nach den Maßgaben der Absätze 2 bis 5, soweit die für Bildung zuständige Senatsverwaltung dies angepasst an das Infektionsgeschehen anordnet.

(2) Soweit die für Bildung zuständige Senatsverwaltung eine Testpflicht gemäß Absatz 1 anordnet, ist Schülerinnen und Schülern die Teilnahme am Präsenzunterricht, an sonstigen pädagogischen Veranstaltungen und Angeboten, an Betreuungsangeboten und am Mittagessen in der Schule nur gestattet, wenn sie sich einem angebotenen Test auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 unterziehen und das Testergebnis negativ ausgefallen ist oder sie einen Testnachweis im Sinne des § 3 Absatz 1 vorlegen. Vorgaben zur Häufigkeit der Testung trifft die für Bildung zuständige Senatsverwaltung angepasst an das Infektionsgeschehen. Die Testpflicht nach Satz 1 gilt auch für geimpfte und genesene Personen im Sinne von § 2 Nummer 2 und 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung. Für Schülerinnen und Schüler, die auf Grund einer Behinderung, einer vergleichbaren Beeinträchtigung oder eines sonderpädagogischen Förderbedarfs auch unter Anleitung keine Selbstanwendung eines Point-of-Care (PoC)-Antigen-Tests vornehmen können, kann der Nachweis über das negative Ergebnis eines durchgeführten Point-of-Care (PoC) Antigen-Tests zur Selbstanwendung durch eine Selbsterklärung der Erziehungsberechtigten oder der volljährigen Schülerinnen und Schüler geführt werden. In

besonders gelagerten Ausnahmefällen kann auf einen Nachweis nach Satz 1 verzichtet werden. Die Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 4 sowie in den Fällen des Satzes 5 trifft die Schulleiterin oder der Schulleiter.

(3) Für Lehrkräfte, weitere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des pädagogischen Personals und sonstige an der Schule tätige Personen gilt Absatz 2 Satz 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass Personen, die gemäß § 2 Nummer 2 oder 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung geimpft oder genesen sind, einen Point-of-Care (PoC)-Antigen-Test zur Selbstanwendung auch außerhalb der Schule und ohne Aufsicht vornehmen können; in diesem Fall hat die Person nur ein Zutrittsrecht zur Schule, wenn ein negatives Testergebnis vorliegt und sie dieses nach jeder Testung schriftlich oder elektronisch gegenüber der Schulleiterin oder dem Schulleiter bestätigt. Angepasst an das Infektionsgeschehen gilt eine Testpflicht für Personen, die nicht zu den in Satz 1 oder Absatz 2 Satz 1 genannten Personengehören; Vorgaben hierzu trifft die für Bildung zuständige Senatsverwaltung.

(4) Für die Teilnahme an Prüfungen finden Absatz 1 und 2 auf Prüflinge keine Anwendung.

(5) Die Schule verarbeitet die Testergebnisse und Nachweise gemäß Absatz 2 und 3 ausschließlich für den schulischen Zweck der Aufrechterhaltung des Lehr- und Präsenzbetriebs; eine Übermittlung an Dritte erfolgt vorbehaltlich von Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz nicht. Das Testergebnis darf vier Wochen aufbewahrt werden. Nachweise im Sinne des § 22a Absatz 1 und 2 des Infektionsschutzgesetzes dürfen für die Dauer der Geltung des § 5 aufbewahrt werden. Den Testergebnissen im Sinne von Satz 1 und 2 stehen schriftliche und elektronische Bestätigungen nach Absatz 3 gleich.

(6) Für Gesundheits- und Pflegefachschulen gelten die Absätze 1 bis 5 mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle der für Bildung zuständigen Senatsverwaltung die für Gesundheit und Pflege zuständige Senatsverwaltung tritt.

(7) Die für Jugend und Familie zuständige Senatsverwaltung regelt für den Bereich der Kindertagesförderung das Bestehen einer Verpflichtung wie auch die Art und Weise der Durchführung einer Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.

§ 6 Regelungen zur Absonderung

(1) Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen vorgenommene Antigen-Testung oder eine mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 vorgenommene Testung (PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, sind vorbehaltlich des Absatzes 2 verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntniserlangung auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft zu begeben und sich ab dem Zeitpunkt der Vornahme des die Absonderung begründenden Tests ständig dort abzusondern. Abweichend von Satz 1 sind Personen, die in Krankenhäusern, Arztpraxen, Pflegeeinrichtungen, in Rettungsdiensten und Einrichtungen der Eingliederungshilfe tätig sind und Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen vorgenommene Antigen-Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, verpflichtet, unverzüglich eine bestätigende Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 herbeizuführen; im Falle eines positiven Testergebnisses gilt Satz 1 entsprechend. Zum Zwecke einer weitergehenden Testung darf die Örtlichkeit der Absonderung verlassen werden.

(2) Für Personen, die Kenntnis davon erlangen, dass eine bei ihnen mittels eines Antigen-Tests zur Selbstanwendung vorgenommene Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ein positives Ergebnis aufweist, gilt Absatz 1 entsprechend, sofern die Testung unter fachkundiger Aufsicht erfolgt ist. Ist die Testung nicht unter fachkundiger Aufsicht durchgeführt worden, so sind die Personen verpflichtet, unverzüglich in einer zertifizierten Teststelle eine bestätigende Testung mittels eines Antigen-Tests herbeizuführen. Als fachkundige Aufsicht im Sinne von Satz 1 gilt jede Person, die berechtigt ist, Point of Care (PoC)-Testungen an anderen Personen vorzunehmen. Bei positivem Antigen-Selbsttest und negativem zwecks Bestätigung in einer

zertifizierten Teststelle durchgeführten Antigentest ist eine Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 herbeizuführen.

(3) Personen in Absonderung ist es nicht gestattet, Besuch von Personen zu empfangen, die nicht ihrem Haushalt angehören. Für die Zeit der Absonderung unterliegen die abgesonderten Personen der Beobachtung durch das zuständige Gesundheitsamt.

(4) Die Absonderung endet in den Fällen von Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 4 oder im Fall einer freiwilligen bestätigenden Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 mit dem Vorliegen eines negativen Ergebnisses der Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2; sie endet in der Regel spätestens jedoch nach 10 Tagen nach dem Zeitpunkt der Vornahme der die Absonderung begründenden Testung; sie endet frühestens nach 5 Tagen nach dem Zeitpunkt der Vornahme der die Absonderung begründenden Testung, sofern die abgesonderte Person zuvor 48 Stunden symptomfrei war und zusätzlich ein negatives Ergebnis einer Testung im Sinne von § 22a Absatz 3 Nummer 3 des Infektionsschutzgesetzes oder einer Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises vorliegt. Zum Zwecke der Freitestung im Sinne von Satz 1 darf die Örtlichkeit der Absonderung verlassen werden. Sofern der Symptombeginn vor dem Zeitpunkt der Testdurchführung liegt, kann das zuständige Gesundheitsamt abweichend von den Absätzen 1 und 2 den Symptombeginn als fiktiven Zeitpunkt des Beginns der Absonderung festlegen.

(5) Die Meldepflichten nach dem Infektionsschutzgesetz bleiben unberührt. Das zuständige Gesundheitsamt kann unter Berücksichtigung der Empfehlungen des Robert Koch-Instituts in ihrer jeweils geltenden Fassung von den Absätzen 1, 2 und 4 abweichende Anordnungen treffen. Auch im Übrigen bleiben die Befugnisse der Gesundheitsämter unberührt.

§ 7 Meldepflichten zugelassener Krankenhäuser

Zugelassene Krankenhäuser sind verpflichtet, Fallzahlen und Belegungsdaten gemäß § 8 Absatz 5 des Rettungsdienstgesetzes vom 8. Juli 1993 (GVBl. S. 313), das zuletzt durch Artikel 19 des Gesetzes vom 12. Oktober 2020 (GVBl. S. 807) geändert worden ist, über den Interdisziplinären Versorgungsnachweis (IVENA) von arbeitstäglich jeweils bis 12 Uhr oder auf besondere Anforderung zu melden.

2. Teil Übergangs- und Schlussvorschriften

§ 8 Einschränkung von Grundrechten Durch diese Verordnung werden die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) und der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

§ 9 Ordnungswidrigkeiten

(1) Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten richtet sich nach § 73 Absatz 1a Nummer 24 und Absatz 2 des Infektionsschutzgesetzes und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch Artikel 31 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung.

(2) Ordnungswidrigkeiten können nach § 73 Absatz 2 zweiter Halbsatz des Infektionsschutzgesetzes mit einer Geldbuße von bis zu 25 000 Euro geahndet werden.

(3) Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Absatz 1a Nummer 24 des Infektionsschutzgesetzes handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig 1. entgegen § 2 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 oder Absatz 3 erster Halbsatz und Absatz 4 keine Atemschutzmaske trägt und keine Ausnahme nach Absatz 1 Satz 3, Absatz 2 Satz 2 oder Absatz 5 oder § 1 Absatz 3 vorliegt, 2. entgegen § 2 Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 3 zweiter Halbsatz keine medizinische Gesichtsmaske trägt und keine Ausnahme nach Absatz 1 Satz 3, oder Absatz 5 oder § 1 Absatz 3 vorliegt, 3. entgegen § 4 Absatz 1 Satz 1 als Verantwortliche oder Verantwortlicher nicht sicherstellt, dass nur Personen die eine negative Testung nachweisen, Zutritt erhalten, soweit keine Ausnahme nach § 3 Absatz 2 vorliegt, 4. entgegen § 4 Absatz 1 Satz 1 als Besucherin oder Besucher eine Einrichtung aufsucht, ohne eine negative Testung nachzuweisen, soweit keine Ausnahme nach § 3 Absatz 2 vorliegt, 5. entgegen § 6 Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 2 Satz 4 nicht unverzüglich eine Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 herbeiführt, 6. entgegen § 6 Absatz 1 Satz 1 sich nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung des positiven Tests

auf direktem Weg in die Haupt- oder Nebenwohnung oder in eine andere, eine Absonderung ermöglichende Unterkunft begibt, ohne dass eine Ausnahme nach § 6 Absatz 1 Satz 3 vorliegt, 7. entgegen § 6 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 4 sich nicht für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des positiven Tests ständig absondert, ohne dass eine Ausnahme nach § 6 Absatz 1 Satz 3 oder Absatz 4 vorliegt, 8. entgegen § 6 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 4 sich unverzüglich nach Kenntniserlangung des positiven Antigen-Tests nicht für einen Zeitraum von 10 Tagen ab dem Zeitpunkt der Vornahme des Antigen-Tests ständig absondert, bis das Ergebnis einer Testung mittels eines Nukleinsäurenachweises des Coronavirus SARS-CoV-2 vorliegt, ohne dass eine Ausnahme nach § 6 Absatz 1 Satz 3 vorliegt, 9. entgegen § 6 Absatz 3 Besuch von Personen empfängt, die nicht dem eigenen Haushalt angehören.

§ 10 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt am Tag nach der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin in Kraft.

5. In der Zweiten SARS-CoV-2-Basischutzmaßnahmenverordnung vom 27. September 2022, die mehrfach verlängert worden ist, sind einige Sätze der zu 4. zitierten Regelung nicht mehr enthalten, einige Sätze geändert und weitere Sätze hinzugekommen.