

Franz von Liszt Institute Working Paper 2021/01

Ayşe-Martina Böhringer, Clara Becker, Barry de Vries, Daniel Mengeler, Lena Albrecht, Magdalena Jaś-Nowopolska, Melina Trebert, Michelle Reiß, Simone Gerner, Vera Strobel

Pandemie im offenen Grundrechtsstaat

Mit einem Vorwort von Thilo Marauhn

Ayşe-Martina Böhringer, Clara Becker, Barry de Vries, Daniel Mengeler,
Lena Albrecht, Magdalena Jaś-Nowopolska, Melina Trebert, Michelle Reiß,
Simone Gerner, Vera Strobel

Pandemie im offenen Grundrechtsstaat

Mit einem Vorwort von Thilo Marauhn

Franz von Liszt Institute Working Paper 2021/01

ISSN 2363-4731

Franz von Liszt Institute - Justus Liebig University Giessen

März 2021

© 2021 by the author

ISSN-(Internet) 2363-4731

ISSN-(Print) 2363-4723

Downloads

www.uni-giessen.de/intlaw

Go to Research / Franz von Liszt Institute Working Papers

FRANZ VON LISZT INSTITUTE

FOR INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

Licher Strasse 76 | D-35394 Giessen | Germany

Tel. +49 641 99 211 58

Fax +49 641 99 211 59

www.uni-giessen.de/intlaw

Inhaltsverzeichnis

Einleitung - Freiheit, Sicherheit, Verantwortung: An Stelle eines Vorworts (Thilo Marauhn)	1
Am Anfang steht die Freiheit - in Sicherheit (<i>sic!</i>) - Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Ayşe-Martina Böhringer)	8
Die Ministerpräsidentenkonferenz - Wer entscheidet über Grundrechtseinschränkungen in der SARS-CoV-2-Pandemie? (Clara Becker)	18
Sperrstunde für die Wesentlichkeitslehre (Melina Trebert)	23
Allgemeinverfügung und nächtliche Ausgangssperre (Daniel Mengeler)	28
Rechtsprechung in der Pandemie: Woran scheitern Coronamaßnahmen vor den Gerichten? (Lena Albrecht)	38
Besprechung der Entscheidung des AG Dortmund - 733 OWi - 127 Js 75/30-64/20 vom 02.11.2020 über landesrechtliche Kontaktbeschränkungen im Rahmen der Corona- Pandemie-Bekämpfung (Michelle Reiß)	45
Zulässigkeit und Beispiele von Grenzübertrittsbeschränkungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie (Magdalena Jaś- Nowopolska/Simone Gerner)	52
SARS-CoV-2 und Internationales Recht (Vera Strobel)	60
Globaler Waffenstillstand - Wie geht es weiter? (Barry de Vries)	73
Literaturverzeichnis	78
Autorenverzeichnis	87

Einleitung - Freiheit, Sicherheit, Verantwortung: An Stelle eines Vorworts

Thilo Marauhn

Das vorliegende Working Paper ist ein Experiment. Es ist entstanden aus Debatten im Rahmen der in der Professur für Öffentliches Recht und Völkerrecht als Teil des Franz von Liszt-Instituts wöchentlich durchgeführten Forschungskolloquien. An diesen Kolloquien nehmen neben den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auch studentische und wissenschaftliche Hilfskräfte teil. Der hieraus resultierende wissenschaftliche Diskurs ist anregend, bereichernd und lehrreich für alle Beteiligten.

In der Auseinandersetzung mit der rechtlichen Bewertung der zur Bekämpfung der Pandemie getroffenen Maßnahmen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene entstand im Rahmen der Forschungskolloquien der Wunsch, sich auch öffentlich zu äußern und damit einen Beitrag zur öffentlichen (rechts-) wissenschaftlichen Debatte zu leisten, die in den letzten Monaten nach einem weit geteilten Eindruck zu kurz gekommen zu sein scheint. Zwar hat es immer wieder einzelne Kolleginnen und Kollegen gegeben, die sich öffentlich geäußert haben. Insgesamt hätte ich mir aber eine intensivere und kritischere Diskussion über die verwaltungs-, verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Bewertung dieser Maßnahmen gewünscht.

Dass wissenschaftliche Politikberatung in der Pandemie nicht immer gut gelungen ist, dürfte heute ein Gemeinplatz sein. Das liegt nicht nur am Gegenstand, sondern leider auch an der disziplinären und personalen Selektivität, zu der sich politische Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger haben hinreißen lassen. Es hängt darüber hinaus damit zusammen, dass viele Kolleginnen und Kollegen – und das schließt mich ein – die Medienöffentlichkeit nicht unbedingt suchen, sie manchmal meiden. Zudem wird wissenschaftliche Politikberatung in aktuellen Debatten immer wieder fehlinterpretiert – zum Nachteil aller Beteiligten. Hier kommen unterschiedlichen Formen der Kommunikation zum Tragen.

So waren es die studentischen Hilfskräfte an der Professur, die mich ermutigt haben, einen Gastbeitrag für die Süddeutsche Zeitung zu verfassen – und mit dem ganzen Team das Experiment eines gemeinsamen Diskussionsbeitrags zu wagen. Jede und jeder vertritt natürlich ihren oder seinen Beitrag inhaltlich selbst. Aber es ist der gemeinsame Versuch, rechtswissenschaftlich diskursiv Verantwortung zu übernehmen. Ich danke jeder und jedem einzelnen für das großartige Engagement, für den Mut und das Verantwortungsbewusstsein, das in jedem Einzelbeitrag deutlich wird.

Ich möchte mich hinter diesem Engagement nicht verstecken. Vielmehr möchte ich mich mit der Wiedergabe des Gastbeitrags für die Süddeutsche Zeitung grundrechtlich positionieren und diese Positionierung um (m)eine rechtswissenschaftliche Perspektive auf unsere gemeinsame Verantwortung in Krisensituationen erweitern. Es ist meine Hoffnung

und mein Wunsch, dass wir mit diesem Diskussionsbeitrag Widerspruch und Zustimmung erzeugen, vor allem aber zur freiheitlich-demokratischen Diskussionskultur in unserer Wissensgesellschaft beitragen.

I. Sicher und frei

„Seit März 2020 kämpft Deutschland mit dem Coronavirus, doch immer noch fehlt es den Landesregierungen und der Bundesregierung an einem schlüssigen und vor allem mittelfristigen Konzept. Manche Landesregierungen scheinen – nach erheblichen Versäumnissen im vergangenen Sommer – der zweifelhaften Devise zu folgen: „Not kennt kein Gebot.“ Aus gutem Grund betont daher die Wissenschaft, die Pandemie müsse zielgenauer und wirksamer bekämpft werden. Dabei können auch die Grundrechte helfen.

Grundrechte beschränken politische Entscheidungsmöglichkeiten und somit die Ausübung staatlicher Macht. Zugleich nimmt der grundrechtliche Freiheitsschutz die staatlichen Entscheidungsträger in die Pflicht, die Pandemiebekämpfung durch gute gesetzliche Regelungen und Maßnahmen zu optimieren.

Grundrechte intensivieren den Druck, staatliche Entscheidungen sorgfältig zu begründen. Wenn die Anforderungen der Grundrechte erfüllt werden, erhöht dies die Legitimität der Entscheidungsfindung. Dafür ist es notwendig, dass die staatlichen Akteure die Bedeutung der Grundrechte bei der Corona-Bekämpfung erkennen und ernst nehmen. Dies ist besonders wichtig, wenn die empirische Grundlage wie im Rahmen des Pandemiegeschehens unsicher ist. Freiheitsschutz erschöpft sich nicht in der Abwehr staatlicher Eingriffe; er nimmt den Staat vielmehr auch in die Pflicht, die Freiheitsausübung durch die Bürger zu gestalten. Die Grundrechte wirken dabei als Maßstab der Problembewältigung.

Gegenwärtig scheinen die politischen Entscheidungsträger grundrechtliche Anforderungen jedoch weitgehend als zu umschiffende Klippen wahrzunehmen, die den Weg ins obrigkeitliche Schlaraffenland versperren. Diesem Kurs folgt der häufige Verweis auf die zu hohen Inzidenzwerte, mit denen freiheitsbeschränkende Maßnahmen gerechtfertigt werden. Noch halten sich die Gerichte zurück – ein Umstand, der auch richterlichem Pragmatismus geschuldet sein dürfte. Vermeintliche Siege der Landesregierungen vor der Justiz werden jedoch mit einem nachhaltigen Legitimationsverlust staatlicher Entscheidungsträger erkauf.

Aus dieser Perspektive fällt auch der Blick auf die jüngste Änderung des Infektionsschutzgesetzes ernüchternd aus. Der dort nicht abschließend normierte Maßnahmenkatalog – er enthält Ausgangsbeschränkungen, Maskenpflicht, Veranstaltungsverbote und vieles mehr – bildet im Großen und Ganzen die Maßnahmen ab, die die Landesregierungen schon zuvor ergriffen haben. Er beruht aber kaum auf einer umfassenden Abwägung grundrechtlicher Belange. Dabei gebietet es die Entscheidungsverantwortung des Bundestages, die

Voraussetzungen für Corona-Beschränkungen gesetzlich so festzulegen, dass sie nachvollziehbar sind und bei den Betroffenen das Vertrauen stärken, dass die jeweiligen grundrechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

In einer parlamentarischen Demokratie sind die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber zu treffen. Da genügt es nicht, eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ festzustellen. Vielmehr müssen die konkret betroffenen Freiheitspositionen einbezogen und miteinander abgewogen werden. Die gebetsmühlenartige Betonung des Lebensschutzes und der körperlichen Unversehrtheit reicht für diese Abwägung nicht, wenn die jeweils durch die Einschränkungen betroffenen Freiheitspositionen nicht erkannt und als Handlungsdirektiven für mögliche alternative Maßnahmen eingestellt werden.

Die derzeitige Corona-Bekämpfung kann grundrechtlich optimiert werden. Dazu ist eine detaillierte Auseinandersetzung mit gegenläufigen Grundrechtspositionen erforderlich. So ist der Lebensschutz mit Positionen wie der Religions-, Kunst-, Berufs- oder der allgemeinen Handlungsfreiheit abzuwägen. Andererseits sind weder der Datenschutz (Nachverfolgung von Kontakten) noch die räumliche Privatsphäre (Durchsetzung von Kontaktbeschränkungen) verfassungsrechtlich unantastbar.

Manche Maßnahmen ließen sich bei sorgfältigerer Abwägung präziser gestalten. Dagegen sind Verschärfungen, die zu weiterem Freiheitsverlust führen, ohne einen wirksamen Beitrag zur Bekämpfung der Pandemie zu leisten, verfassungswidrig. Konkret: Sind Verbote (mit potenzieller Flucht der Bürger ins Verborgene) oder Hygienekonzepte für Sport und Kultur im öffentlichen Raum besser geeignet? Ist eine mit infektionsträchtigen Ausnahmen versehene Ausgangssperre überhaupt geeignet? Die Grundrechte erlauben keine bloße Symbolpolitik. Sie helfen aber, wirksamere Hebel zu finden, indem sie Mittel mit geringer Eignung aussortieren.

Die unterkomplexe Berücksichtigung der grundrechtlichen Anforderungen zeigt sich in der geringen oder zu späten Auseinandersetzung mit Alternativen. Dies wären zum Beispiel eine – erst jetzt avisierte – flächendeckende Ausstattung von Senioreneinrichtungen mit FFP2-Masken; die Bereitstellung zusätzlicher Klassenräume und zusätzlichen Lehrpersonals; oder die Entlastung des öffentlichen Personennahverkehrs durch weitere Fahrzeuge und die Reaktivierung von Ruheständlern beim Personal.

Grundrechte zwingen zu dieser Auseinandersetzung mit Alternativen. Dies erfordert nicht zuletzt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er verpflichtet bei Grundrechtseingriffen dazu, die Verfassungslegitimität des Ziels sowie die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der konkreten Maßnahmen zur Verfolgung dieses Ziels im Vorhinein zu prüfen. Auch die staatliche Bereitschaft zu finanzieller Unterstützung, so aner kennenswert diese ist, verfehlt das Ziel des Freiheitsschutzes. Solche Leistungen sind selektiv und

beschränken sich darauf, einen bereits eingetretenen Freiheitsverlust zu kompensieren.

Die grundrechtlichen Fäden laufen in der Frage zusammen, was das Entscheiden in einem freiheitlichen System gegenüber einem autoritären System auszeichnet. Die Forderung, dass wesentliche Entscheidungen vom Parlament zu treffen sind, zielt darauf ab, freiheitliche Positionen bei staatlichen Entscheidungen umfassend zu beachten. Freiheit ist immer auch Freiheit der Andersdenkenden, die nur unter Auseinandersetzung mit gegenläufigen Grundrechtspositionen eingeschränkt werden kann. Freiheitsschutz fordert und erzeugt insoweit rationales staatliches Handeln. Grundrechte sind in einem freiheitlichen System keine Hürden, die in schwierigen Lagen aus dem Weg zu räumen sind. Im Gegenteil: Grundrechte stimulieren den öffentlichen Diskurs. Sie bieten einen Kompass, auf den nicht verzichtet werden kann.“¹

II. Verantwortung

Im freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat ist politisches Entscheiden mehr als die bloße Ausübung von Staatsgewalt. Denn kein Entscheidungsträger übt eigene Gewalt aus. So bestimmt das Grundgesetz in seinem Art. 20 Abs. 2 S. 2, dass die Staatsgewalt „vom Volke“ ausgeübt wird – und zwar „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“. Politische Akteure handeln somit für den Souverän, also für das Volk, nicht für sich selbst. Politische Entscheidungen zu treffen heißt daher in doppelter Weise verantwortlich zu handeln: Entscheiden im Bewusstsein der Verantwortung gegenüber dem Souverän – und bereit sein, sich für getroffene Entscheidungen zur Verantwortung ziehen zu lassen. Dies gilt in Zeiten, in denen man sich wohlfühlt, aber noch mehr in Krisensituationen, wie wir sie jetzt durchleben.

Politische Entscheidungen in einer Pandemie zu treffen und zu legitimieren ist anstrengend und verdient Respekt. Integraler Bestandteil dieses Respekts ist im freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat der kritische, öffentlich geführte Diskurs. Der Verfassungsstaat stellt dafür politische und rechtliche Verantwortlichkeitsmechanismen zur Verfügung. Diese Mechanismen tragen der Annahme Rechnung, dass sich eine Krise um so nachhaltiger bewältigen lässt, je stärker im Bewusstsein dieser Verantwortung gehandelt wird. Das verlangt insbesondere in einer Krise regelmäßige Momente der Reflexion und der Mahnung.

Entscheidungen zu treffen heißt zwischen mehreren unterschiedlichen, nicht gleichzeitig zu verwirklichenden Alternativen auszuwählen. Dem vorgelagert sind Entscheidungsmöglichkeiten zu entwickeln. Unglücklicherweise haben wir uns daran gewöhnt, dass auch bei uns Entscheidungen nach dem Prinzip der Alternativlosigkeit legitimiert werden. Dies widerspricht zentralen Koordinaten eines freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates, denn der Souverän kann seine Staatsgewalt nur auf der Grundlage von Alternativen

¹ Süddeutsche Zeitung vom 12.12.2020, S.6.

ausüben. Das macht der Hinweis auf „Wahlen und Abstimmungen“ in Art. 20 Abs. 2 GG deutlich. Aus dem Fluchtpunkt der Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk und dem dafür vorgesehenen Modus folgen Anforderungen an die Entscheidungen der Amtsträger, die zunächst Entscheidungsmöglichkeiten herausarbeiten müssen.

Die letzten Monate haben uns nur ausschnitthaft gezeigt, wie das in der gegenwärtigen Pandemie aussehen kann. Und diese Pandemie ist noch nicht vorbei. Vielmehr sind weiterhin wichtige Entscheidungen verantwortlich zu treffen. Dazu gehört auch die Entscheidung über die Reihenfolge beim Impfen. Die vom Souverän gewählten Entscheidungsträger haben die Gelegenheit, ihrer Verantwortung auch dadurch gerecht zu werden, dass sie ihr Handeln kritisch hinterfragen (und hinterfragen lassen) und gegebenenfalls Entscheidungen korrigieren. Es mag sinnvoll sein, an dieser Stelle Hans Jonas in Erinnerung zu rufen, der verlangte so zu handeln, „dass die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden“.² Dass niemand diese Verantwortung allerdings allein auf die gewählten Repräsentanten abwälzen kann, verdeutlichte Dietrich Bonhoeffer in seiner Ethik dadurch, dass er deren Verantwortung als „durch die Verantwortlichkeit ... des Staatsbürgers“³ begrenzt sah und festhielt: „Niemals also kann es eine absolute Verantwortung geben, die nicht an der Verantwortlichkeit des anderen Menschen ihre wesenhafte Grenze fände“.⁴

Was folgt daraus für wissenschaftliche Politikberatung? Wissenschaftliche Erkenntnis und wissenschaftliche Beratung ersetzen nicht politisches Entscheiden. Beide Systeme ergänzen sich. Politische Entscheidungsträger müssen Fragen an die Wissenschaft formulieren, um Entscheidungsmöglichkeiten zu entwickeln. Die Wissenschaft ihrerseits muss Wissen so aufbereiten, dass Alternativen erkennbar sind und Entscheidungen getroffen werden können. Wissenschaftliche Erkenntnis beruht heute ganz wesentlich auf Hypothesen, Annahmen, Modellen, die jeweils nur einen Ausschnitt der Lebenswirklichkeit beleuchten und die zudem bewusst nicht alle Faktoren einbeziehen, sondern *ceteris paribus* Aussagen treffen. Wissenschaftliche Politikberatung darf daher nicht monodisziplinär sein. Sie muss – und das mag manch ein Entscheidungsträger als Zumutung empfinden – möglichst viele, bestenfalls alle relevanten Disziplinen für einen Lebenssachverhalt beinhalten, und sie muss Alternativen aufzeigen. Zugespitzt kann man formulieren, dass politische Entscheidungsträger keine unterkomplexe wissenschaftliche Politikberatung einfordern dürfen.

Ziel zahlreicher zurzeit getroffener Entscheidungen ist die Bekämpfung der Pandemie verbunden mit Unterzielen wie der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems

² Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung* (Frankfurt a.M. 1984), S. 36.

³ Dietrich Bonhoeffer, *Ethik*, in: Tödt, Ilse/Tödt, Heinz Eduard/Fell, Ernst/Green, Clifford (Hrsg.), *Werkausgabe*. Band 6 (2. Aufl. München 1998), S. 268 f.

⁴ *Ibid.*

und zu hoher Sterbezahlen, aber auch der Verhinderung nicht intendierter Nebenfolgen sowohl der Pandemie als auch der Maßnahmen, mit denen sie bekämpft werden soll. Wissenschaft liefert in ihren zahlreichen Facetten auch einen Blick auf zur Verfügung stehende Mittel. Dabei ist es eine Herausforderung, wirksame Mittel von weniger wirksamen zu unterscheiden. Wir wissen nun einiges über Ansteckungswege und -wahrscheinlichkeiten. Die getroffenen politischen Entscheidungen haben selektiv Kontakte in den Blick genommen, aber es ist offensichtlich nicht gelungen, das Virus aus Pflegeeinrichtungen herauszuhalten. Auch Krankenhäuser, Schulen und der Öffentliche Nahverkehr werfen viele Fragen auf. Abstrakte Kontaktbeschränkungen – so würde eine schlichte Schlussfolgerung lauten – sind offensichtlich nicht das Mittel, das überall gleichermaßen wirksam ist. Es bedürfte einer Entschlackung des Nahverkehrs, einer Entschlackung der Schulen durch geteilte Klassen, zusätzliches Personal und zusätzliche Räume – und vor allem zusätzlicher Schutzmaßnahmen in den Pflegeheimen, angefangen bei FFP2-Masken bis hin zu (Schnell-) Tests und einer Verbesserung der räumlichen Situation.

Nun kommt die Frage der Ressourcenverteilung hinzu: Sind Kosten ein legitimes Argument? Wohin ist der große Teil des Geldes geflossen? Warum sind Schnelltests, Masken, Schutzausrüstung, geteilte Klassenräume (Container), zusätzliches Personal, zusätzliche Fahrzeuge im ÖPNV, rechtzeitig ausreichend Impfdosen, etc. nicht beschafft worden – aber gleichzeitig Milliarden an Subventionen geflossen? Ist das nicht eine eindeutige Entscheidung zugunsten der Großindustrie und zu Lasten sozialer Einrichtungen? Ist das eine staatliche Entscheidung zu Lasten des Lebens alter und junger Menschen?

Die nachfolgenden Beiträge sollen ihren Teil zur Genese verantwortlicher Entscheidungen beitragen. So nimmt der Beitrag von Ayşe-Martina Böhringer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Zeiten der Pandemie in den Blick und ruft seine verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und die rechtsdogmatischen Eckpfeiler in Erinnerung. Clara Becker erörtert im Anschluss daran die Rolle der Ministerpräsidentenkonferenz. Melina Trebert beleuchtet die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie im Lichte der Pandemie, gefolgt von dem Beitrag von Daniel Mengeler, der sich mit der Allgemeinverfügung als das Mittel der Wahl in Zeiten der Pandemie kritisch auseinandersetzt. Im Anschluss daran gibt der Beitrag von Lena Albrecht einen kursorischen Überblick über ausgewählte Rechtsprechung in Zeiten der Pandemie und fragt danach, an welchen (verfassungs-) rechtlichen Hindernissen die sogenannten Coronamaßnahmen vor den Gerichten scheitern. Die Entscheidungsbesprechung von Michelle Reiß zur Entscheidung des AG Dortmund vom 02.11.2020 über landesrechtliche Kontaktbeschränkungen im Rahmen der Corona-Pandemie-Bekämpfung rundet diesen Rechtsprechungsüberblick ab. Der Beitrag von Magdalena Jaś-Nowopolska und Simone Gerner setzt sich mit der Zulässigkeit von Grenzübertrittsbeschränkungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie auseinander und präsentiert alltagsrelevante Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit. Die zwei letzten Beiträge dieses Working Papers ergänzen die kritische Auseinandersetzung mit dem

rechtlichen Umgang mit der Pandemie um eine völkerrechtliche Perspektive: Vera Strobel adressiert in ihrem Beitrag unter anderem das internationale Gesundheitsrecht sowie die Frage der völkerrechtlichen Verantwortung und erlaubt einen Einblick in die Maßnahmen der Weltgesundheitsorganisation. Barry de Vries rundet den Blick ins Völkerrecht mit einer Auseinandersetzung um den Ruf nach einem globalen Waffenstillstand und mit einer Analyse der in diesem Zusammenhang ergangenen Resolution 2532 (2020) des UN-Sicherheitsrats ab.

Am Anfang steht die Freiheit - in Sicherheit (*sic!*) - Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ayşe-Martina Böhringer

Eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedarf – in der gebotenen Kürze – zunächst einer Rückbesinnung auf die ideengeschichtlichen Wurzeln, den verfassungsnormativen Ausgangspunkt, die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und die rechtsdogmatischen Eckpfeiler dieses „letzte[n] Sicherheitsventil[s] für die Freiheit des einzelnen“. ¹ In einer Zeit des aufklärerischen Aufbruchs bemühte man zuweilen in Anknüpfung an bis in die Antike zurückreichende Vorstellungen von einer sich im Antlitz der Mäßigung erhellenden Gerechtigkeit Begründungslinien zur staatlichen Macht- und Gewaltbegrenzung. ² Schließlich kulminierte das Postulat eines gemäßigten Staates in der Auseinandersetzung mit den Staatszwecken und ihrer Eingrenzung auf das notwendige Maß. ³ Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt der vorliegenden Betrachtung in der Gegenwart ist das Freiheitsprinzip. ⁴ Der Verfassungstext offenbart ein grundgesetzliches Konzept, das – historisch bedingt – hauptsächlich den Schutz der Freiheitssphäre des Einzelnen gegenüber staatlichen Einwirkungen in den Blick nimmt. ⁵ Gleichzeitig erwachsen aus den Grundrechten als objektiven Verfassungsprinzipien staatliche Schutzpflichten. Erst die Schutzpflichtenperspektive, zuvörderst durch das Bundesverfassungsgericht entwickelt, ⁶

¹ Detlef Merten, § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 517-567 (S. 520).

² Ibid., S. 521 ff.

³ Vgl. u.a. beispielhaft und bezeichnend das 1792 entstandene Werk *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* von Wilhelm von Humboldt, Breslau 1851 (posthum publiziertes Werk), S. 46, wo er den Grundsatz aufstellt: „...dass die Erhaltung der Sicherheit sowohl gegen auswärtige Feinde, als innerliche Zwistigkeiten den Zweck des Staats ausmachen, und seine Wirksamkeit beschäftigen muss“. Siehe auch seine Abhandlung zu „Wie weit darf sich die Sorgfalt des Staats um das Wohl seiner Bürger erstrecken?“ in Wilhelm von Humboldt, *Gesammelte Werke* Band 2, Berlin 1841, Photo-mechanischer Nachdruck, Berlin u.a. 1988, S. 242 ff.

⁴ Siehe Art. 1 Abs. 3 GG. „Das damit zum Ausdruck gebrachte Regel-Ausnahme-Verhältnis von prinzipiell unbegrenzter individueller Freiheit und prinzipiell beschränkten staatlichen Befugnissen kann als unaufgebbares Wesenselement eines freiheitlichen Verfassungsstaates gelten, gewissermaßen als Apriori der Individualfreiheit, als rechtsstaatliches ‚Verteilungsprinzip‘“ (Horst Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG, in: Dreier, GG-Kommentar, 3. Auflage 2013, Rn. 2).

⁵ Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin/New York 1983, S. 27.

⁶ Hans-Jürgen Papier, *Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie*, DRiZ 2020, S. 180-183 (S. 181); *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht*, Matthias Ruffert, JZ 2009, S. 389-398 (S. 389).

optimiert die Absicherung der Freiheitssphäre des Einzelnen, indem sie die reine Abwehr- und Freiheitsperspektive ergänzt.⁷ Es ist aber die Freiheitsperspektive, die zur Überwindung eines „Obrigkeits- und Überwachungsstaats“ führt und ihn letztlich zu einem Rechtsstaat sublimiert.⁸ Freiheit und Sicherheit sind in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁹ Das Grundgesetz als „Ausgleichsordnung“¹⁰ geht von der Beschränkbarkeit grundrechtlicher Freiheiten aus.¹¹ Das muss es auch. Es differenziert zwischen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten und mit einem Schrankenvorbehalt versehenen Grundrechten und gibt somit die im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen anzulegenden Maßstäbe selbst vor. Die Verhältnismäßigkeitskontrolle erfolgt vor diesem Hintergrund kontextspezifisch je nach betroffenem Grundrecht und Ausgestaltung der konkreten Umstände des Einzelfalles.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹² – seit dem Apotheken-Urteil¹³ des Bundesverfassungsgerichts fester Bestandteil des Prüfungsprogramms¹⁴ – dient als umfassende Richtschnur verfassungsmäßigen staatlichen Handelns der Sicherung der Rechts- und

⁷ Hans-Jürgen Papier, Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, DRiZ 2020, S. 180-183 (S. 181).

⁸ Ibid.

⁹ Ibid., S. 182; Udo Di Fabio, Sicherheit in Freiheit, in: NJW 2008, S. 421-425 (S. 422).

¹⁰ Vgl. zu diesem Begriff im Kontext der Religionsfreiheit Martin Heckel, Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung: Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart, München 2007.

¹¹ Vgl. zur Funktion der Gesetzesvorbehalte Georg Hermes, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 333-363 (S. 337): „(...) Grund für die Unverzichtbarkeit der Gesetzesvorbehalte ist die Erkenntnis, daß Grundrechte bereits nach ihrer historischen Entwicklung niemals als absolut gesetzte Rechte verstanden worden sind (...), daß grundrechtlich gewährleistete Selbstbestimmung vielmehr um des Zusammenlebens der Menschen in einer Gemeinschaft willen nicht unbegrenzt sein kann (...). Gesetzesvorbehalte sind in diesem Sinne Ausdruck der Notwendigkeit, die Selbstbestimmung des einen mit den Rechten anderer und mit den Interessen der Allgemeinheit (...) zu einem Ausgleich zu bringen (...)“. Vgl. im Kontext vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte Hans-Jürgen Papier, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 365-404 (S. 367 ff.).

¹² Oder Übermaßverbot; zu den terminologischen Variationen vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994, S. 762 ff.

¹³ BVerfGE 7, 377.

¹⁴ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994, S. 770.

Freiheitssphäre des Individuums.¹⁵

Als Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips¹⁶ bzw. als in den Grundrechten verankerter Wesenssatz¹⁷ dient er der Rückführung aller staatlichen Maßnahmen auf die überkommenen Staatszwecke der Freiheit und Sicherheit und der rechtsstaatlichen Umgrenzung der staatlichen Machtausübung im verfassungsstaatlichen Kontext.¹⁸

Praktisch bedeutsam ist, dass er staatliche Maßnahmen einem umfassenden Begründungs- und Rechtfertigungszwang¹⁹ unterwirft.

Doch was bedeutet es rechtspraktisch insbesondere für den Gesetzgeber und die Exekutive in Zeiten der SARS-CoV2-Pandemie im Einklang mit dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu handeln? Die Antwort ist so trivial wie anspruchsvoll. Das konturenhafte Prüfungsprogramm gibt die Verfassungsrechtsdogmatik vor: „Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip muss der Eingriff zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und darf nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen.“.²⁰

Im Rahmen des **Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums** der Legislative und der Exekutive, der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, spielen Wissens-, Verhaltens- und Zeitfaktoren eine bedeutende Rolle.²¹ So kommt etwa der Legislative ein Einschätzungs- und Prognosespielraum in Bezug auf die Auswirkungen eines

¹⁵ BVerfGE 79, 311 (341); 81, 310 (338). Zur Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes siehe Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994, S. 762 ff.

¹⁶ Siehe beispielhaft BVerfGE 76, 256 (359).

¹⁷ Über die verfassungsrechtliche Verortung dieses Grundsatzes besteht bisher keine Einigkeit, vgl. zu den einzelnen Verortungsmöglichkeiten Horst Dreier, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, in: Dreier, GG-Kommentar, 3. Auflage 2013, Rn. 145 m.w.N.

¹⁸ Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des Liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Obergerichtes zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 2004, S. 347-369 (S. 349); Detlef Merten, § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 517-567 (S. 521 ff.).

¹⁹ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994, S. 783.

²⁰ Siehe diese allgemeine Formulierung in BVerfGE 149, 86 (117). Konkret bezogen etwa auf das Grundrecht der Berufsfreiheit vgl. statt aller BVerfGE 141, 121 (133) oder jüngst in Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfG, 1 BvR 3214/15, Beschluss v. 10. November 2020, Rn. 84.

²¹ Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, München 2020, S. 49.

Gesetzes sowie „bei der Beurteilung einer Bedrohungslage für das Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz er im konkreten Fall tätig wird“,²² zu. Dadurch räumt das Bundesverfassungsgericht der gesetzgeberischen Einschätzung der Gefahrenlage und des Wahrscheinlichkeitsgrades bezüglich eines Schadenseintritts ein besonderes Gewicht ein.²³ „Die Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren ist 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 Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.“²⁴ Seine Grenze findet dieser Spielraum dann, soweit eine gesetzgeberische Maßnahme „wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischen Erfahrungen derart widerspricht, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben“ kann.²⁵ Je mehr der Einzelne die Abstands- und Hygieneregeln befolgt und je mehr Wissen die staatlichen Stellen um das Virus besitzen, desto enger werden ihre Spielräume.²⁶

Die adäquate Erschließung eines **verfassungslegitimen Ziels und Mittels** ist wichtigster Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Denn nur dadurch wird das Spannungsverhältnis zwischen freiheitlicher Grundrechtsausübung und diesem entgegenstehenden Verfassungsgütern offenkundig, und nur auf diese Weise kann eine Prüfung am Maßstab des verfassungsrechtlich vorgegebenen Freiheitsprinzips im Sinne einer auch risikobehafteten und mit Verantwortung erfüllten Freiheit²⁷ erfolgen. Zu den verfassungslegitimen Zielen, die sich insbesondere aus einzelnen grundrechtlichen Bestimmungen, etwa auch in Form von Geboten oder Aufträgen an den Gesetzgeber, aus Staatszielbestimmungen und kompetenzrechtlichen Bestimmungen ergeben, gehört zweifellos auch der Schutz des Lebens und der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Gute Gründe sprechen prima facie mitunter dafür, prinzipiell nicht den Schutz des Einzelnen vor sich selbst darunter zu

²² BVerfGE 11, 168 (185); 25, 1 (17), 30, 292 (317); 38, 61 (87); 39, 210 (226); 126, 112 (141).

²³ BVerfGE 126, 112 (141).

²⁴ BVerfG, Entscheidung vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, Rn. 237.

²⁵ BVerfGE 126, 112 (141).

²⁶ Jens Kersten/Stephan Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München 2020, S. 49 ff.

²⁷ Detlef Merten, § 20 Sozialrecht, Sozialpolitik, in: Ernst Benda et al (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* : Studienausgabe, Berlin et al. 1995, S. 961-1003 (S. 978); Detlef Merten, § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 517-567 (S. 547).

fassen.²⁸ Sofern staatliche Maßnahmen demnach das Ziel verfolgen, die unbestritten folgenschweren Konsequenzen der SARS-CoV-2-Pandemie zu begrenzen, liegt prinzipiell ein verfassungslegitimes Ziel vor.²⁹ Der Staat muss seine Eingriffe in grundrechtliche Freiheiten allerdings „mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründen können“³⁰. So ist etwa im Zusammenhang mit der Testpflicht für Reiserückkehrer aus Risikogebieten die frühzeitige Erkennung von Infektionen zur Unterstützung des Gesundheitsschutzes der Allgemeinheit³¹ als Gemeinwohlbelang ein verfassungslegitimes Ziel.³² Eine Maßnahme kann allerdings kein legitimes Ziel verfolgen, wenn der

²⁸ Siehe zu dieser Ansicht Friedhelm Hufen, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, S. 26, abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf. Ausgenommen hiervon sind u.a. Fälle, wo es um die Gefährdung Dritter oder die Abwendung schwerer Risiken für die Allgemeinheit geht, vgl. *ibid.*

²⁹ Jörn Ipsen, Notstandsverfassung und Corona-Virus: Rückblick und Ausblick, *Recht und Politik* 2020, S. 118-132 (S. 130). Vgl. zum verfassungslegitimen Schutz der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems u.a. BVerfG, Entscheidung vom 7.4.2020 – 1 BvR 755/20, *NJW* 2020, 1429 (1430).

³⁰ BVerfGE 39, 210 (225).

³¹ BVerfG, Entscheidung vom 25.8.2020 – 1 BvR 1981/20 – Rn. 10.

³² Vgl. z.B. im Blick auf Hygiene- und Infektionsschutzstandards vor dem Hintergrund der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronaSchutzverordnung - CoronaSchVO) vom 1. Juli 2020 (GV. NRW. S. 456a) OVG Münster, Beschluss vom 22.07.2020 – 13 B 886/20.NE, Rn. 21 ff.: „Die Hygiene- und Infektionsschutzstandards für den Betrieb von gastronomischen Einrichtungen dienen dem legitimen Zweck, die **Weiterverbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzudämmen**. Der Verordnungsgeber darf noch immer davon ausgehen, dass die Corona-Pandemie eine ernstzunehmende Gefahrensituation begründet, die staatliches Einschreiten nicht nur rechtfertigt, sondern mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates für Leib und Gesundheit der Bevölkerung weiterhin gebietet... Auch wenn sich das Infektionsgeschehen aufgrund der ergriffenen Maßnahmen in letzter Zeit verlangsamt hat und insbesondere die Anzahl der festgestellten Neuinfektionen rückläufig ist, besteht die **Gefahr der Verbreitung der Infektion und daran anknüpfend einer Überlastung des Gesundheitswesens mit gravierenden Folgen für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung** fort. Nach den maßgeblichen Feststellungen des Robert Koch-Instituts handelt es sich immer noch um eine sehr dynamische Situation. Die Gefährdung für die Bevölkerung wird deshalb nach wie vor als hoch eingeschätzt, für Risikogruppen sogar als sehr hoch. Dabei variiert die Gefährdung von Region zu Region. Die Belastung für das Gesundheitswesen hängt maßgeblich von der regionalen Verbreitung der Infektion, den vorhandenen Kapazitäten und den eingeleiteten Gegenmaßnahmen wie Isolierung, Quarantäne und physischer Distanzierung ab. Sie ist

Gemeinwohlbelang, zu dessen Schutz prima facie eingegriffen wird, durch die durch die staatliche Maßnahme verkürzte Grundrechtsposition überhaupt nicht gefährdet wird.³³ Es muss demnach ein Zusammenhang zwischen einem prima facie gefährdeten verfassungslegitimen Zweck und dem konkreten Eingriff geben.³⁴ Bei der Unterbindung von Kontakten muss beispielsweise dargelegt werden, dass die durch Besuche entstehenden Gesundheitsgefahren nicht zum allgemeinen Lebens- bzw. Berufsrisiko gehören.³⁵

Die **Geeignetheit** einer Maßnahme fragt danach, ob ein Mittel möglicherweise der Erreichung des Zwecks in irgendeiner Weise dienlich ist.³⁶ Ein inzwischen vielzitiertes negatives Beispiel ist das bayerische Parkbankverbot.³⁷ Auch hier ist danach zu fragen, ob ein Zusammenhang zwischen der eingeschränkten Freiheitsausübung und einer Infektionsgefahr besteht.³⁸ An dieser Stelle sind staatlicherseits stets die genannten Wissens-, Verhaltens-

aktuell in weiten Teilen Deutschlands gering, kann aber örtlich hoch sein.“ (Hervorhebung d. Verf.).

³³ Mike Wienbracke, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ZJS 2013, S. 148-155 (S. 149). Vgl. BVerfGE, NJW 2011, 2636 (2637) (in Bezug auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Werbeverbots für Zahnärzte): „Bereits die pauschale Annahme, die Zeitungsanzeige und der Internetauftritt des Bf. seien berufswidrig, weil zahnärztliche und gewerbliche Leistungen nebeneinander angeboten würden, ist nicht mit Art. 12 I GG vereinbar. Denn **es gibt keine Gründe des Gemeinwohls**, die ein generelles Verbot der Verbindung von zahnärztlicher und gewerblicher Tätigkeit im Bereich der Werbung, das auch die hier in Streit stehenden Werbemaßnahmen erfasst, rechtfertigen können... Es ist nicht ersichtlich, warum die gemeinsame Werbung, die die einzelnen Bereiche dennoch klar voneinander getrennt präsentiert, den Eindruck erwecken könnte, der Bf. habe das Wohl seiner Patienten nicht mehr im Blick.“ (Hervorhebung d. Verf.).

³⁴ Anna K. Bernzen, Gerichtssaalberichterstattung: Ein zeitgemäßer Rahmen für die Arbeit der Medienvertreter in deutschen Gerichten, Tübingen 2020, S. 321.

³⁵ Friedhelm Hufen, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, S. 26, abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf.

³⁶ BVerfGE 148, 40.

³⁷ Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, München 2020, S. 53; Felix Schmitt, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, S. 1626-1631 (S. 1629); Marco R. Hamm, Zwischen Effektivität und Normenbestimmtheit, Kritische Anmerkungen zur Ermächtigungsnorm der §§ 32 Abs. 1, 28 Abs. 1 IFSG bei Vorliegen einer epidemischen Lage nationalen Ausmaßes, COVuR 2020, S. 743-750 (S. 748).

³⁸ Friedhelm Hufen, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, S. 27, abrufbar unter: <https://www.uni->

und Zeitfaktoren zu beachten, und vor allem sind bestehende Wissensdynamiken in Entscheidungsprozesse einzubeziehen. Jedenfalls lassen sich beispielsweise die Besuchs- und Ausgangsverbote in Alten- und Pflegeheimen als ungeeignet einstufen, da Infektionen erwiesenermaßen in einem wesentlichen Ausmaß mehr vom Personal selbst ausgingen als von Angehörigen.³⁹

Ein staatlicher Eingriff in grundrechtliche Positionen ist nicht **erforderlich**, wenn ein gleich wirksames, aber milderer Mittel verfügbar ist.⁴⁰ Auch hier gilt: Je mehr etwa über die Übertragungsmöglichkeiten des Virus und Möglichkeiten zur Eindämmung der Infektionen bekannt ist, desto gezielter und differenzierter müssen die Maßnahmen sein, um dem Erforderlichkeitserfordernis und somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen.⁴¹

[heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf](https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf).

³⁹ Friedhelm Hufen, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, S. 27, abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf.

⁴⁰ BVerfGE 148, 40 (in Bezug auf die Legislative): „Eine staatliche Maßnahme darf nicht über das zur Verfolgung ihres Zwecks erforderliche Maß hinaus- und nicht weitergehen, als der mit ihr intendierte Schutzzweck reicht ... An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn dem Normgeber ein gleich wirksames, aber für den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastendes Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung steht“.

⁴¹ Vgl. im Blick auf das pauschale Verbot religiöser Zusammenkünfte in der Anfangsphase der Pandemie BVerfG, Entscheidung vom 10.4.20, 1 BvQ 28/20, NJW 2020, 1427 (1428): „Gegenüber diesen Gefahren für Leib und Leben, vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II GG auch verpflichtet ist ..., muss das grundrechtlich geschützte Recht auf die gemeinsame Feier von Gottesdiensten **derzeit** zurücktreten. Der VGH Kassel verweist in dem angegriffenen Beschluss zu Recht darauf, dass es nach der Bewertung des Robert Koch-Instituts **in dieser frühen Phase der Pandemie** darum geht, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden. Der überaus schwerwiegende Eingriff in die Glaubensfreiheit zum Schutz von Gesundheit und Leben ist auch deshalb **derzeit** vertretbar, weil die Verordnung vom 17.3.2020 und damit auch das hier in Rede stehende Verbot von Zusammenkünften in Kirchen bis zum 19.4.2020 **befristet** ist. Damit ist sichergestellt, dass die **Verordnung unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen der Corona-Pandemie fortgeschrieben werden muss**.“ (Hervorhebung d. Ver.). Siehe zum Vergleich die Ende April ergangene Entscheidung BVerfG Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20, NVwZ 2020, 783 (785): „Jedoch ist mit Blick auf den schwerwiegenden Eingriff in die Glaubensfreiheit, den das Verbot von

Gleich wirksame Mittel, die das vollständige Verbot bestimmter Tätigkeiten als ultima ratio zurückdrängen müssen, können im Einzelfall sein: Pflicht zum Tragen von bis zu einem gewissen Grad auch dem Selbstschutz dienenden Mund-Nasen-Bedeckungen wie FFP2-Masken, Markierung von begehbaren oder nutzbaren Plätzen, um erforderliche Sicherheitsabstände einzuhalten, Durchführung mehrerer Veranstaltungen anstatt nur einer Veranstaltung pro Tag, um den Publikumsverkehr so gering wie möglich zu halten und die Teilnehmerzahl effektiv zu begrenzen.⁴² An Stelle der ausnahmslosen Schließung bestimmter Betriebe wäre es beispielsweise auch denkbar, die digitale Buchung von Zeitslots für Einkäufe in Märkten sowie die Inanspruchnahme bestimmter Dienstleistungen mit zahlenmäßiger Beschränkung der Kundenzahl zu ermöglichen oder die Inanspruchnahmemöglichkeiten für spezifische Dienstleistungen rotierend auf bestimmte Gruppen zu beschränken.⁴³ So wäre beispielsweise eine Einteilung nach Kategorien wie besonders vulnerable (chronisch kranke oder ältere Menschen) oder weniger vulnerable Gruppen etc. nach dem Rotationsmodell innerhalb bestimmter Zeitslots denkbar. Auch das verpflichtende Tragen von FFP2-Masken in bestimmten Situationen statt der weitgehenden Isolation besonders vulnerabler Menschen etwa in Pflegeheimen, der Ausbau der Infrastruktur für die effektivere Durchführung von Tests, der Einsatz zusätzlicher Verkehrsmittel im öffentlichen Personennahverkehr⁴⁴ oder der verpflichtende Einbau von Luftfiltern in

Gottesdiensten in Moscheen nach dem Vorbringen des Ast. jedenfalls insoweit bedeutet, als auch Freitagsgebete während des Fastenmonats Ramadan erfasst sind, jedenfalls bei der derzeitigen Gefahrensituation und der sich hieran anschließenden aktuellen Strategie zur Bekämpfung der epidemiologischen Gefahren kaum vertretbar, dass die Verordnung **keine Möglichkeit für eine ausnahmsweise Zulassung** solcher Gottesdienste in **Einzelfällen** eröffnet, in denen bei umfassender Würdigung **der konkreten Umstände** – eventuell unter Hinzuziehung der zuständigen Gesundheitsbehörde – eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann. Es ist nicht erkennbar, dass eine solche einzelfallbezogene positive Einschätzung in keinem Fall erfolgen kann.“ (Hervorhebung d. Ver.).

⁴² Vgl. z.B. BVerfG Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 44/20, NVwZ 2020, 783 (785).

⁴³ Ein positives Beispiel stellt insofern die Vorgehensweise in Tübingen dar, vgl. „Palmer: Senioren-Schutz in Corona-Pandemie verbessert“, Süddeutsche Zeitung, 12. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-tuebingen-palmer-senioren-schutz-in-corona-pandemie-verbessert-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201212-99-665153> (zuletzt abgerufen am 6. Januar 2021).

⁴⁴ Eine Aussage des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages mutet hier fast schon zynisch an: „Mund-Nasen-Bedeckung“ und Freiheitsrechte, WD 3 - 3000 - 109/20, S. 18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/696624/b661d3e87184fbfce136ae8af0926fc1/WD-3-109-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 6. Januar 2021): „Bezüglich der Maskenpflicht im öffentlichen Personennahverkehr könnte es ein milderer Mittel sein, mehr Verkehrsmittel einzusetzen.“

Schulen und anderen wichtigen Einrichtungen wären Optionen, die der Staat bisher versäumt hat, umzusetzen.

Die **Angemessenheit** verlangt schließlich, dass Eingriffsziel und Eingriffsmittel in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁴⁵ Die Prüfung der Angemessenheit muss und darf nicht per se zu dem Ergebnis einer Höherrangigkeit des Schutzguts Leben und Gesundheit führen.⁴⁶ Je massiver in individuelle Freiheitssphären eingegriffen wird, desto höher ist die Hürde für die prima facie eingriffslegitimierenden Gemeinwohl- bzw. Individualbelange.⁴⁷ Zu berücksichtigen sind hier der Anlass des Eingriffs,⁴⁸ dessen Intensität,

Unabhängig von dem hierdurch verursachten Mehraufwand, wäre eine solche Maßnahme nicht gleich wirksam. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich Menschen näher als 1,5 Meter kommen, würde sich verringern, wäre aber angesichts der engen Türen und Gänge in Bussen und Straßenbahnen nicht ausgeschlossen.“ (Hervorhebung d. Verf.).

⁴⁵ BVerfGE 92, 277 (327): „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne verlangt eine Abwägung zwischen Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung es erforderlich ist, in Grundrechte einzugreifen, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen. Die Gewichtung der miteinander in Verbindung zu setzenden und abzuwägenden widerstreitenden Interessen macht es erforderlich, die für das jeweilige Interesse erheblichen Bedingungen und Auswirkungen der Eingriffsregelung in ihrem Zusammenwirken zu würdigen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne enthält als solcher aber keine inhaltlichen Aussagen darüber, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind und wann ein Mittel verhältnismäßig ist und wann nicht ... Insoweit bedarf es einer wertenden verfassungsrechtlichen Entscheidung im jeweiligen Einzelfall.“

⁴⁶ BVerfGE 115, 118 (139): „Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll ... Obwohl es innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert darstellt ..., steht allerdings auch dieses Recht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter Gesetzesvorbehalt. Auch in das Grundrecht auf Leben kann deshalb auf der Grundlage eines förmlichen Parlamentsgesetzes ... eingegriffen werden. Voraussetzung dafür ist aber, dass das betreffende Gesetz in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Es muss kompetenzgemäß erlassen worden sein, nach Art. 19 Abs. 2 GG den Wesensgehalt des Grundrechts unangetastet lassen und darf auch sonst den Grundentscheidungen der Verfassung nicht widersprechen“. Siehe auch Thorsten Kingreen, *Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona*, Verfassungsblog on Constitutional Matters, 20. März 2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/> (zuletzt abgerufen am 6. Januar 2021).

⁴⁷ Rudolf Wendt, *Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot: Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung*, Archiv des öffentlichen Rechts 1979, S. 414-474 (S. 452).

⁴⁸ Im Sinne von Störer/Nichtstörer, siehe Detlef Merten, § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III

Erfolgsaussichten und auch mittelbare Auswirkungen etwa für den Rechtsgehorsam.⁴⁹

Abschließend muss betont werden, dass gerade nicht etwa die Lockerung von Ausgangssperren oder die Wiedereröffnung von Gaststätten rechtfertigungsbedürftig sind, sondern umgekehrt der Staat die Fortsetzung freiheitsbeschränkender Maßnahmen fortwährend rechtfertigen muss.⁵⁰ Der Schutz des Lebens und der Gesundheit ist einer Verabsolutierung nicht zugänglich. Die Antwort auf die folgende Frage lässt sich demnach eindeutig beantworten: „Wie weit darf sich die Sorgfalt des Staats um das Wohl seiner Bürger erstrecken?“⁵¹. Eine Überinterpretation der staatlichen Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit der Menschen im Sinne einer uneingeschränkten staatlichen „Verhinderungspflicht“ in Bezug auf mögliche Opfer unter völliger Aufgabe anderer Verfassungsgüter ist verfassungsrechtswidrig.⁵² Allerdings ist in denjenigen Fällen von einer gesteigerten staatlichen Schutzpflicht auszugehen, wo der Staat mit „unbekannten Bedrohungslagen“, mit Nichtwissen, konfrontiert wird.⁵³ In diesen Fällen ist ihm ein erhöhter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Genau an dieser Stelle dient der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Vehikel, die miteinander konkurrierenden Grundrechte auch in Situationen des Nichtwissens in Einklang zu bringen: Er schützt vor einer „paternalistische[n] Bevormundung“ durch den Staat⁵⁴ und fordert jedenfalls ein differenzierteres Vorgehen staatlicher Stellen, das nuancierter auf die konkreten Einzelfälle eingeht und mitunter wirkungsvollere Optionen, die weniger freiheitsbeschränkend sind, nicht aus Kostengründen oder aufgrund von Kapazitätsproblemen ungewürdigt lässt.⁵⁵

Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 517-567 (S. 557).

⁴⁹ Ibid., S. 557 m.w.N.

⁵⁰ Hans-Jürgen Papier, Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, DRiZ 2020, S. 180-183 (S. 182).

⁵¹ Wilhelm von Humboldt, Gesammelte Werke Band 2, Berlin 1841, Photomechanischer Nachdruck, Berlin u.a. 1988, 242 ff. Siehe auch Detlef Merten, § 68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009, S. 517-567 (S. 522).

⁵² Udo Di Fabio, Der verfassungsrechtliche Prüfungsansatz zur Beurteilung staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie, Bonn, 2.4.2020, S. 5, abrufbar unter https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/di_fabio_-_der_verfassungsrechtliche_pruefungsansatz.pdf.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Friedhelm Hufen, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, S. 26, abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf.

⁵⁵ Abgesehen davon, dass das Tragen von FFP2-Masken gegenüber dem Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung kein milderes Mittel darstellt, ist die Feststellung des VG

Die Ministerpräsidentenkonferenz - Wer entscheidet über Grundrechtseinschränkungen in der SARS-CoV-2-Pandemie?

Clara Becker

Seit Beginn der SARS-CoV-2-Pandemie ist ein sonst eher wenig beachtetes Gremium in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt: die Ministerpräsidentenkonferenz (MPK). Mit Spannung werden die neuesten Beratungen und Beschlüsse jedes Mal beobachtet, wenn die Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Länder zusammenkommen und wenn sie sich mit Bundeskanzlerin Angela Merkel beraten. Denn es geht zumeist um die Koordination einschneidender Maßnahmen der Länder, die für die gesamte Bevölkerung von hoher Grundrechtsrelevanz sind. In einer Zeit, die in Bund und Ländern nicht zwangsläufig eine Stunde der Exekutive sein müsste, in der demokratisch legitimierte Parlamente über die Einschränkung von Freiheitsrechten bei zugleich größtmöglichem Schutz der Bevölkerung vor den Auswirkungen der Pandemie wachen könnten, werden viele einschneidende Maßnahmen in einem exekutiven Gremium ausgehandelt, das sonst im Rahmen von Rundfunkstaatsverträgen oder in Rahmen des Länderfinanzausgleichs auftritt.

Dieser Beitrag soll einen kurzen Überblick über die Ministerpräsidentenkonferenz und ihre Rolle in der Pandemie geben.

I. Entstehung und Zusammensetzung

Die MPK ist kein grundgesetzlich vorgesehenes Verfassungsorgan. Sie stellt eine institutionalisierte Form der horizontalen Koordination zwischen den Ländern dar. Die Idee für eine solche Konferenz ist älter als das Grundgesetz.¹ Sie wurde auf Initiative der Ministerpräsidenten der Länder jedoch erst 1954 als ständige Einrichtung geschaffen, die in der Regel viermal im Jahr zusammenkommt. Der Vorsitz liegt stets bei einem Bundesland und rotiert jährlich; er liegt nicht etwa bei der Bundeskanzlerin. Diese ist nämlich nicht Teil der Konferenz, die als Mittel zur Selbstkoordinierung der Länder in ihren Angelegenheiten dient und

Hamburg im nachfolgenden Fall bezeichnend: VG Hamburg, Beschluss vom 27.04.2020 – 10 E 1784/20, BeckRS 2020, 7092, Rn. 24, wo sich die Antragsteller gegen die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung nach § 8 Abs. 5 Satz 1, 2 der Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt H. vom 2. April 2020 in der ab dem 27. April 2020 gültigen Fassung wendeten: „Die Maßnahme ist auch erforderlich; mildere und gleich geeignete Mittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere wäre zwar möglicherweise das Tragen von FFP-Masken wirkungsvoller; **im Hinblick auf einen begrenzten Bestand** sollen diese aber vorrangig dem medizinisch-pflegerischen Bereich vorbehalten bleiben.“ (Hervorhebung d. Verf.). Vgl. dazu auch WD 3 - 3000 - 109/20, S. 19, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/696624/b661d3e87184fbfce136ae8af0926fc1/WD-3-109-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 6. Januar 2021).

¹ Sabine Kropp, Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung, 2010, 135.

in der unter anderem Staatsverträge und Verwaltungsabkommen zwischen den Ländern vorbereitet werden. Vielmehr nimmt die Kanzlerin als Gast teil.² Daher ist es missverständlich, wenn bei den Beratungen über Einschränkungmaßnahmen in der Pandemie nur von einem Treffen der MPK gesprochen wird. Vielmehr findet entweder ausschließlich oder zusätzlich zur MPK ein „Treffen der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder“ statt - so lautete die Bezeichnung in den offiziellen Beschlüssen.³ Interessanterweise wird eine „Konferenz der Regierungschefs von Bund und Ländern“ in § 31 GOBReg ausdrücklich niedergeschrieben.⁴ Üblicherweise findet zweimal jährlich im Anschluss an die MPK ein Treffen mit der Bundeskanzlerin zum Austausch über die Ergebnisse der MPK statt.⁵ In der Pandemie ist diese Form der Abstimmung zwischen Bund und Ländern nun aber zu einer regelmäßigen Institution geworden, wenn es darum geht, in den Bundesländern übereinstimmende Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens, insbesondere Kontaktbeschränkungen zu erlassen.

II. Die Beschlüsse der MPK

Die Konferenz ist nicht am Gesetzgebungsverfahren beteiligt. Ihre Beschlüsse haben in der Regel Empfehlungscharakter und sind nicht rechtsverbindlich. Sie müssen zunächst in der Gesetzgebung der Länder umgesetzt werden.⁶ Die Beschlüsse gehören somit zum informellen Staats- und Verwaltungshandeln, können aber eine hohe politische Bindung für die Länder erzeugen.⁷ Jedes Bundesland besitzt eine Stimme, es gibt demnach keine Gewichtung nach Größe oder Einwohnerzahl.⁸ Die Beschlüsse der MPK erfolgen nicht mehr nach dem Einstimmigkeitsprinzip. Dies geht auf einen Beschluss Ende 2004 zurück. Seither ist nur noch die Zustimmung von 13 Ländern erforderlich ist, mit Ausnahme von Beschlüssen über die Geschäftsordnung, die Schaffung von Gemeinschaftseinrichtungen sowie über haushaltswirksame Angelegenheiten.⁹ Seit 2019 werden die Beschlüsse der

² Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Karl-Peter Sommermann, 7. Aufl. 2018, GG Art. 20, Rn. 50.

³ Vgl. Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 13. Dezember 2020, Beschluss.

⁴ Hartmut Maurer, Staatsrecht, 6. Aufl. 2010, § 10, Rn. 59.

⁵ Landesportal Nordrhein-Westfalen, <https://www.land.nrw/de/ministerpraesidentenkonferenz> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

⁶ Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Karl-Peter Sommermann, GG Art. 20, Rn. 50.

⁷ Hartmut Maurer, Staatsrecht, § 10, Rn. 59.

⁸ Sabine Kropp, S. 136.

⁹ Landesportal Berlin, <https://www.berlin.de/rbmskzl/politik/bundesangelegenheiten/die-ministerpraesidentenkonferenz/wissenswertes-998853.php> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

MPK auch veröffentlicht. Dies hatte die MPK am 21. März 2019 beschlossen.¹⁰

III. Verfassungsrechtliche Grundlage und Bedenken

Die Koordinierung des Handelns der Länder im Rahmen der MPK ist nicht per se verfassungsrechtlich bedenklich. Wichtig ist im aktuellen Kontext jedoch, an welchem Punkt in der Pandemie Maßnahmen welchen Gewichts und mit welcher Grundrechtsrelevanz abseits der Parlamente beraten werden und ob und inwieweit dies (noch) notwendig und verfassungsrechtlich vertretbar ist.

Ihre verfassungsrechtliche Anbindung und Grundlage findet die MPK im Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG),¹¹ nicht nur zwischen Bund und Ländern, sondern auch im Verhältnis der Länder untereinander. Es besteht ein Bedürfnis nach horizontaler Kooperation und Koordination, auch mit dem Ziel eines einheitlichen Auftretens gegenüber dem Bund. Aus dem Bundesstaatsprinzip leiten sich aber auch Kooperationspflichten ab,¹² die allerdings nur punktuell im Grundgesetz ausgestaltet worden sind.¹³ Ebenso sporadisch ist der Umgang mit außergewöhnlichen Gefahrenlagen im Grundgesetz geregelt. Das Grundgesetz thematisiert solche Notfälle und Gefahrenlagen in Art. 35 GG. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist zwar in der Pandemie eröffnet. Es bleibt aber im Rahmen der einschlägigen Verfassungsregeln das einfachrechtliche Sicherheitsrecht anzuwenden.¹⁴ Zunächst sind also keine Notstandsbefugnisse für Verfassungsorgane vorgesehen. Daher soll die Pandemie auch über das allgemeine Sicherheitsrecht sowie das besondere Sicherheitsrecht in Gestalt des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) eingefangen werden. Die gängige Praxis der gubernativen¹⁵ Kooperation zwischen den Regierungen von Bund und Ländern

¹⁰ Siehe Bayerisches Landesportal, dort sind auch alle Beschlüsse aus 2020 verlinkt: <https://www.bayern.de/staatsregierung/ministerpraesidentenkonferenz/beschluesse-der-mpk/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020); des Weiteren sind die Beschlüsse direkt auf der Seite der Bundesregierung abrufbar, <https://www.bundesregierung.de/breg-de> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

¹¹ Landesportal Berlin <https://www.berlin.de/rbmskzl/politik/bundesangelegenheiten/die-ministerpraesidentenkonferenz/wissenswertes-998853.php> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

¹² Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Karl-Peter Sommermann, GG Art. 20, Rn. 45.

¹³ Etwa in Art. 35 GG, Art. 91 GG und Art. 91a ff. GG, vorausgesetzt wird Kooperation auch in Art. 32 II, III GG.

¹⁴ Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, S. 34.

¹⁵ Hans Michael Heinig, Parlamentarismus in der Pandemie, Blogbeitrag vom 25.11.2020, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/parlamentarismus-in-der-pandemie/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

in informellen Konferenzen erscheint daher als Übergangslösung angemessen, um schnell und flexibel auf eine Krise reagieren zu können. Sie wird jedoch problematisch im Lichte der schweren Grundrechtseingriffe, die dort diskutiert werden - nicht zuletzt in Anbetracht der mittlerweile schon erheblichen Dauer der Pandemielage. Dagegen ließe sich einwenden, dass die Länderparlamente über Art. 80 Abs. 4 GG Verordnungen, deren Gegenstand in der MPK beraten und die durch die Landesregierungen beschlossen werden, mit ordnungsvertretenden Gesetzen entgegenwirken könnten.¹⁶ Diese würden aufgrund des Vorrangs des Gesetzes die landesrechtlichen Verordnungen verdrängen.¹⁷ Ob die Länderparlamente, soweit sie pandemiebedingt arbeitsfähig sind, von dieser ihnen durch die Verfassung eingeräumten Kompetenz Gebrauch machen, bleibt wohl letztlich eine politische Frage. Außerdem sind sie in ihrem Handlungsspielraum durch die Verordnungsermächtigung aus § 32 IfSG i.V.m. § 28, 28a IfSG gebunden.¹⁸

Die derzeitige Praxis erweckt verfassungsrechtliche Bedenken vor allem im Hinblick auf den Wesentlichkeitsvorbehalt.¹⁹ Sind durch den Bundestag, auch nach der Änderung des IfSG,²⁰ alle wesentlichen Entscheidungen getroffen worden, um die weitere Ausgestaltung über Regierungskonferenzen und Verordnungen zu legitimieren? Gesetzliche Grundlage waren zunächst nur die §§28, 32 IfSG, jetzt auch der neue § 28a IfSG. Dadurch dürften wenigstens die grundgesetzlichen *Mindestanforderungen* des Wesentlichkeitsvorbehalts erfüllt sein.²¹ Zwar muss nicht sofort, wie etwa von Bundestagspräsident Wolfgang Schäuble gefordert, und von Rechtswissenschaft und Parlament kritisiert sowie abgelehnt, eine Verfassungsänderung in den Blick genommen werden.²² Übergangsweise Änderungen der Geschäftsordnungen und der parlamentarischen Praxis könnten hier schon weiterhelfen.²³ Diese entbinden jedoch nicht davon, bei Fortdauer der Pandemie eine adäquate verfassungsrechtliche Regelung zu schaffen.²⁴ Eine solche Reform sollte die Parlamente in Krisensituationen in ihrer Arbeitsfähigkeit auch abseits des Verteidigungsfalls i.Sv. Art. 115a GG stärken. Bis dahin ist es eine politische Herausforderung, die bestehenden Möglichkeiten für eine Stärkung des Bundestags und auch der Landesparlamente im

¹⁶ Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Michael Brenner, GG Art. 80, Rn. 118.

¹⁷ Ibid.

¹⁹ Siehe dazu statt vieler: BVerfGE 147, 253.

²⁰ Änderungen vom 28.03.2020 ([BGBl. I S. 587](#)), 19.05.2020 ([BGBl. I S. 1018](#)) und 18.11.2020 ([BGBl. I S. 2397](#)).

²¹ Hans Michael Heinig, Parlamentarismus in der Pandemie.

²² Vorschlag des Bundestagspräsidenten Schäuble über eine Verfassungsänderung für einen Notfallausschuss im Parlament, Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, S. 102 f.

²³ Siehe u.a. Einfügung des § 126a GOBT durch Beschlüsse vom 25.03.2020 und 17.09.2020.

²⁴ Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 102.

Hinblick auf empfindliche Einschränkungen von Freiheitsrechten durch Ausgangs-, Kontakt- und weitere Beschränkungen zu nutzen.

Fest steht: die Parlamente sind arbeitsfähig, und die Pandemie könnte gerade die Möglichkeit bieten, Formen parlamentarischer (Mit-)Arbeit in der Krise zu finden, um damit Perspektiven für künftige Ausnahmesituationen zu finden. Fraglich ist, ob die Parlamente auch willig sind, sich an dieser Stelle stärker einzumischen.

Sperrstunde für die Wesentlichkeitslehre

Melina Trebert

Seit geraumer Zeit hält die Welt den Atem an. Unser heutiger Alltag ist nicht mit dem Alltag vergleichbar, den wir vor der pandemischen Ausbreitung von SARS-CoV-2 gelebt haben. Eine jede und ein jeder muss derzeit erhebliche Grundrechtseingriffe hinnehmen. Für Freizeitbeschäftigungen wie etwa Sport, die Verabredung im Freundeskreis, den Besuch eines Theaters oder Restaurants gelten erhebliche Einschränkungen, die bis zur vollständigen Untersagung reichen. Auch im Arbeitsleben, im Studium oder in der Schule sind die negativen Auswirkungen der Pandemie deutlich spürbar. Das öffentliche und private Leben wird in einem hohen Ausmaß von den Rechtsverordnungen der einzelnen Landesregierungen zur Bekämpfung von SARS-CoV-2 bestimmt. So findet man auf der Internetseite der Hessischen Landesregierung etwa die „Corona-Quarantäneverordnung“, die „Corona-Einrichtungsschutzverordnung“ sowie die „Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung“, die regelmäßig abgeändert werden.¹ Bei der Änderungsverordnung vom 7. Januar 2021 handelt es sich bereits um die Vierundzwanzigste Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus. Während die Exekutive in diesem beträchtlichen Umfang gesetzgeberisch tätig geworden ist, um den Alltag in der Zeit der Krise zu regulieren, ist es im Parlament – genannte Materie betreffend – zunächst eher still gewesen. Ganz nach dem Motto „die Krise ist die Stunde der Exekutive“ hat diese auch in Deutschland das Ruder in die Hand genommen. Mit dem am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen und seither mehrfach geänderten Infektionsschutzgesetz fand sich augenscheinlich eine parlamentarische Ermächtigung – namentlich § 32 S. 1 i. V. m. §§ 28 ff. IfSG – für das Tätigwerden der Landesregierungen mittels Rechtsverordnungen und die damit einhergehenden Grundrechtsbeschränkungen, ohne dass es dazu einer vorherigen Debatte im Parlament bedurfte. Das gibt Anlass dazu, die Frage zu stellen, wer in der vom Grundgesetz begründeten Ordnung dazu legitimiert ist, Beschränkungen im Grundrechtsbereich vorzunehmen und welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen dabei Rechnung getragen werden muss.

Zunächst einmal in den Blick zu nehmen ist der Grundsatz der Gewaltenteilung, der vorsieht, dass konkret-individuelle Regelungen im Regelfall der Exekutive und generell-abstracte Regelungen der Legislative vorbehalten bleiben.² Ein zentraler verfassungsrechtlicher Grundsatz, der dieses Verhältnis präzisiert, ist der Vorbehalt des Gesetzes, der aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet wird.³ Dieser Grundsatz verlangt nach einer Legitimation

¹ <https://www.hessen.de/fuer-buerger/corona-hessen/verordnungen-und-allgemeinverfuegungen>, zuletzt aufgerufen am 18.01.2021.

² BVerfGE 134, 33 (128).

³ BVerfGE 134, 33 (129).

staatlichen Handelns in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz.⁴ Es stellt ein Delegationsverbot gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber dar.⁵ Um die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes zu konturieren, hat das Bundesverfassungsgericht die sog. Wesentlichkeitslehre (auch Wesentlichkeitstheorie oder Wesentlichkeitsdoktrin genannt) entwickelt, die besagt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.⁶ Wann es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich, die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung und nach der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen, wobei die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes zu entnehmen sind.⁷ Den Grundrechten kommt dabei eine tragende Rolle zu. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung – soweit diese staatlicher Regelung überhaupt zugänglich sei – alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen habe.⁸ Wesentlich bedeutet im grundrechtlichen Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“.⁹ Hier findet sich zudem der spezielle grundrechtliche Gesetzesvorbehalt, der einfacher oder qualifizierter Natur sein kann.

Regelmäßig ist demnach eine Beschränkung des jeweiligen Grundrechts nur „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ erlaubt. Um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt handelt es sich, wenn für eine Beschränkung zusätzliche Anforderungen bestehen (siehe zum Beispiel Art. 6 Abs. 3 GG, Art. 11 Abs. 2 GG).¹⁰ Während „durch Gesetz“ ein Parlamentsgesetz meint, fallen unter die Formulierung „aufgrund Gesetzes“ etwa auch Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsakte.¹¹ Grundsätzlich können Grundrechtseinschränkungen also mittels Rechtsverordnung erfolgen, die ihre Ermächtigungsgrundlage wiederum in einem Parlamentsgesetz finden muss. Etwas anderes gilt nur bei ausdrücklicher Anordnung im Grundgesetz, etwa in Art. 13 Abs. 2 GG.¹² So finden die einzelnen Corona-Landesverordnungen ihre Ermächtigungsgrundlage in § 32 S. 1 i. V. m. §§ 28 ff. IfSG. Damit der Gesetzgeber sich auch bei Einschränkungen von Grundrechten mittels

⁴ BVerfGE 98, 218 (251).

⁵ Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Karl-Peter Sommermann, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 20 Rn. 273.

⁶ BVerfGE 49, 89 (126).

⁷ BVerfGE 49, 89 (126); BVerfGE 98, 218 (251).

⁸ BVerfGE 49, 89 (126).

⁹ BVerfGE 47, 46 (79).

¹⁰ Hans D. Jarass/Bodo Pieroth/Hans D. Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl. 2020, GG, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 40.

¹¹ Hans D. Jarass/Bodo Pieroth/Hans D. Jarass, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl. 2020, GG, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 42.

¹² Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 314.

Rechtsverordnung seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht entziehen kann, legt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG fest, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im jeweiligen Parlamentsgesetz bestimmt sein müssen.¹³ So soll gewährleistet werden, dass die Regierung nicht aufgrund von unbestimmten Ermächtigungen des parlamentarischen Gesetzgebers an dessen Stelle tritt.¹⁴ Hierin liegt eine bewusste Abkehr von der Weimarer Staatspraxis.¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Vorhersehbarkeitsformel, der Selbstentscheidungsformel und der Programmformel Kriterien entwickelt, um den Bedeutungsgehalt von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zu konkretisieren.¹⁶ Bei der Frage, welche Anforderungen genau an die Bestimmtheit zu stellen sind, tritt wiederum die oben erläuterte Wesentlichkeitslehre auf den Plan. Das genaue Verhältnis von Wesentlichkeitslehre und Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich bestimmt. So wird vertreten, dass die Wesentlichkeitslehre zunehmend den Maßstab für die Anforderungen an die Bestimmtheit des ermächtigenden Parlamentsgesetzes bilde.¹⁷ Andere betonen hingegen weiterhin die selbstständige Rolle des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, der auch *lex specialis* zur Wesentlichkeitslehre angesehen wird¹⁸. Vermittelnd ist von einer Berührung des Bestimmtheitsgebotes bei dieser Frage mit der Wesentlichkeitslehre und dem Vorbehalt des Gesetzes die Rede.¹⁹ Unabhängig davon, welcher der verschiedenen Ansichten man im Detail den Vorrang einräumt, lässt sich ein grundlegender Einfluss der Wesentlichkeitslehre auf die Frage, ob ein ermächtigendes Parlamentsgesetz den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, jedenfalls nicht bestreiten. So führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die Wesentlichkeitslehre nicht nur die Frage beantworte, wann ein bestimmter Sachverhalt überhaupt einer gesetzlichen Regelung bedürfe, sondern sie sei vielmehr auch maßgeblich dafür, wie genau diese Regelungen – hier also das ermächtigende Parlamentsgesetz – ausgestaltet sein müssten.²⁰ Die Intensität der Auswirkungen ist dabei für die erforderliche Regelungsdichte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit jeher von Bedeutung.²¹ Wirft man nun einen Blick auf die von den

¹³ BVerfGE 1, 14 (59); BVerfGE 150, 1 (199); Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 315.

¹⁴ BVerfGE 1, 14 (59).

¹⁵ BVerfGE 150, 1 (199).

¹⁶ Siehe dazu Theodor Maunz/Günter Dürig/Barbara Remmert, Grundgesetz Kommentar, 92. EL August 2020, GG, Art. 80 Rn. 66 (mit entsprechenden Nachweisen).

¹⁷ Thorsten Kingreen/Kingreen Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 315; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth/Martin Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl. 2020, GG, Art. 80, Rn. 14.

¹⁸ Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Michael Brenner, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 80 Rn. 38.

¹⁹ BVerfGE 56, 1 (13).

²⁰ BVerfGE 139, 19 (54).

²¹ BVerfGE 56, 1 (13); BVerfGE 139, 19 (55).

Landesregierungen seit März 2020 getroffenen Maßnahmen – etwa Ausgangs- oder Kontaktbeschränkungen im privaten sowie im öffentlichen Raum, Sperrstunden für gastronomische Betriebe bis hin zu deren Untersagung, Beschränkungen und Schließungen des Einzelhandels und anderer Betriebe –, werden Auswirkungen mit hoher Eingriffsintensität auf die grundrechtlichen Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger deutlich. Ob § 32 S. 1 i. V. m. §§ 28 ff. IfSG in deren jeweiligen Fassungen vor dem Dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020 den erläuterten Anforderungen gerecht werden konnten, scheint fraglich. Das Hinzufügen des § 28a IfSG, welcher größtenteils die zuvor getroffenen Maßnahmen auflistet, durch eben genanntes Änderungsgesetz, könnte als Beleg dafür gesehen werden, dass auch der Gesetzgeber es für nötig hielt, nachzusteuern.

In Anbetracht dieser Tatsachen sollte man die Frage stellen, welcher Sinn und Zweck sich hinter dem Grundsatz, dass alle wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden müssen und er diese nicht auf die Exekutive delegieren darf, verbirgt. Anzuführen ist zunächst die unmittelbare Legitimation des Parlamentes durch das Volk, von dem nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt ausgeht. In der Ordnung des Grundgesetzes soll jenes daher alle grundlegenden Entscheidungen treffen.²² Insbesondere die Einschränkungen von grundrechtlichen Freiheiten und der Ausgleich von kollidierenden Grundrechten ist dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten.²³ Dies hat den Hintergrund, dass Entscheidungen von solcher Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen sollen, dass besonderen Anforderungen gerecht wird. Nach der Arbeit in den Ausschüssen soll das Parlament als Ort der öffentlichen Debatte, die Notwendigkeit und das Ausmaß der Grundrechtseingriffe erörtern.²⁴ Es geht hier um das Abwägen von Für und Wider der einzelnen Freiheitspositionen, das In-Betracht-Ziehen von möglichen Alternativen.²⁵ Eine wichtige Rolle bei diesem Abwägungsvorgang kommt der parlamentarischen Opposition zu.²⁶ Diese lässt sich auf den Parteienpluralismus zurückführen und ist – wie ihr Name schon sagt – meist die Kraft, die gegenüber den regierenden Parteien abweichende Positionen vertritt. Sie ist daher förderlich für eine umfassende Auseinandersetzung mit allen Argumenten und Handlungsmöglichkeiten.

Neben der Opposition soll auch die Öffentlichkeit durch das Verfahren die Gelegenheit haben, Auffassungen auszubilden und zu vertreten.²⁷ Sie kann so unter Umständen selbst Einfluss auf die Debatte im Parlament nehmen. Überdies sollte das Verfahren durch

²² Vgl. BVerfGE 150, 1 (191).

²³ BVerfGE 108, 282 (311); BVerfGE 139, 19 (53).

²⁴ BVerfGE 85, 386 (403); BVerfGE 139, 19 (53); BVerfGE 150, 1 (192).

²⁵ Siehe hierzu Thilo Marauhn, Sicher und frei, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/corona-und-grundrechte-sicher-und-frei-1.5145412!amp>, zuletzt aufgerufen am 18.1.2021.

²⁶ Vgl. BVerfGE 139, 19 (53); BVerfGE 150, 1 (192).

²⁷ BVerfGE 85, 386 (403); BVerfGE 139, 19 (53); BVerfGE 150, 1 (192).

Transparenz gekennzeichnet sein, sodass der am Ende eines möglichst umfassenden Abwägungsvorganges stehende Kompromiss, für die Bürgerinnen und Bürger in einem nachvollziehbaren Verfahren zustande gekommen ist.²⁸ All die genannten besonderen Verfahrensanforderungen können in ihrer konkreten Ausgestaltung weitgehend nur im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren gewahrt werden, weshalb sich eine Delegation wesentlicher Entscheidungen auf den Ordnungsgeber verbietet. Hand in Hand mit dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geht also eine Qualitätssicherung. Wirft man nun erneut einen Blick auf die in den Landesverordnungen getroffenen Maßnahmen, deren grundrechtlicher Tragweite die Regelung in § 32 S. 1 i. V. m. §§ 28 ff. IfSG als ermächtigendes Parlamentsgesetz wie oben angedeutet (zumindest vor Hinzufügen des § 28a IfSG) vermutlich nicht gerecht werden konnte, stellt man fest, dass eine beträchtliche Anzahl der Maßnahmen der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle nicht standhielt: so etwa Flächenbeschränkungen auf 800 qm im sonstigen Einzelhandel wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz²⁹, Beherbergungsverbote³⁰, umfassende Verbote von sexuellen Dienstleistungen³¹, pauschale Veranstaltungsverbote³² und die grundsätzliche Quarantänepflicht für aus dem Ausland Einreisende³³. All diese Beispiele unterstreichen die Bedeutung des Parlamentes als Gesetzgeber und sollten uns – wie dieser kleine Beitrag insgesamt – dazu anregen, die Rechtssetzungsverhältnisse in der derzeitigen Pandemie zu hinterfragen.

²⁸ Vgl. BVerfGE 139, 19 (53); BVerfGE 150, 1 (192).

²⁹ VGH Mannheim, Beschl. v. 30.4.2020 – 1 S 1101/20 = LSK 2020, 7262; VGH München, Beschl. v. 27.4.2020 – 20 NE 20.793 = BeckRS 2020, 6630.

³⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 15.10.2020 – 1 S 3156/20 = COVuR 2020, 711; OVG Magdeburg, Beschl. v. 27.10.2020 – 3 R 205/20 = BeckRS 2020, 28262; OVG Greifswald, Beschl. v. 20.10.2020 – 2 KM 702/20 = BeckRS 2020, 37219.

³¹ VGH Mannheim, Beschl. v. 6.10.2020 – 1 S 2871/20 = BeckRS 2020, 26103; OVG Münster, Beschl. v. 8.9.2020 – 13 B 902/20.NE = LSK 2020, 22109.

³² VG Bremen, Beschl. v. 27.8.2020 – 5 V 1672/20 = BeckRS 2020, 21981.

³³ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.5.2020 – 13 MN 143/20 = BeckRS 2020, 8099; VG Hamburg, Beschl. v. 13.5.2020 – 15 E 1967/20 = BeckRS 2020, 8685.

Allgemeinverfügung und nächtliche Ausgangssperre

Daniel Mengeler

Die Allgemeinverfügung ist seit Beginn der Pandemie auf vielen Ebenen das Mittel der Wahl. Obwohl die zuständigen Ministerien auf Landesebene aus verfassungsrechtlichen Gründen seit Beginn der Verbreitung von SARS-CoV-2 schnell die aus ihrer Sicht notwendigen Maßnahmen in der Rechtsform der Rechtsverordnung erließen, kommt der Allgemeinverfügung nach wie vor auf kommunaler Ebene eine überwältigende Bedeutung zu. Sperrstunden, Verbote des Alkoholkonsums im öffentlichen Raum, des Abbrennens von Feuerwerkskörpern zum Jahreswechsel und insbesondere die seit Anfang Dezember vermehrt angeordnete nächtliche Ausgangssperre ergehen in der Handlungsform¹ der Allgemeinverfügung. Hintergrund ist die flexible Handhabung von Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung auf kommunaler Ebene, um den jeweiligen spezifischen Anforderungen Rechnung zu tragen.

Trotz der weitgehenden dogmatischen Durchdringung und Strukturierung der Allgemeinverfügung wirft dieses Vorgehen einige Fragen auf, mit denen zunehmend die Verwaltungsgerichte – überwiegend im einstweiligen Rechtsschutz – konfrontiert werden. Zugleich besteht in den landesrechtlichen Rechtsverordnungen zum Infektionsschutz eine unterschiedliche Regelungsdichte hinsichtlich der nächtlichen Ausgangssperre.²

Die bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist vor diesem Hintergrund uneinheitlich. Die Bandbreite reicht von der grundsätzlichen Einordnung der nächtlichen Ausgangssperre als rechtmäßig³ bis zu starken Zweifeln an dem Vorliegen einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage.⁴ Auch innerhalb eines Landes fällt die Einschätzung, ob

¹ Die Begriffe Handlungs- und Rechtsform werden uneinheitlich verwendet. Im Folgenden wird Handlungsform als Qualifizierung des Handelns der Verwaltung in Rechtsformen verstanden, vgl. hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, vor § 9.

² So ist in der 11. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung die nächtliche Ausgangssperre anders als bspw. in Hessen oder Nordrhein-Westfalen als eigenständige Maßnahme in § 3 geregelt. Auch in Baden-Württemberg ist die nächtliche Ausgangssperre nunmehr seit dem 16.12.2020 eigenständig in § 1c der dort geltenden „Corona-Verordnung“ geregelt. Im Kontext des Beitrages können die Regeln aller 16 Bundesländer, auch wenn dies reizvoll ist und Erkenntnisgewinn verspricht, nicht berücksichtigt werden. Die Fokussierung auf das Land Hessen rechtfertigt sich aus dem derzeitigen Wohnsitz des Autors.

³ Vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 02.12.2020 – RN 14 S 20.2948, das einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung als unzulässig abwies, aber die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der betreffenden Allgemeinverfügung durchblicken lässt; ebenso Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entsch. v. 17122020 – Vf. 110-VII-20.

⁴ Zweifelnd VG Karlsruhe, Beschl. v. 10.12.20 – 2 K 5102/20, die Rechtmäßigkeit aber

eine nächtliche Ausgangssperre überhaupt durch eine Allgemeinverfügung angeordnet werden kann, unterschiedlich aus.⁵ In dieses vielgestaltige Bild werden sich weitere Entscheidungen, bedingt durch die Verlängerung und der Verschärfung der jeweiligen Maßnahmen, einreihen.

Der vorliegende Beitrag richtet seinen Blick daher auf die Möglichkeit, eine nächtliche Ausgangssperre über die Handlungsform der Allgemeinverfügung anzuordnen. Dazu sind zunächst die Besonderheiten der Allgemeinverfügung als Verwaltungsakt darzustellen (I.), um auf dieser Grundlage der Möglichkeit einer nächtlichen Ausgangssperre durch Allgemeinverfügung auf kommunaler Ebene nachzugehen (II.). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Schlussbetrachtung (III.).

I. Die Allgemeinverfügung als Handlungsform

Das Handeln der Verwaltung ist vielgestaltig. Es beschränkt sich nicht nur auf vollziehendes Tätigwerden im Einzelfall, sondern umfasst auch den Erlass abstrakt-genereller Regelungen. Neben den einzelfallbezogenen Maßnahmen (Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag, Realakt) kennt das allgemeine Verwaltungsrecht normative Handlungsformen wie die Rechtsverordnung, die Satzung und mit Einschränkungen auch die Verwaltungsvorschrift^{6,7} Die exekutive Normsetzung erfüllt eine doppelte Funktion. Zum einen dient sie der Selbstprogrammierung der Verwaltung in Bezug auf das Einzelfallhandeln und zum anderen erhöht sie die exekutive Breitensteuerung durch ihren abstrakt-generellen Charakter.⁸ Durch die Möglichkeit einzelfallbezogener und abstrakt-genereller Maßnahmen steht der Verwaltung ein breitgefächertes Instrumentarium zur flexiblen Problembewältigung zur Verfügung. Hintergrund der dogmatischen Systematisierung sind die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Verwaltungsmaßnahme sowie die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten.⁹

bestätigend VGH Mannheim, Beschl. v. 18.12.20 – 1 S 4028/20, 1 S 4041/20, 1 S 4061/20.

⁵ Die Rechtmäßigkeit wegen Fehlen einer Rechtsgrundlage ablehnend VG Aachen, Beschl. v. 23.12.20 - 7 L 951/20; anders VG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.20 – 26 L 2603/20.

⁶ Im Bereich der Verwaltungsvorschriften herrscht nach wie vor Unsicherheit, vgl. hierzu den Überblick bei Philipp Reimer, Grundfragen der Verwaltungsvorschriften, in: JURA 2014 (36), 678 ff.

⁷ Markus Möstl, Normative Handlungshandlungsformen, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allg-VerwR, 15 Aufl. 2016, § 19 Rn. 1.

⁸ Markus Möstl (Fn. 7), § 19 Rn. 1.

⁹ Verwaltungsakte sind anderen Rechtmäßigkeitsanforderungen unterworfen als eine Rechtsverordnung, die auf einer den Anforderungen des Art. 80 GG genügenden Delegationsnorm beruhen muss. Auch innerhalb der auf den Einzelfall bezogenen Maßnahmen bestehen unterschiedliche Anforderungen. Für den Verwaltungsvertrag normieren die §§ 54 VwVfG ff. spezifische Rechtmäßigkeitsanforderungen. Die Anfechtungsklage nach § 42

In diesem Kontext erfasst der Verwaltungsakt als Handlungsform eine umfangreiche und durch gemeinsame Merkmale verbundene Gruppe von Verwaltungsmaßnahmen, die gemeinsamen Rechtsregeln unterworfen sind.¹⁰ Bei Verwaltungsakten handelt es sich trotz der großen Unterschiedlichkeit in ihrer konkreten Erscheinungsform um administrative Entscheidungen bestimmter Einzelfälle gegenüber dem Bürger oder sonstigen der Verwaltung unterworfenen Rechtspersonen.¹¹ Verwaltungsakte sind nach § 35 S. 1 VwVfG hoheitliche Regelungen einer Behörde im Einzelfall mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen.¹² Das Einzelfallkriterium dient maßgeblich der Abgrenzung zur Rechtsverordnung.¹³ Diese Abgrenzung vollzieht sich paradigmatisch an den Begriffspaaren abstrakt-konkret in Bezug auf den Regelungsinhalt sowie generell-individuell bezogen auf den Adressatenkreis,¹⁴ ohne dass diesen Begriffspaaren gerade in problematischen Fällen eine zu hohe Bedeutung beigemessen werden sollte.¹⁵ Ein Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG liegt danach zumindest dann vor, wenn es sich um eine konkret-individuelle Regelung handelt.¹⁶

Abs. 1 (1) VwGO ist in der Regel die statthafte Klage gegen belastende Verwaltungsakte, wohingegen für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 VwGO statthaft ist. Auch für den einstweiligen Rechtsschutz bestehen unterschiedliche Rechtsschutzmittel, vgl. hierzu § 80 Abs. 5 S. 1 u. 2 VwGO sowie § 47 Abs. 6 VwGO.

¹⁰ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 1.

¹¹ Kyriell-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 35 Rn. 1 f.

¹² Ungeachtet dieser überkommenen Aufzählung der Begriffsmerkmale besteht hinsichtlich des Inhalts der konkreten Merkmale nach wie vor Unsicherheit, was sich an der unterschiedlichen Bestimmung des Merkmals „hoheitlich“ zeigt, vgl. hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 12 ff., die den hoheitlich mit öffentlich-rechtlich gleichsetzen, und Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2020, Rn. 439, der ein Über-Unterordnungsverhältnis fordert, sowie Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 104, der ein spezifisch hoheitliches Handeln als notwendig ansieht.

¹³ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 15; Matthias Ruffert, Verwaltungsakt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVerwR, 15 Aufl. 2016, § 21 Rn. 31.

¹⁴ Matthias Ruffert, Verwaltungsakt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVerwR, 15 Aufl. 2016, § 21 Rn. 32 ff.

¹⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 21.

¹⁶ Der individuelle Charakter einer Regelung ist auch dann anzunehmen, wenn sich die konkrete Regelung zwar nicht an eine Person, aber doch an einen individuell bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet, vgl. hierzu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 17. Auch sog. abstrakt-individuelle Regelungen, also solche die einem bestimmten Adressaten oder bestimmbaren Adressatenkreis für eine Vielzahl von Fällen eine bestimmte Rechtspflicht auferlegen, können in diesem Kontext als

Demgegenüber richten sich Rechtsverordnungen als abstrakt-generelle Regelungen in einer unbestimmten Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Adressaten.¹⁷

In diesem Koordinatensystem definiert § 35 S. 2 VwVfG die Allgemeinverfügung als Unterform des Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG.¹⁸ Die Allgemeinverfügung stellt in der Sache eine konkret-generelle Regelungen dar¹⁹ und liegt im Grenzbereich zwischen idealgedachter Einzelfallregelung und Rechtsnorm.²⁰ Das Einzelfallkriterium wird demnach durch § 35 S. 2 VwVfG modifiziert.²¹ Der Gesetzgeber versucht hierdurch, den Bereich zwischen Einzelakt und Rechtsnorm spezifisch zu normieren.²² Mit Blick auf § 35 S. 2 VwVfG können drei Fallgruppen von Allgemeinverfügungen unterschieden werden: die adressatenbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG, die sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG sowie die Benutzungsregelung nach § 35 S. 3 Var. 3 VwVfG. Trotz dieser Modifikationen ist die Regelung eines Einzelfalls Voraussetzung für die Annahme eines Verwaltungsakts in der Form der Allgemeinverfügung.²³

Anders als eine Rechtsnorm bezieht sich die Allgemeinverfügung auf einen konkreten Sachverhalt. Vor diesem Hintergrund kann die Abgrenzung zur Rechtsnorm Schwierigkeiten bereiten.²⁴ Problematisch ist insbesondere, ob eine formell als Allgemeinverfügung und damit als Verwaltungsakt anzusehende Maßnahme auch materiell einen Verwaltungsakt

Verwaltungsakt verstanden werden, vgl. hierzu Matthias Ruffert, Verwaltungsakt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVerwR, 15. Aufl. 2016, § 21 Rn. 34.

¹⁷ Christoph Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 35. Aufl. 2019, Rn. 147, 344 ff.

¹⁸ Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 267.

¹⁹ Diese Einordnung ist zumindest für die adressatenbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG und die Benutzungsregelung nach § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG plausibel, vgl. hierzu Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 249.

²⁰ Matthias Ruffert, Verwaltungsakt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVerwR, 15. Aufl. 2016, § 21 Rn. 35 ff.

²¹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 30, die ebenfalls einige der in Fn. 16 beschriebenen Fälle als Allgemeinverfügung aus Sicht eines traditionellen Verständnisses ansehen und § 35 S. 2 VwVfG als Begriffserweiterung einordnen.

²² Kyrill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 35 Rn. 113.

²³ Aus der Rechtsprechung VG Karlsruhe, Beschl. v. 10.12.20 – 2 K 5102/20; vgl. auch Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 250.

²⁴ Das Vorliegen einer Rechtsnorm bestimmt sich dabei grundsätzlich nach der Form der erlassenen Maßnahme, das Vorliegen eines Verwaltungsakts nach dem materiellen Inhalt der Regelung, vgl. hierzu Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 280.

nach § 35 VwVfG darstellt oder eine Regelung beinhaltet, für die der Gesetzgeber die Handlungsform des Verwaltungsakts nicht bereitstellt, sondern eine abstrakt-generelle Regelung als Rechtsnorm hätte ergehen müssen.²⁵ Eine Allgemeinverfügung liegt damit nicht vor, auch wenn sie als solche bezeichnet ist, wenn sie eine abstrakt-generelle Regelung beinhaltet, da diese in der Handlungsform einer Rechtsnorm ergehen müsste.²⁶ Dessen ungeachtet ist eine Regelung durch eine Allgemeinverfügung möglich, wenn es sich um die bloße Vollziehung einer gesetzlich bereits hinreichend konkretisierten Entscheidung handelt.²⁷ Dem Gesetzgeber ist somit nicht verwehrt, die Allgemeinverfügung als Handlungsform vorzusehen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen die Maßstäbe und das Verfahren der Entscheidungsfindung mit einer hinreichenden Genauigkeit festsetzen.²⁸

II. Nächtliche Ausgangssperre als Einzelfall

Die auf kommunaler Ebene geregelte nächtliche Ausgangssperre stellt in der derzeit häufig anzutreffenden Ausgestaltung eine adressatenbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG dar. Die nächtlichen Ausgangssperren – häufig in den Nachtstunden zwischen 21.00 Uhr und 5.00 Uhr – beschränken in der Regel die freie Fortbewegung der im Kommunalgebiet sesshaften Personen und untersagen nicht sesshaften Personen, sich in dem betreffenden Zeitraum dort aufzuhalten. Eine vergleichbare Allgemeinverfügung ist zum Zeitpunkt der Verfassung des Beitrags im Landkreis Gießen in Kraft.²⁹ Die adressatenbezogene Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet.³⁰ Der

²⁵ Ibid.

²⁶ Hierzu OVG Saarlouis, Ur. v. 9.6.2010 – 9 A 20/08; OVG Münster, Beschl. v. 20.7.2010 – 2 A 61/08 m.w.N.

²⁷ BVerfGE 106, 275 (308); BVerwGE 70, 77 (juris 14); Beispiele bei Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 252.

²⁸ Beispiele bei Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 252.

²⁹ 17. Allgemeinverfügung des Landkreises Gießen vom 11. Dezember 2020, https://www.lkgi.de/images/formulare_downloads/Gesundheit_Soziales_Integration/Tiere_und_Verbraucherschutz/2020_12_11_AV.pdf (zuletzt abgerufen am 5.1.2021). In den folgenden Ausführungen wird diese Allgemeinverfügung als Blaupause herangezogen. Dies bedeutet nicht, dass eine nächtliche Ausgangssperre unabhängig der materiellen Voraussetzungen bei anderweitiger Ausgestaltung auch in der Handlungsform der Allgemeinverfügung ergehen kann.

³⁰ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 31; die Verbote des Alkoholkonsums auf öffentlichen Plätzen stellen demgegenüber aufgrund ihrer räumlichen Abgrenzbarkeit in der Regel sachbezogene Allgemeinverfügungen nach § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG dar.

Adressatenkreis muss zum Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung nicht objektiv feststehen.³¹ Die Adressaten werden nicht individuell, sondern nach allgemeinen Merkmalen gattungsmäßig bestimmt (etwa alle Verkehrsteilnehmer, alle Hausbesitzer, alle Anwohner eines bestimmten Gebiets usw.).³² Die adressatenbezogene Allgemeinverfügung trägt dem Gedanken Rechnung, dass zum Zeitpunkt ihres Erlasses der Adressatenkreis zwar noch nicht feststeht, dieser aber durch den jeweiligen Anlass hinreichend konkretisiert ist.³³

1. Rechtsgrundlagen für die nächtliche Ausgangssperre

Als Ermächtigungsgrundlage dienen die §§ 28 und 28a IfSG³⁴ in Verbindung mit den jeweils in den Ländern erlassenen Rechtsverordnungen zur Bekämpfung der durch SARS-CoV-2 hervorgerufenen Pandemie.³⁵ § 28 Abs. 1 IfSG stellt eine Generalklausel dar, welche die zuständigen Behörden zum Erlass der notwendigen Schutzmaßnahmen ermächtigt. Diese Generalklausel wird durch den in § 28a Abs. 1 IfSG nicht abschließend normierten Maßnahmenkatalog konkretisiert. Die in diesem Zusammenhang erlassenen Rechtsverordnungen auf Landesebene beruhen auf § 31 IfSG als Delegationsnorm i.S.d. Art. 80 Abs. 1 GG. Bereits die normative Dichte der Landesverordnungen in Bezug auf die Ausgangssperre weist erhebliche Unterschiede auf.³⁶

Insbesondere in Hessen ist die nächtliche Ausgangssperre nicht eigenständig auf Ebene der Rechtsverordnung normiert. Die hessische „Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung“³⁷ regelt ersatzweise in ihrem § 9, dass die örtlich zuständigen Behörden

³¹ Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 282.

³² Statt vieler Kyrill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 35 Rn. 117.

³³ Hans-Günter Henneke, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG, 11. Aufl. 2019, § 35 Rn. 197.

³⁴ Zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. November 2020 (BGBl. I . 2397).

³⁵ Die Regelungssystematik ist in den einzelnen Ländern unterschiedlich. Teilweise gelten in den Ländern mehrere bereichsspezifische „Corona-Verordnungen“ wie bspw. in Hessen, hierzu <https://www.hessen.de/fuer-buerger/corona-hessen/verordnungen-und-allgemeinverfuegungen> (zuletzt abgerufen am 5.1.2021).

³⁶ Vgl. hierzu die 11. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, in der die nächtliche Ausgangssperre anders als bspw. in Hessen oder Nordrhein-Westfalen als eigenständige Maßnahme in § 3 geregelt. Auch in Baden-Württemberg ist die nächtliche Ausgangssperre nunmehr seit dem 16.12.2020 eigenständig in § 1c der dort geltenden „Corona-Verordnung“ geregelt. Im Kontext des Beitrages können die Regeln aller 16 Bundesländer, auch wenn dies reizvoll ist und Erkenntnisgewinn verspricht, nicht berücksichtigt werden. Die Fokussierung auf das Land Hessen rechtfertigt sich aus dem derzeitigen Wohnsitz des Autors.

³⁷ Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebes von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie, aktuelle Version abrufbar

unter Beachtung des „Präventions- und Eskalationskonzepts zur Eindämmung der weiteren Ausbreitung von SARS-CoV-2 in Hessen“³⁸ weitergehende Maßnahmen anordnen können. Die rechtliche Einordnung solcher durch die jeweiligen Landesministerien erlassenen Konzepte ist nicht ganz eindeutig. Es dürfte sich um eine (ermessensleitende) Verwaltungsvorschrift oder um eine gubernative Absichtserklärung handeln. Zumindest stellen sie keine Außenrechtssätze dar, da sie nicht einem hierfür notwendigen Verfahren erlassen worden sind. Dessen ungeachtet kommt ihnen hohe Steuerungswirkung für die auf kommunaler Ebene erlassenen Maßnahmen zu. Dies zeigt schon die häufige Inbezugnahme der zuständigen Kommunalbehörden in der Begründung ihrer Entscheidungen.

2. Nächtliche Ausgangssperre als adressatenbezogene Allgemeinverfügung

Der Erlass einer nächtlichen Ausgangssperre in Form einer adressatenbezogenen Allgemeinverfügung auf kommunaler Ebene wirft keine Probleme auf, wenn in der derzeitigen Situation vom Vorliegen der materiellen Voraussetzungen und insbesondere der Verhältnismäßigkeitsanforderungen, wie sie von *Ayşe-Martina Böhringer* zutreffend in diesem Heft entwickelt worden sind, ausgegangen wird, sofern auf Landesebene eine Rechtsverordnung mit hinreichend konkreten Voraussetzungen besteht. In diesem Fall handelt es sich um den Vollzug einer gesetzlich bereits ausreichend festgelegten Entscheidung im oben beschriebenen Sinne, die ebenfalls von den auf Landesebene erlassenen Präventions- und Eskalationskonzepten konkretisiert wird.³⁹ In diesem Zusammenspiel bestimmen die jeweiligen Regelungen in den Landesverordnungen mit hinreichender Klarheit, was durch Allgemeinverfügungen auf kommunaler Ebene geregelt werden darf. Vorschriften wie § 9 der hessischen „Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung“ reichen, auch wenn sie den Erlass von Allgemeinverfügungen implizit voraussetzen, insoweit nicht aus, da sie die Grenzen für den Erlass einer Allgemeinverfügung nicht hinreichend klar bestimmen. Gerade in dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob nächtliche Ausgangssperren noch als Regelung eines Einzelfalles angesehen werden können oder eine abstrakt-generelle Regelung darstellen, sofern deren Anlass das Überschreiten eines in den jeweiligen

unter https://www.hessen.de/sites/default/files/media/03_corona-kontakt-und-betriebs-beschaenkungsverordnung_stand11.01.21.pdf (zuletzt abgerufen am 8.1.2021).

³⁸ https://soziales.hessen.de/sites/default/files/media/pressemitteilung_eskalationskonzept_korrektur.pdf (zuletzt abgerufen am 8.1.2012). Vergleichbare Erlasse finden sich auch in andere Ländern, vgl. dazu aus Baden-Württemberg https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Gesundheitsschutz/Corona_SM-Erlass_Hotspotstrategie_20201204.pdf (zuletzt abgerufen am 8.1.2021).

³⁹ BVerfGE 106, 275 (308); BVerwGE 70, 77 (juris 14); Beispiele bei Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 252.

Präventions- und Eskalationskonzepten festgelegten Inzidenzwerts, in der Regel 200 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner in den letzten 7 Tagen, bildet.

Die zur Abgrenzung notwendige Eingrenzung des Adressatenkreises erfolgt anhand des konkreten Sachverhalts, aus dem insbesondere auch eine gewissen räumliche Begrenzung für den Geltungsbereich der Allgemeinverfügung folgt.⁴⁰ Der angesprochene Personenkreis muss bei Erlass der Maßnahme der Gattung nach bestimmbar sein.⁴¹ Dem Inhalt der Maßnahme kommt hierbei ebenso Bedeutung zu wie der zeitlichen Geltungsdauer der auferlegten Pflichten.⁴² Die Kriterien für die zeitliche Geltungsdauer sind im Einzelnen umstritten, sodass es in der Regel auf eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung des konkreten Inhalts der Allgemeinverfügung ankommen muss.⁴³ Aufgrund der unscharfen Abgrenzungskriterien erkennt die Rechtsprechung Grenzbereiche an, in denen nicht nur eine „richtige“ Handlungsform besteht.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund dürfte es sich bei den auf den Infektionsschutz bezogenen nächtlichen Ausgangssperren auf kommunaler Ebene in dem oben als problematisch skizzierten Bereich nicht mehr um die Regelung eines Einzelfalles handeln, wie am Beispiel der Allgemeinverfügung des Landkreises Gießen schablonenhaft verdeutlicht werden soll.⁴⁵ Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau des räumlichen Geltungsbereichs, der inhaltlichen Weite der durch die Ausgangssperre betroffenen Lebensbereiche sowie aus der

⁴⁰ Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 256 ff.; Kyriell-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 35 Rn. 119 ff.; vgl. auch Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 284 ff. mit detaillierter Unterscheidung von Fallgruppen.

⁴¹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 31.

⁴² VG Karlsruhe, Beschl. v. 10.12.20 – 2 K 5102/20 -, juris Rn. 50; vgl. zur Regelung zeitlich begrenzter Handlungspflichten auch den umstrittenen Fall bei VG Darmstadt, Beschl. v. 28.06.2016 – 3 L 642/16.DA; vgl. zu zeitlich nicht näher konkretisierten Handlungspflichten den sog. „Endiviansalat-Fall“ bei BVerwGE 12, 87 (89).

⁴³ Hierzu Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 285, der den Zeitpunkt des „Umschlagens“ in eine abstrakt-generelle Regelung an den Ablauf der Rechtsbehelfsfristen nach § 70 VwGO und § 74 VwGO koppeln will.

⁴⁴ Hierzu VG München, Beschl. v. 24.03.2020 - M 26 S 20.1552 -, juris Rn. 22; VGH Mannheim, Urt. v. 13.03.1987 - 5 S 2079/86.

⁴⁵ 17. Allgemeinverfügung des Landkreises Gießen vom 11. Dezember 2020, https://www.lkgi.de/images/formulare_downloads/Gesundheit_Soziales_Integration/Tiere_und_Verbraucherschutz/2020_12_11_AV.pdf (zuletzt abgerufen am 5.1.2021).

In den folgenden Ausführungen wird diese Allgemeinverfügung als Blaupause herangezogen. Dies bedeutet nicht, dass eine nächtliche Ausgangssperre unabhängig der materiellen Voraussetzungen bei anderweitiger Ausgestaltung auch in der Handlungsform der Allgemeinverfügung ergehen kann.

absehbaren zeitlichen Geltungsdauer.

Zum einen betrifft die Allgemeinverfügung in der Regel keinen eng abgegrenzten räumlichen Bereich, sondern bezieht sich auf das Kommunalgebiet als solches, ohne den verschiedenen örtlichen Besonderheiten durch sachgerechte Regelungen Rechnung zu tragen. So umfasst bspw. das Gebiet des Landkreises Gießens eine Gesamtfläche von ca. 854 km² mit einer Einwohnerzahl von ca. 270.000 Personen. Die Kreisgliederung erfasst dabei 18 Gemeinden, von denen 10 Städte, deren größte Gießen mit ca. 90.000 Einwohnern ist, darstellen.⁴⁶ Aus den unterschiedlichen räumlichen Gegebenheiten ergeben sich Besonderheiten, die mit Blick auf die Verhinderung oder Abmilderung des weiteren Pandemiegeschehens zu berücksichtigen sind. Die nächtliche Ausgangssperre ist damit auch nicht mit Fällen vergleichbar, in denen aus Gründen des Infektionsschutzes räumlich eng abgegrenzte Ge- und Verbote wie das Tragen eines Mund- und Nasenschutzes in den Innenstädten durch Allgemeinverfügung angeordnet werden. Zum anderen wird durch die nächtliche Ausgangssperre eine Bandbreite möglicher Verhaltensweisen betroffen. Den im Kommunalgebiet sesshaften Personen wird das Verlassen der Wohnung ungeachtet der bestehenden Ausnahmen für den Zeitraum zwischen 21.00 Uhr und 5.00 Uhr des Folgetages untersagt. Konsequenterweise ist nicht sesshaften Personen in diesem Zeitraum der Aufenthalt im Kommunalgebiet untersagt. Hierdurch wird eine Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen mit unterschiedlichen Beweggründen erfasst, die nur lose über die Oberbegriffe des Verlassens der Wohnung oder des Aufenthalts auf dem durch die Ausgangssperre betroffenen räumlichen Gebiet zusammengehalten werden.⁴⁷ Anders als eine auf eine bestimmte Tätigkeit bezogene Maßnahme, wie den Ausschank von Alkohol, die Öffnung von Gaststätten oder den Verkauf bestimmter Waren, umfasst die nächtliche Ausgangssperre auch eine Bandbreite niederschwelliger und kurzzeitiger Handlungsweisen wie beispielsweise den Gang zum abgestellten PKW. Ebenso sind zeitlich längere Aufenthalte wie der abendliche Spaziergang oder das Treffen anderer Personen im öffentlichen Raum umfasst. Den geregelten Verhaltensweisen kommt je nach Kontakt mit anderen Personen unterschiedlich hohe Relevanz für das Infektionsgeschehen zu. Insgesamt erfasst die nächtliche Ausgangssperre somit eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte, sodass die Allgemeinverfügung nicht mehr als Einzelfallregelung angesehen werden kann.

Auch ein Blick auf die zeitliche Geltungsdauer führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar ist es anerkannt, dass bei kurzer zeitlicher Geltungsdauer oder Befristung der Maßnahme vergleichsweise weite Lebenssachverhalte geregelt werden können.⁴⁸ Bei den Ausgangssperren handelt es sich weder um kurzfristig zu ergreifende noch um nur über einen kurzen

⁴⁶ Für nähere Informationen zur Kreisgliederung vgl. <https://www.lkgi.de/der-landkreis/daten-fakten-geschichte/staedte-gemeinden> (zuletzt abgerufen am 5.1.2021).

⁴⁷ So auch in einem vergleichbaren Fall VG Karlsruhe, Beschl. v. 10.12.20 – 2 K 5102/20 -, juris Rn. 55.

⁴⁸ Explizit bezogen auf den Infektionsschutz Florian v. Alemann/Florian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 49. Edition Stand 1.10.2020, § 35 Rn. 258a.

Zeitraum bestehende Maßnahmen. Das Instrument der Ausgangssperre wird seit geraumer Zeit auf der Ministerpräsidentenkonferenz, in diesem Heft von *Clara Becker* näher bearbeitet, diskutiert und ist in den jeweiligen Präventions- und Eskalationsprogrammen der Landesregierungen festgehalten worden. Selbst wenn zu Beginn der Überschreitung der Inzidenz von 200 die Allgemeinverfügung als zutreffende Handlungsform angesehen wird, hätte mittlerweile die nächtliche Ausgangssperre unter Beachtung der Handlungsform in einer Rechtsverordnung geregelt werden können, zumal die jeweiligen Rechtsverordnungen der Länder aufgrund der neuen Absprachen in der Ministerpräsidentenkonferenz Änderungen erfahren haben.⁴⁹

III. Schlussbetrachtung

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen können die in der Handlungsform der Allgemeinverfügung ergangenen nächtlichen Ausgangssperren auf Kommunalebene nicht uneingeschränkt als Regelung eines Einzelfalls angesehen werden. Die (Ver)Irrungen in der Wahl der Handlungsform für exekutive Maßnahmen darf dabei nicht als gering geschätzt werden, selbst wenn die materiellen Voraussetzungen für die vorgesehene Regelung vorliegen sollten. Den verschiedenen Handlungsformen kommen unterschiedliche Funktionen zu. Gerade die exekutive Normsetzung erfüllt die Funktion der Selbstprogrammierung und -kontrolle. Ebenso kommt ihr eine Entlastungsfunktion für die kommunalen Behörden zu, wenn die zu ergreifenden Maßnahmen auf abstrakter Ebene in normativer Hinsicht hinreichend bestimmt ausgestaltet sind. Auch wenn im Rahmen des derzeitigen Pandemiegeschehens gerade den kommunalen Entscheidungsträgern wegen ihrer Pflicht und Verantwortung zum Ergreifen effektiver Infektionsschutzmaßnahmen große Anerkennung entgegengebracht werden muss und die damit einhergehende Rechts- und Erkenntnisunsicherheit in Bezug auf das Pandemiegeschehen aus der Beobachterperspektive nur schwer eingeschätzt werden können, dürfen wegen der besonderen Dynamik in der derzeitigen Situation die grundsätzlichen rechtlichen Anforderungen nicht übergangen werden. Vielmehr ist das Potenzial der einzelnen durch die Rechtsordnung vorgesehenen Instrumente, auch in ihrem Zusammenspiel, mit dem Ziel eines effektiven und freiheitsverträglichen Infektionsschutzes in seinem vollen Umfang auszuschöpfen.

⁴⁹ Baden-Württemberg hat diesen Weg nach anfänglicher Säumnis bestritten, vgl. hierzu VG Karlsruhe, Beschl. v. 10.12.20 – 2 K 5102/20 und die dort derzeit geltende Rechtsverordnung, abrufbar unter <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/aktuelle-corona-verordnung-des-landes-baden-wuerttemberg/> (zuletzt abgerufen am 27.01.2021).

Rechtsprechung in der Pandemie: Woran scheitern Corona- maßnahmen vor den Gerichten?

Lena Albrecht

Landesweite Ausgangssperren und andere Freiheitsbeschränkungen haben bereits im Frühjahr 2020 viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen. In Bayern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg, Berlin und im Saarland wurde das Verlassen der eigenen Wohnung nur noch aus „triftigem Grund“ gestattet. Zeitgleich wurden sowohl der Einzelhandel als auch sämtliche Dienstleistungsbranchen lahmgelegt, Versammlungsverbote ausgesprochen, Schulen und Kitas geschlossen. Die ersten Eilanträge gegen die sog. „Coronamaßnahmen“ ließen nicht lange auf sich warten. So wurden bereits im März und April Verkaufsverbote wieder gekippt und Betriebsschließungen außer Vollzug gesetzt.¹ Auch hielten bei weitem nicht alle Ausgangsbeschränkungen den Prüfungen der Gerichte stand.²

Zwar stellen einige Gerichte ihren Entscheidungen sogar eine Erklärung über das Verständnis für die besondere Lage voran und sprechen sowohl der Bundesregierung als auch den Landesregierungen ihren Respekt aus.³ Dennoch fallen nicht wenige Entscheidungen harsch aus und lassen Maßnahmen und Verordnungen fast schon lehrbuchhaft an den überkommenen Verfassungsgrundsätzen scheitern.

Die besondere Situation erforderte zügige Entscheidungen, dennoch wurden und werden durch sie die Grundrechte intensiv eingeschränkt. Umso mehr gilt es darauf zu achten, dass Maßnahmen und ihre Rechtsgrundlagen nicht gegen grundlegende Verfassungsprinzipien verstoßen. Oft halten sie diesen jedoch nicht stand. Verstöße liegen besonders häufig gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, die Wesentlichkeitslehre und das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor. Auch berufen sich verschiedenste Beschwerdeführer und Antragsteller oft erfolgreich auf ihr Grundrecht der Versammlungsfreiheit und den Gleichheitsgrundsatz.

I. Unbestimmtheit der Regelungen

Das Bestimmtheitsgebot verlangt, „dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag“, so die jahrelange Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁴ Nicht immer könne man die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben jedoch in eindeutige Begriffe fassen.⁵ Vielmehr sind ausfüllungsbedürftige Begriffe teilweise erforderlich und zulässig. In Anbetracht der drastischen Grundrechtseingriffe im

¹ VG Minden, Beschl. v. 02.04.2020, L 272/20; VG München, Beschl. v. 24.03.2020, M 26 S 20.1252; M 26 S 20.1255.

² VG München, Beschl. v. 24.3.2020, M 26 S 20.1252; M 26 S 20.1255; VGH Saarland Beschl. v. 28.4.2020, Lv 7/20.

³ AG Dortmund, Urteil v. 02.11.2020, 733 OWi - 127 Js 75/20 - 64/20.

⁴ BVerfGE 108, 52; BVerfGE 20, 150; BVerfGE 31, 255; BVerfGE 110, 33.

⁵ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.06.2020, 1 S 1623/20.

Zusammenhang mit der Coronapandemie genügt den Gerichten dies jedoch oft nicht und sie erklären die Regelungen für zu unbestimmt.⁶ So wurde die Maskenpflicht in der Düsseldorfer Innenstadt nach kurzer Zeit für rechtswidrig erklärt.⁷ Die Allgemeinverfügung, mit der eine gesamtstädtische Pflicht zum Tragen von Alltagsmasken angeordnet wurde, sei ebenfalls zu unbestimmt. Darin heißt es: „Auf öffentlichen Straßen und Wegen innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile von Düsseldorf ist eine Alltagsmaske zu tragen, sofern und solange nicht aufgrund von Tageszeit, räumlicher Situation und Passantenfrequenz objektiv ausgeschlossen ist, dass es zu Begegnungen mit anderen Personen kommen kann, bei denen ein Abstand von fünf Metern unterschritten wird.“⁸ Für den Bürger sei aufgrund der unbestimmten Begriffe nicht eindeutig erkennbar, wo und wann er der Maskenpflicht unterliege. Dem Bestimmtheitsgebot sei nicht genügt, wenn der Bürger – wie hier – nicht ohne weiteres in der Lage sei zu erkennen, welches Verhalten von ihm gefordert werde, zumal dann, wenn ein Verstoß bußgeldbewehrt sei.

Aus einem ganz ähnlichen Grund durften bayerische Hotels im Juli vorerst wieder alle Touristen aus dem Inland beherbergen. Der Verwaltungsgerichtshof München entschied,⁹ dass die Anknüpfung des in § 14 Abs. 2 Satz 1 6. BayIfSMV verankerten Beherbergungsverbot allein an die sog. 7-Tage-Inzidenz unzulässig sei. Die Verweisung auf die Veröffentlichung des Robert-Koch-Instituts sei mit dem rechtstaatlichen Publizitätsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar, da der Normadressat den Inhalt der Norm in der jeweils gültigen Fassung nicht verlässlich erkennen könne. Insbesondere fehle es an der Angabe einer entsprechenden Fundstelle.

Auch der Eilantrag einer Pflegeheimbewohnerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen eine Allgemeinverfügung des Gesundheitsministeriums NRW war erfolgreich.¹⁰ Bei der Isolierungsanordnung aus der Allgemeinverfügung fehle es an einer behördlichen Einbeziehung. Nach der Ausgestaltung der Regelung sollte die Pflegeeinrichtung selbst entscheiden, wer isoliert werde. Eine solche Entkoppelung von einem behördlichen Entscheidungsprozess erweise sich im konkreten Fall als rechtswidrig. Die zuständige Behörde müsse nach den Regelungen des IfSG selbst prüfen, ob die Voraussetzungen einer Isolierung vorliegen und dürfe dies nicht der jeweiligen Einrichtungsleitung überlassen. Eine Präzisierung, wann von einem „konkreten Anlass“ ausgegangen werden kann, enthielt die Allgemeinverfügung nicht. Wegen des hochwertigen Schutzguts der Gesundheit des menschlichen Lebens ist es zwar grundsätzlich denkbar, die Pflegeeinrichtung bei

⁶ So bspw. der VGH Berlin im Beschl. v. 20.05.2020 (81 A/20) bezüglich der Pflicht, die „physisch sozialen Kontakte“ zu anderen Menschen auf ein „absolut nötiges Minimum“ zu reduzieren (Sechste Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-EindmaßnV v. 7. Mai 2020).

⁷ VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2020, Az. 26 L 2226/20.

⁸ VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2020, Az. 26 L 2226/20.

⁹ VGH München, Beschl. v. 28.07.2020 - 20 NE 20.1609.

¹⁰ VG Minden, Beschl. v. 14.10.2020 - 7 L 729/20.

der Umsetzung einer Isolierung einzubeziehen. Dazu hätte es jedoch einer Präzisierung bedurft, unter welchen tatsächlichen Gegebenheiten eine Isolierung zu erfolgen hat.

II. Fehlende Befristung und Absolutheit

Das Bestimmtheitsgebot verlangt, „dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag“, so die jahrelange Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹¹ Nicht immer könne man die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben jedoch in eindeutige Begriffe fassen.¹² Vielmehr sind ausfüllungsbedürftige Begriffe teilweise erforderlich und zulässig. In Anbetracht der drastischen Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit der Coronapandemie genügt den Gerichten dies jedoch oft nicht und sie erklären die Regelungen für zu unbestimmt.¹³ So wurde die Maskenpflicht in der Düsseldorfer Innenstadt nach kurzer Zeit für rechtswidrig erklärt.¹⁴ Die Allgemeinverfügung, mit der eine gesamtstädtische Pflicht zum Tragen von Alltagsmasken angeordnet wurde, sei ebenfalls zu unbestimmt. Darin heißt es: „Auf öffentlichen Straßen und Wegen innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile von Düsseldorf ist eine Alltagsmaske zu tragen, sofern und solange nicht aufgrund von Tageszeit, räumlicher Situation und Passantenfrequenz objektiv ausgeschlossen ist, dass es zu Begegnungen mit anderen Personen kommen kann, bei denen ein Abstand von fünf Metern unterschritten wird.“¹⁵ Für den Bürger sei aufgrund der unbestimmten Begriffe nicht eindeutig erkennbar, wo und wann er der Maskenpflicht unterliege. Dem Bestimmtheitsgebot sei nicht genügt, wenn der Bürger – wie hier – nicht ohne weiteres in der Lage sei zu erkennen, welches Verhalten von ihm gefordert werde, zumal dann, wenn ein Verstoß bußgeldbewehrt sei.

Aus einem ganz ähnlichen Grund durften bayerische Hotels im Juli vorerst wieder alle Touristen aus dem Inland beherbergen. Der Verwaltungsgerichtshof München entschied,¹⁶ dass die Anknüpfung des in § 14 Abs. 2 Satz 1 6. BaylFSMV verankerten Beherbergungsverbot allein an die sog. 7-Tage-Inzidenz unzulässig sei. Die Verweisung auf die Veröffentlichung des Robert-Koch-Instituts sei mit dem rechtstaatlichen Publizitätsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar, da der Normadressat den Inhalt der Norm in der jeweils gültigen Fassung nicht verlässlich erkennen könne. Insbesondere fehle es an der Angabe einer entsprechenden Fundstelle.

¹¹ BVerfGE 108, 52; BVerfGE 20, 150; BVerfGE 31, 255; BVerfGE 110, 33.

¹² VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.06.2020, 1 S 1623/20.

¹³ So bspw. der VGH Berlin im Beschl. v. 20.05.2020 (81 A/20) bezüglich der Pflicht, die „physisch sozialen Kontakte“ zu anderen Menschen auf ein „absolut nötiges Minimum“ zu reduzieren (Sechste Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-EindmaßnV v. 7. Mai 2020).

¹⁴ VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2020, Az. 26 L 2226/20.

¹⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2020, Az. 26 L 2226/20.

¹⁶ VGH München, Beschl. v. 28.07.2020 - 20 NE 20.1609.

Auch der Eilantrag einer Pflegeheimbewohnerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen eine Allgemeinverfügung des Gesundheitsministeriums NRW war erfolgreich.¹⁷ Bei der Isolierungsanordnung aus der Allgemeinverfügung fehle es an einer behördlichen Einbeziehung. Nach der Ausgestaltung der Regelung sollte die Pflegeeinrichtung selbst entscheiden, wer isoliert werde. Eine solche Entkoppelung von einem behördlichen Entscheidungsprozess erweise sich im konkreten Fall als rechtswidrig. Die zuständige Behörde müsse nach den Regelungen des IfSG selbst prüfen, ob die Voraussetzungen einer Isolierung vorliegen und dürfe dies nicht der jeweiligen Einrichtungsleitung überlassen. Eine Präzisierung, wann von einem "konkreten Anlass" ausgegangen werden kann, enthielt die Allgemeinverfügung nicht. Wegen des hochwertigen Schutzguts der Gesundheit des menschlichen Lebens ist es zwar grundsätzlich denkbar, die Pflegeeinrichtung bei der Umsetzung einer Isolierung einzubeziehen. Dazu hätte es jedoch einer Präzisierung bedurft, unter welchen tatsächlichen Gegebenheiten eine Isolierung zu erfolgen hat.

III. Angemessenheit

Vergleichsweise selten scheiterten die Maßnahmen zu Beginn der Pandemie im Rahmen der Angemessenheitsprüfung. Nur wenige Gerichte stellten fest, dass die Eingriffsintensität der Maßnahmen außer Verhältnis zu dem mit ihnen verfolgten Zweck steht. Ein Überwiegen des Lebensschutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber den Freiheitsrechten wird oftmals nachvollziehbar mit dem besonders hohen Rang des Grundrechts begründet.¹⁸ Lediglich in Bereichen, wie dem der körpernahen Dienstleistungen, in denen für längere Zeit ein Totalverbot der Berufsausübung herrschte, kamen einige Gerichte während der niedrigen Infektionszahlen im Sommer zu dem Ergebnis, dass Eingriffszweck und Eingriffsintensität nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zueinander standen. Zunächst stellten die Gerichte ihren Entscheidungen jedoch stets voran, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für ein staatliches Handeln angesichts des aktuellen Infektionsgeschehens grundsätzlich immer noch erfüllt seien. Seitens der Infektionsschutzbehörden bestünde dennoch die Pflicht, die Schutzmaßnahmen fortlaufend zu überprüfen und zu hinterfragen, ob es angesichts neuer Erkenntnisse verantwortet werden kann, unter strengen Auflagen auf vollständige Schließungen zu verzichten. Der Eingriff in die Berufsfreiheit solcher Betriebe aus Art. 12 Abs. 1 GG wiege außerordentlich schwer, da die mit der Berufsausübung verbundene Möglichkeit, einem Erwerb nachzugehen und die Grundlage für einen Lebensunterhalt zu schaffen, durch die Vorschriften nicht nur beeinträchtigt, sondern vollständig beseitigt werde. Kontinuierlich vergrößert werde die ohnehin schon hohe Eingriffsintensität zudem dadurch, dass das Verbot der Berufsausübung seit März 2020

¹⁷ VG Minden, Beschl. v. 14.10.2020 - 7 L 729/20.

¹⁸ So bspw. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 23.04.2020 - 13 MN 109/20; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.04.2020 - OVG 11 S 25.20.

ununterbrochen fortgeführt wurde.¹⁹

Zum Zeitpunkt einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zum Beispiel war das Verbot seit knapp sieben Monaten in Kraft und sollte voraussichtlich für jedenfalls weitere knapp zwei Monate gelten. Einen Grundrechtseingriff von solchem Umfang befand das Gericht bei damaligem Stand der Infektionslage für nicht mehr gerechtfertigt.²⁰

Einige im Laufe der Pandemie neu hinzugetretene Aspekte erleichtern es den Maßnahmen jedoch, der Verhältnismäßigkeitsprüfung standzuhalten. So wurden beispielsweise viele der Eilanträge gegen erneute Betriebsschließungen im November mit dem Verweis auf die von der Bundesregierung beschlossenen Entschädigungsleistungen für voraussichtlich verhältnismäßig erklärt.²¹ Ob eine Entschädigungszahlung ohne Weiteres in der Lage ist, die Schließungen wieder in ein angemessenes Verhältnis zum angestrebten Zweck zu bringen, scheint fraglich. Um die Verhältnismäßigkeit andauernder Grundrechtseingriffe überzeugend darzulegen, muss es über staatliche Maßnahmen zur Umsatzkompensation hinaus immer auch weitere stichhaltige Argumente geben.

IV. Versammlungsverbote

Insbesondere zu Beginn der Pandemie konnten erfolgreiche Beanstandungen auch auf Probleme bei der Umsetzung der Verordnungen in der Verwaltungspraxis zurückgeführt werden. So kam es beispielsweise vor, dass eine hessische Versammlungsbehörde unter Verweis auf die geltende „Corona-Verordnung“²² ein Versammlungsverbot aussprach, das Bundesverfassungsgericht im Nachgang jedoch eine Verletzung von Art. 8 I GG feststellen musste, da die Verordnung – anders als von der Behörde angenommen – kein generelles Verbot von Versammlungen enthielt. Vielmehr wies das Gericht die Behörde auf das ihr durch § 15 Abs. 1 VersG eingeräumte Ermessen hin und machte deutlich, dass die Durchführung einer Versammlung – auch unter Geltung der „Corona-Verordnung“ – stets von Auflagen abhängig gemacht werden könne.²³

Auch das auf das Niedersächsische Versammlungsgesetz und die Niedersächsische Corona-Verordnung²⁴ gestützte umfassende Versammlungsverbot der Stadt Hildesheim

¹⁹ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 27.07.2020 - 13 MN 272/20; VGH Baden-Württemberg Beschl. v. 6.10.2020, 1 S 2871/20; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.08.2020, 13 MN 299/20 und 13 MN 307/20.

²⁰ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.10.2020, 1 S 2871/20.

²¹ VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.11.2020, 1 S 3388/20, 1 S 3386/20, 1 S 3390/20, 1 S 3382/20, 1 S 3430/20, 1 S 3448/20.

²² § 1 Abs. 1 der Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 in der Fassung der Verordnung vom 30. März 2020.

²³ BVerfG, Beschl. v. 15.04.2020, 1 BvR 828/20, NJW 2020, 1426.

²⁴ Niedersächsische Verordnung über die Beschränkung sozialer Kontakte zur Eindämmung der Corona-Pandemie vom 07. April 2020 (Corona-Verordnung).

wurde wegen einer Verletzung von Art. 8 I GG gerichtlich beanstandet. Das VG Hannover, als eines von vielen Gerichten,²⁵ verdeutlichte in seinem Urteil, dass sich aus einem generellen und ausnahmslosen Verbot von Versammlungen ein Grundrechtsverstoß ergebe.²⁶ Sogar das auf nur zwei Tage beschränkte Versammlungsverbot in NRW, welches für Silvester und Neujahr gelten sollte, wurde kurz vor dem Jahreswechsel noch vom Oberverwaltungsgericht NRW gekippt.²⁷ Das OVG Berlin-Brandenburg hielt die pauschalen Versammlungsverbote an Silvester und Neujahr nicht für rechtswidrig. Angesichts der besonders gesteigerten Gefahr infektiöser Kontakte, der Infektionslage mit einem Höchststand an Verstorbenen sowie der angespannten Situation auf den Intensivstationen sei das auf zwei Tage beschränkte Verbot nicht zu beanstanden.²⁸

V. Gleichheitsgrundsatz

Als im Sommer die Zahlen immer weiter sanken, durften viele Betriebe ihre Türen wieder öffnen, einigen wenigen Branchen blieb das Geschäft jedoch weiterhin versagt oder erheblich beschränkt. Einige betroffene Betreiber beriefen sich daher erfolgreich auf ihr Grundrecht aus Art. 3 I GG.

Das VG Bremen erklärte beispielsweise im August ein pauschales Verbot von Veranstaltungen in geschlossenen Räumen mit mehr als 250 Personen für rechtswidrig, nachdem eine Messeveranstalterin einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot rügte, da eine solche pauschale Beschränkung der Personenanzahl für den Einzelhandel zu dem Zeitpunkt nicht galt.²⁹

Auch der Verwaltungsgerichtshof Mannheim hatte eine gleichheitswidrige Untersagung der Außenbewirtschaftung von Bars und Kneipen festgestellt, da Speisewirtschaften eine Außenbewirtschaftung erlaubt sei.³⁰ Auch diese Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt.

VI. Schlussbemerkung

So viele Maßnahmen von den Gerichten auch beanstandet wurden, so wurde jedoch ebenfalls eine nicht unbeachtliche Anzahl von ihnen für rechtmäßig erklärt, eine große Menge an Eilanträgen und Beschwerden zurückgewiesen. Viele der Regelungen werden nun schon seit Monaten aufrecht erhalten – nicht zuletzt, weil sie die gewünschten Erfolge erzielen und auf lange Sicht ihre Effektivität unter Beweis gestellt haben. Dennoch ist auch die Kehrseite der Medaille nicht aus den Augen zu verlieren. Die Grundrechte funktionieren nie nur als Einbahnstraße, sondern fordern vielmehr überall dort, wo in der Pandemie dem

²⁵ VG Hamburg, Beschluss v. 16.04.2020, 17 E 1648/20.

²⁶ VG Hannover, Beschl. v. 16.04.2020 10 B 2232/20.

²⁷ OVG NRW, Beschl. v. 30.12.2020, 13 B 2017/20.NE.

²⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2020, OVG 1 S 177/20.

²⁹ VG Bremen, Beschl. v. 28.08.2020 - 5 V 1772/20.

³⁰ VGH Mannheim, Beschl. v. 27.05.2020 - 1 S 1528/20.

Schutz des Lebens und der körperliche Unversehrtheit zu Recht höchste Bedeutung zugeschrieben wird, den Verzicht auf viele Freiheitsrechte. Umso wichtiger ist es, dass lang bewährte Verfassungsgrundsätze gerade auch in Krisenzeiten Bestand haben, bereits im Vorfeld zu den Regelungen Beachtung finden und im Nachgang von den Gerichten gründlich zur Anwendung kommen. Angesichts der besonderen Situation mit ihrer unvergleichbaren Dringlichkeit mussten Entscheidungen schnell getroffen werden, was einige ihrer technischen Fehler durchaus verzeihlich macht. Die gerichtliche Korrektur der Coronamaßnahmen und ihrer Rechtsgrundlagen ist Teil eines Prozesses, in dem sich der demokratische Rechtsstaat und sein System der Gewaltenteilung abermals beweisen.

Besprechung der Entscheidung des AG Dortmund - 733 OWi - 127 Js 75/30-64/20 vom 02.11.2020 über landesrechtliche Kontaktbeschränkungen im Rahmen der Corona-Pandemie-Bekämpfung

Michelle Reiß

I. Einleitung

Die hier zu besprechende strafrechtliche Entscheidung beschäftigt sich im Kern mit verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Problemen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt geht es um zwei Personen, die im April 2020 gegen das Kontaktverbot der Corona-Verordnung NRW¹ verstoßen haben. Daraufhin erhielten sie Bußgeldbescheide. Die Betroffenen legten fristgerecht Einspruch gegen die Bescheide ein.

In der Entscheidung wird vorab klargestellt, dass das Urteil keine politische Kritik an den zur Bekämpfung der Pandemie getroffenen Maßnahmen üben will. Es gehe allein um eine rechtliche Bewertung. Im Ergebnis allerdings argumentiert das Gericht, die Betroffenen seien freizusprechen, da § 12 CoronaSchVO² gegen höherrangiges Recht, konkret gegen Bundesrecht, verstoße. Dies liege daran, dass diese Vorschrift nicht von §§ 28 Abs. 1 S. 1, 2, 32 IfSG gedeckt sei. Zudem stelle diese Normkette an sich schon keine geeignete Ermächtigungsgrundlage dar, da sie aufgrund des Parlamentsvorbehalts

¹ Corona-Schutz-Verordnung vom 22.03.2020, https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?sg=0&anw_nr=6&vd_id=18354.

² § 12 Ansammlungen, Aufenthalt im öffentlichen Raum

(1) Zusammenkünfte und Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als 2 Personen sind untersagt. Ausgenommen sind

1. Verwandte in gerader Linie,
 2. Ehegatten, Lebenspartnerinnen und Lebenspartner sowie in häuslicher Gemeinschaft lebende Personen,
 3. die Begleitung minderjähriger und unterstützungsbedürftiger Personen,
 4. zwingend notwendige Zusammenkünfte aus geschäftlichen, beruflichen und dienstlichen sowie aus prüfungs- und betreuungsrelevanten Gründen,
 5. bei der bestimmungsgemäßen Verwendung zulässiger Einrichtungen unvermeidliche Ansammlungen (insbesondere bei der Nutzung des Öffentlichen Personennahverkehrs).
- Zur Umsetzung des Verbots in Satz 1 können die nach § 3 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz zuständigen Behörden generelle Betretungsverbote für bestimmte öffentliche Orte aussprechen.

(2) Das Picknicken und Grillen auf öffentlichen Plätzen und Anlagen ist untersagt. Die nach § 3 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz zuständigen Behörden können zur Umsetzung des Verbots in Absatz 1 Satz 1 weitere Verhaltensweisen im öffentlichen Raum generell untersagen.

verfassungswidrig sei.

Die folgenden Ausführungen sollen deutlich machen, dass das Urteil trotz der argumentativ weitreichenden Begründung der Entscheidung werden die geltenden Regeln des Verwaltungs- und Verfassungsrechts nicht hinreichend beachtet.

II. Ausführungen und argumentative Herleitung des Gerichts

Das gerichtliche Ergebnis beruht argumentativ auf den nachfolgend dargestellten Überlegungen.

Zunächst steht die gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme des „Herunterfahrens“ des öffentlichen Lebens im Fokus. Diese bezweckt, die sozialen Kontakte der Menschen zu reduzieren, um eine unkontrollierte Infektionsketten innerhalb der Bevölkerung mit einem in seinen Auswirkungen auf die Gesundheit der Menschen noch unbekanntem Virus und eine damit zu befürchtende Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Das Kontaktverbot sei ein äußerst schwerwiegender Eingriff in grundrechtlich geschützte Interessen, namentlich die Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Religionsfreiheit, Versammlungsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit.³ Das Kontaktverbot betreffe zudem im Kern eine offene, freiheitliche und soziale Gesellschaft, die durch Interaktion ihrer Bürger in allen Lebensbereichen charakterisiert sei. Die Ausnahmen des § 12 Abs. 1 S. 2 CoronaSchVO und die Befristung gem. § 17 CoronaSchVO⁴ stünden außerdem der Schwere der Eingriffe nicht entgegen, sondern dienten deren Verhältnismäßigkeit.

Der Wortlaut des § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG⁵ beinhalte keine Ermächtigung zu einem flächendeckenden Kontaktverbot, das jede(n) Bürger(in) unabhängig von der Gefährdungssituation betrifft. Wäre dies der Fall, würde die Verordnungsermächtigung selbst verfassungswidrig sein. Der Wortlaut umfasse zum einen Maßnahmen, um bestimmte Personen, beispielsweise Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider

³ Im Einzelnen Wissenschaftliche Dienste-Deutscher Bundestag, Kontaktbeschränkungen zwecks Infektionsschutz: Grundrechte, WD 3-3000-079/20.

⁴ Ist in § 15 CoronaSchVO zu finden.

⁵ **§ 28 Schutzmaßnahmen**

(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 den §§ 29 bis 31 genannten, soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist. 2 Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen; sie kann auch Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte nicht zu betreten, bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.

festzustellen, und zum anderen Maßnahmen, die das Verlassen bestimmter Orte anordnen und den Zutritt zu bestimmten Orten beschränken. Folglich müsse eine Abgrenzung zwischen verschiedenen Orten möglich sein, während eine Regelung über das ganze Geltungsgebiet gerade nicht realisierbar sei. Außerdem passe der Begriff „Zusammenkunft“ in der Verordnung nicht zu dem gesetzlichen Wortlaut, der zwischen „Veranstaltungen“ oder sonstigen „Ansammlungen“ unterscheidet. Eine „Zusammenkunft“ wäre danach qualitativ von der „Ansammlung“ abzugrenzen. Auch die Streichung des vorherigen Wortlauts des § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG „eine größere Anzahl von Menschen“, welcher nur zum Zwecke der Normklarheit durch „Ansammlung“ ersetzt wurde und keine inhaltliche Änderung herbeiführen sollte,⁶ gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammensein von mindestens drei Personen ausreiche.

Außerdem seien die Grundsätze und Besonderheiten des Gefahrenabwehrrechts nicht beachtet worden. Das Infektionsschutzgesetz ist besonderes Gefahrenabwehrrecht und § 28 IfSG beinhaltet eine Generalklausel. Generalklauseln fordern i.d.R. eine konkrete Gefahrenlage. Vor dem Hintergrund der Legaldefinitionen des § 2 IfSG i.V.m. den Maßnahmen der §§ 28 bis 31 IfSG liege es jedoch nahe, das Vorliegen eines Gefahrenverdachts, also ein „Weniger“, für grundrechtsrelevante Eingriffe ausreichen zu lassen.⁷ Diese Annahme übergehe allerdings den geltenden Grundsatz der umgekehrten Proportionalität, wonach für die Annahme einer konkreten Gefahr geringere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen sind, je schwerer der erwartete Schaden ins Gewicht fällt. Eine Maßnahme, die vor diesem Hintergrund auf einer einzelfallbezogenen, situativen Wertung der Gefahr beruhe, liege hier gerade nicht vor.

Ein weiterer Grundsatz, der Eingriffe in Grundrechte auf der Grundlage von Generalklauseln limitiert, bleibt unbeachtet. Dabei handelt es sich um die vorrangige Inanspruchnahme des sog. Störers. Damit sind die Personen gemeint, die im Ursächlichkeits- bzw. Verantwortungszusammenhang zu der abzuwehrenden Gefahr stehen, wie sie in den Spezialermächtigungen der §§ 29 bis 31 IfSG benannt sind.⁸ Der Rückgriff auf weitere Personen ist regelmäßig nur bei weiteren qualifizierenden Voraussetzungen möglich.⁹ Indem keine Differenzierung erfolge, sondern ein pauschales Kontaktverbot ergehe, finde keine ermessensfehlerfreie Auswahl der Adressaten statt.

Es sei auch keine verfassungskonforme Auslegung möglich. Diese stehe der Konzeption

⁶ Siehe BT-Drs. 19/18111, S. 24.

⁷ AG Dortmund, Urt. v. 02.11.2020, 733 OWi - 127 Js 75/20 - 64/20, Rn. 44 mit Verweis auf BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16/11 – juris, Rn. 25.

⁸ Das Gefahrenabwehrrecht unterscheidet grds. zwischen Zustands-, Verhaltens- und Nichtstörern. Ein Zustandsstörer hat die tatsächliche Gewalt über eine Sache oder Tier, von dem die Gefahr ausgeht und ein Verhaltensstörer verursacht durch sein Verhalten die Gefahr selbst. Der Nichtstörer hat i.d.R. nichts mit der Gefahrensituation zu tun, er wird aber verpflichtet, um die Situation zu beenden.

⁹ Lisken/Denninger, Handbuch Polizeirecht, 6 A., Kap. D, Rn. 71 ff.

des Grundgesetzes entgegen, die von der Freiheit des Einzelnen und seiner sozialen Eingebundenheit zur Verwirklichung dieser Freiheit ausgeht.

Die Bejahung des Vorliegens einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage in Form des § 28 IfSG¹⁰ für die flächendeckende Betriebsuntersagung im Bereich des Einzelhandels durch das OVG Münster¹¹ wird als nicht vereinbar mit der Gesetzesbegründung bewertet; auch wenn de facto der Wortlaut der Norm¹² materiell verändert wurde, ist eine materielle Änderung des Inhalts nicht gewollt gewesen.¹³ Zumindest kann dem nicht entnommen werden, dass § 28 IfSG a.F. als Generalklausel zu flächendeckenden, tief in die Grundrechte der Bürger eingreifenden und von der Kausalität oder der Verantwortung für die zu bekämpfende Gefahr völlig unabhängigen Maßnahmen ermächtige. Die Entscheidung widerspreche dem allgemein anerkannten Grundsatz des Gefahrenabwehrrechts, dass die Maßnahmen auf der Grundlage einer Generalklausel weniger einschneidend sein dürfen als solche, die auf einer spezialgesetzlichen Grundlage beruhen.¹⁴ Die Maßnahme diene auch nicht zur Schließung einer Regelungslücke wegen unvorhersehbarer Entwicklungen.¹⁵ Eine solche habe nicht bestanden, der Gesetzgeber habe mit der Änderung des Wortlauts keine materielle Änderung gewollt.

Weiter werden Zweifel an dem zuständigen Urheber der konkreten Maßnahme im Rahmen der CoronaSchVO i.d.F. v. 22.03.2020 geäußert. Durch den tiefgreifenden Grundrechtseingriff müsse die Entscheidung dem parlamentarischen Gesetzgeber zustehen und nicht der Exekutive. Dies ergibt sich aus der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes, wonach die Parlamente zur Gesetzgebung befugt sind und dies gem. Art. 80 GG per Gesetz an die Exekutive delegieren können. Nach der Wesentlichkeitstheorie muss der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.¹⁶ Gerade der schwerwiegende

¹⁰ In der Fassung v. 28.03.2020.

¹¹ OVG Münster, Beschl. v. 06.04.2020 -13 B 398/20.NE.

¹² **§ 28 Schutzmaßnahmen**

(1)[...]; 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 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.

¹³ BT-Drs. 19/18111, S. 24.

¹⁴ Wolf-Rüdiger Schenke, POR, 10. A., Rn. 50.

¹⁵ OVG Münster, Beschl. v. 06.04.2020 – 13 B 398/20.NE – juris, Rn. 59, 60 m.w.N.

¹⁶ BVerfGE 49, 89 Rn. 77 m.w.N.

Grundrechtseingriff und der Wert der zu schützenden Rechtsgüter mache es notwendig, dass der Gesetzgeber selbst tätig werde und nicht der Ordnungsgeber aufgrund einer offenen Generalklausel entscheide. Auch die wirtschaftliche Belastung spreche für eine wesentliche Entscheidung. Daran würden auch die Ausnahmen und die Befristung nichts ändern.

Eine Vorlage an das BVerfG oder den VGH NRW sei nicht nötig, denn die Vorlagepflicht beschränke sich auf formelle Gesetze, eine Rechtsverordnung sei ein materielles Gesetz.¹⁷ Der Richter hat grundsätzlich selbst über die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu entscheiden. Davon ist nur abzuweichen, wenn das ermächtigende Gesetz verfassungsrechtlich bedenklich ist und dies auf die unmittelbar entscheidungsrelevante Rechtsgrundlage durchschlägt.¹⁸ Vorliegend ist aber die gesetzliche Grundlage prinzipiell verfassungsgemäß und auch eine dahingehende Auslegung möglich, sofern die gefahrenabwehrrechtlichen Grundsätze eingehalten werden.

III. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidungsgründe des Gerichts überzeugen nicht durchgehend, vielmehr werden einzelne Ansatzpunkte genannt, aber nur aus einer Perspektive beleuchtet.

Hinsichtlich der vielseitigen und schwerwiegenden Grundrechtseingriffe hat das BVerfG immer zugunsten der Vermeidung von (unter Umständen lebensgefährdenden) Erkrankungen einer Vielzahl von Personen oder des Schutzes einer in seiner Funktion gefährdenden Überlastung des Gesundheitssystems abgewogen.¹⁹ Die Prämisse des Gerichts folgt aus den rechtlichen Überlegungen, dass die Maßnahmen zwar weitgehend in die grundrechtlichen Freiheiten des Einzelnen Bürgers eingreifen, aber den Staat auf der anderen Seite auch eine Schutzpflicht aus Art. 2 II GG trifft, um einen möglichst weitgehenden Gesundheits- und Lebensschutz zu gewährleisten. Die Entscheidungen des Eilrechtsschutzes beruhen auf der grundsätzlichen Annahme, dass bei einer Stattgabe des Begehrens und einer späteren Überprüfung und einem Scheitern der Verfassungsbeschwerde schwerwiegende gesundheitliche Folgen bereits eingetreten seien, für die der Staat auch einzutreten hat.²⁰ Entgegen der Argumentation der gerichtlichen Entscheidung ist somit eine verfassungskonforme Auslegung möglich.

Entgegen der gerichtlichen Begründung sind die Ausnahmen und Befristungen positiv so zu berücksichtigen, um wandelbar auf solche Lagen zu reagieren und sind somit von

¹⁷ Ralf Müller-Terpitz, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 58. EL 2020, § 80 Rn. 80, 124 ff.

¹⁸ BVerfGE 75, 166 Rn. 33.

¹⁹ BVerfG Beschl. v. 29.4.2020 – 1BVQ 47/20; Rn. 14; Beschl. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20 Rn. N10; BVerfGE 77, 170 (214) u.a.; BVerfGE 85, 191, 212; BVerfG, Beschl. v. 31.05.2020 – 1 BvQ 63/20, NVwZ-RR 2020, 761 Rn. 7; BVerfG, Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20 Rn. 13 ff.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 07.04.2020 – 1 BvR 755/20.

besonderer rechtlicher Bedeutung.²¹ Da es sich bei der Ausbreitung von SARS-CoV-2 um eine neuartige und höchst ansteckende Erkrankung handelt und zu Beginn des Jahres 2020 eine schnelle Reaktion zur Eindämmung gefordert war, war eine solche Abwägung geboten.

Die Auslegung der Begrifflichkeiten und der Generalklausel im Rahmen des Urteils beschränkt sich meist auf den Wortlaut, wobei nach dem Auslegungskanon die teleologische Auslegung den „wahren Inhalt“ einer Vorschrift zu Tage fördert. Eine Auslegung nur mithilfe der allgemeinen Grundsätze des Gefahrenabwehrrechts anstelle einer erweiterten Auslegung unter Heranziehung des Gesetzeszwecks entspricht nicht der verwaltungsrechtlichen Praxis.²² Zwar ist eine Auslegung über die Systematisierung als Gefahrenabwehrrecht möglich, diese sollte aber verschränkt werden mit systematischen und teleologischen Argumenten. § 1 Abs. 1 IfSG bestimmt den Zweck der Maßnahmen auf eine Reduzierung der Ansteckungszahlen, die frühzeitige Erkennung und die Minimierung der Weiterverbreitung. Auch die spezifische Bedeutung des „Nichtstörers“ im Infektionsschutzrecht wird missachtet, der in solchen Situationen herangezogen werden kann, um Gefahren für die Allgemeinheit abzuwenden.²³

Das Gericht übersieht bei seiner Auslegung und Bewertung der Generalklausel die Neuregelung des Ausgangs- und Betretungsverbots durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020.²⁴ Mit der Änderung des Wortlauts des § 28 IfSG sollte nicht nur eine bloß redaktionelle Änderung vorgenommen werden, sondern durch die Streichung des Passus „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“ findet auch eine inhaltliche Anpassung statt. Die Änderung des Wortlauts wäre ein Argument für eine andere Auslegung der vorherigen gesetzlichen Regelung gewesen.

Auf die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie und die Nutzung der Generalklausel als generelle Rechtsgrundlage weist die gerichtliche Entscheidung zu Recht hin. Aber auch in diesem Kontext lässt das Gericht die spezifische Situation außer Betracht. Entgegen der Auffassung der gerichtlichen Entscheidung war es zu Beginn der Pandemie noch möglich, die Generalklausel verfassungskonform auszulegen und zur Schließung der Regelungslücke heranzuziehen. Außerdem sind auch noch weitere rechtliche Lösungen in Form von Rechtsverordnungen möglich, das Gesetz wird nicht „gesperrt“ für weitere Regelungen, genauso wie die Lückenschließung durch Auslegung noch möglich ist, bis der Gesetzgeber zu einer neuen gesetzlichen Regelung kommt.²⁵

²¹ Bspw. bei BVerfG, Beschl. v. 09.04.2020 – 1 BvR 802/20, Rn. 15.

²² Jens Kersten, COVuR 2020, 896, 901.

²³ OVG Münster, BeckRS 2020, 16700 Rn. 17 f.; Rixen, NJW 2020, 1097, 1099, 1101.

²⁴ BGBl. I S. 587; Rixen NJW 2020, 1097, 1099.

²⁵ Nach ca. einem halben Jahr seit Beginn der Pandemie trifft der Bundestag eine neue gesetzliche Grundlage in § 28 a IfSG, Gesetz v. 18.11.2020, BGBl. I 2397; vgl. auch Jens Kersten, COVuR 2020, 896, 901.

Insgesamt überzeugen die verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Argumente des Gerichts nicht. Gerade der Situationsbezug, den das Gefahrenabwehrrecht mit sich bringt, wird hier weitgehend außer Acht gelassen. Trotz allem ist eine kritische, rechtliche Auseinandersetzung mit den politisch getroffenen Maßnahmen zu begrüßen, sofern sie den rechtlichen Standards genügt.

Zulässigkeit und Beispiele von Grenzübertrittsbeschränkungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie¹

Magdalena Jaś-Nowopolska/Simone Gerner

I. Einleitung

„Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“ – so regelt es Art. 21 Abs. 1 AEUV, der durch die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates² konkretisiert wurde. Zudem regelt der Schengener Grenzkodex³ den grundsätzlichen Verzicht auf Grenzkontrollen in Bezug auf Personen, die die Binnengrenzen der Europäischen Union überschreiten.

SARS-CoV-2 hat seit Beginn der Pandemie⁴ einen erheblichen Einfluss auf verschiedene Bereiche des Lebens. So wurden durch die Mitgliedstaaten verschiedene Maßnahmen zur Eindämmung des Virus ergriffen, welche zahlreiche Auswirkungen auf das Recht der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten hatten. Beispielhaft zu nennen sind Einreisebeschränkungen sowie Quarantäneauflagen oder Testpflichten für grenzüberschreitende Reisen. Dieser Beitrag soll einen Überblick über die Zulässigkeit von Grenzübertrittsbeschränkungen aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie aus der Sicht der Europäischen Verträge geben. Dies wird an Beispielen des im Frühjahr am stärksten betroffenen Mitgliedstaats Italien veranschaulicht.

II. EU-Grundfreiheiten und Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen

Wegen des SARS-CoV-2 wurden die Europäischen Grundfreiheiten, vor allem die unionsrechtlichen Freiheiten von Personen – konkret die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die

¹ Stand: 16.12.2020.

² Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (bezeichnet als: Richtlinie 2004/38/EG).

³ Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, (bezeichnet als: Schengener-Grenzkodex).

⁴ Die WHO hat SARS-CoV-2 am 12.3.2020 offiziell zu einer Pandemie erklärt.

Niederlassungsfreiheit und auch die Dienstleistungsfreiheit – maßgeblich beeinträchtigt. Damit eine Beschränkung von Grundfreiheiten zulässig ist, muss sie mehrere Voraussetzungen erfüllen.⁵ Generell ist sowohl für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit geregelt, dass innerstaatliche Vorschriften einschränkende Regelungen für Ausländerinnen und Ausländer treffen können, soweit dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist.⁶ So verhält es sich auch bei den Beschränkungen aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit wegen SARS-CoV-2. Die Einschränkungen der Grundfreiheiten (insbes. der Arbeitnehmerfreizügigkeit) können demnach grundsätzlich aus den oben genannten Gründen gerechtfertigt sein, müssen aber verhältnismäßig sein sowie auf objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien beruhen.

Die Europäische Kommission hat im Zuge der Pandemie einen Versuch unternommen, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu koordinieren, indem sie am 30. März 2020 eine „Leitlinie zur Ausübung der Freizügigkeit der Arbeitskräfte während des SARS-CoV-2-Ausbruchs“⁷ herausgegeben hat. Diese Mitteilung beschäftigt sich mit der Situation von bestimmten Arbeitnehmergruppen: Grenzgängerinnen und Grenzgänger, entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,⁸ Saisonarbeitskräfte⁹ aber auch Arbeitskräfte, die systemrelevante Funktionen¹⁰ wahrnehmen. Anders als der Titel der Leitlinie vermuten lässt, beziehen sich die Leitlinien jedoch ausschließlich auf die genannten Gruppen. Zwar tragen Nummern 7 und 8 die Überschrift „sonstige Arbeitskräfte“, jedoch beziehen sich auch diese Punkte inhaltlich nur auf Grenzgängerinnen und Grenzgänger und entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Leitlinie bezieht sich somit nicht auf das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Allgemeinen, sondern koordiniert die Situation besonders intensiv betroffener Personengruppen.

In diesem Zusammenhang betonten auch schon die „Leitlinien für

⁵ „Die Maßnahme muss in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden (str.). Es müssen zwingende Gründe des Allgemeinwohls für die Maßnahme vorliegen, was immer dann zu bejahen ist, wenn die Maßnahme unionsrechtlich anerkannten Belangen zu dienen bestimmt ist. Die Maßnahme muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten. Die Maßnahme darf nicht über das hinausgehen, was zur Zweckerreichung erforderlich ist.“, Hobe/Fremuth, Europarecht, 10. Auflage 2020, S. 260.

⁶ Vgl. 45 III, Art. 52 I, Art. 62 AEUV sowie Art. 27 I der Richtlinie 2004/38/EG.

⁷ Mitteilung der Kommission, ABl. C 102I vom 30.0.2020, S. 12-14.

⁸ Arbeitnehmer, die von ihrem Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um dort im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen tätig zu werden.

⁹ Vgl. auch Leitlinien für Saisonarbeitnehmer in der EU im Zusammenhang mit dem SARS-CoV-2-Ausbruch vom 16.7.2020, 2020/C 235 I/01.

¹⁰ Vgl. Sven Eisenmenger: Systemrelevante Berufe in epidemischen Lagen – Versuch einer Kriterienbildung, GSZ 2020, 200.

Grenzmanagementmaßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Waren und wesentlichen Dienstleistungen¹¹ vom 16.03.2020, dass die Mitgliedstaaten grenzpendelnden Personen den Grenzübertritt gestatten und erleichtern sollten, insbesondere diejenigen, die im Gesundheits- und Lebensmittelsektor sowie anderen wesentlichen Dienstleistungsbereichen und im Bereich eng getakteter Lieferketten tätig sind, damit sie ihrer beruflichen Tätigkeit weiter nachgehen können.

III. Wiedereinführung von Grenzkontrollen

Die allgemeinen Rahmenbedingungen für eine Wiedereinführung von Personenkontrollen im Schengen-Raum finden sich im Schengener-Grenzkodex in Art. 25 ff. Es gibt dabei zwei Möglichkeiten: Entweder entscheidet sich ein Land für eine Wiedereinführung von Kontrollen an seinen Landesgrenzen (Art. 25 ff.) oder der Rat der Europäischen Union empfiehlt auf Vorschlag der Europäischen Kommission die Wiedereinführung von Kontrollen an allen oder bestimmten Grenzen innerhalb des gesamten Schengen-Raums (Art. 29 Abs. 2).

Die Mitgliedstaaten, die die Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen planen, müssen dies gem. Art. 27 Abs. 1 des Schengener Grenzkodex den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mitteilen. Selbst wenn ein Mitgliedstaat vorübergehende Beschränkungen einführt, muss er jedoch seine eigenen Staatsangehörigen und Einwohnerinnen und Einwohner stets einreisen lassen und Angehörigen anderer EU-Länder, die in ihren Heimatstaat zurückkehren möchten, die Durchreise ermöglichen.¹² Die Befreiung soll auch für folgende Personen gelten: Familienangehörige dieser Staatsangehörigen im Sinne der Richtlinie 2004/38/EG sowie Drittstaatsangehörige, die gemäß der Richtlinie 2003/109/EG¹³ langfristig aufenthaltsberechtigt sind oder über ein nationales Visum für den längerfristigen Aufenthalt verfügen.

Zuletzt wurden in der „Empfehlung des Rates vom 13. Oktober 2020 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie“¹⁴ allgemeine Grundsätze und gemeinsame Kriterien, einschließlich gemeinsamer Schwellenwerte, für die Prüfung von Beschränkungen der Freizügigkeit definiert. Es wurde ferner ein gemeinsamer Rahmen für mögliche Maßnahmen für Reisende aus Gebieten mit erhöhtem Risiko festgelegt. Nach diesen Vorschriften sollten die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit von Personen, die in „grün“ eingestufte Gebiete eines anderen Mitgliedstaats reisen oder aus solchen Gebieten einreisen, nicht beschränken. Ein Gebiet ist „grün“

¹¹ ABl. C 86 I vom 16.3.2020, S. 1, (bezeichnet als: Leitlinie 2020/C 86 I/01).

¹² Vgl. Beginn der Leitlinie 2020/C 86 I/01.

¹³ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23.1.2004, S. 44.

¹⁴ Empfehlung (EU) 2020/1475 des Rates vom 13. Oktober 2020 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie (bezeichnet als: Empfehlung 2020/1475), ABl. L 337 vom 14.10.2020, S. 3.

eingestuft, „wenn die kumulative 14-Tage-Melderate für COVID-19-Fälle bei unter 25 und die Testpositivitätsrate der COVID-19-Tests bei unter 4 % liegt“¹⁵.

Bei der Analyse der aktuellen Situation in Europa (auf Grundlage der Informationen der Webseite des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten)¹⁶ ist zu beachten, dass fast alle Länder in Europa Mitte Dezember 2020 „rot“ eingestuft wurden. Die „Rote Farbe“ wird Gebieten zugewiesen, „wenn die kumulative 14-Tage-Melderate für COVID-19-Fälle bei 50 oder mehr und die Testpositivitätsrate der COVID-19-Tests bei 4 % oder mehr liegt oder wenn die kumulative 14-Tage-Melderate für COVID-19-Fälle bei über 150 pro 100 000 Einwohner liegt“.¹⁷

Trotz dieser Situation in Europa sollen die Mitgliedstaaten gemäß der „Empfehlung des Rates vom 30. Oktober 2020 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie im Schengen-Raum“¹⁸ die Grundsätze, gemeinsamen Kriterien und den gemeinsamen Rahmen für Maßnahmen, die in der Empfehlung 2020/1475 vom 13. Oktober 2020 festgelegt wurden, anwenden und dabei gewährleisten, dass Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen im Schengen-Raum kontrolliert werden. Sowohl Empfehlung 2020/1475 als auch Empfehlung 2020/1632 geben vor, dass die Mitgliedsstaaten im Prinzip die Einreise aus anderen Mitgliedsstaaten nicht verweigern sollen.

Unter gewissen Voraussetzungen können sie die Freizügigkeit aber aufgrund nationaler Entscheidungsprozesse beschränken. Beispielsweise können Mitgliedsstaaten von Personen, die aus einem nicht als „grün“ eingestuften Gebiet einreisen, verlangen, dass sie sich in Quarantäne bzw. Selbstisolierung begeben und/oder sich nach der Ankunft einem COVID-19-Test unterziehen.¹⁹ Die Mitgliedstaaten tragen gem. Art. 168 Abs. 7 AEUV die Verantwortung für die Festlegung der einzelstaatlichen Gesundheitspolitik,²⁰ weshalb auch in Zukunft nationale Maßnahmen zur Eindämmung des Virus der Regelfall sein werden. Jedoch ist im Ergebnis positiv festzustellen, dass durch die Empfehlungen 2020/1475 und 2020/1632 eine bessere Koordinierung der nationalen Maßnahmen aufgrund gleicher Kriterien und Daten ermöglicht wurde.

Im Folgenden wird anhand der Einreisebeschränkungen Italiens im Zeitraum des

¹⁵ Nummer 10 a der Empfehlung 2020/1475.

¹⁶ <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>, zuletzt abgerufen am 15.12.2020.

¹⁷ Nummer 10 c von der Empfehlung 2020/1475.

¹⁸ Empfehlung (EU) 2020/1632 des Rates vom 30. Oktober 2020 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie im Schengen-Raum, (bezeichnet als Empfehlung 2020/1632), ABl. L 366 vom 30.10.2020, S. 25.

¹⁹ Nummer 17 der Empfehlung 2020/1475.

²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 9 der Empfehlung 2020/1475.

unkontrollierten Anstiegs im März 2020²¹ ein Beispiel einzelstaatlicher Gesundheitspolitik vorgestellt sowie mit den aktuellen Maßnahmen Italiens verglichen.

IV. Einreisebeschränkungen am Beispiel Italiens

Zunächst ist festzustellen, dass die italienische Regierung bereits zu Beginn der Pandemie eine strikte Strategie des "Lockdowns" verfolgt hat, indem am 23. Februar²² zunächst 11 Kommunen in der Lombardei und Venetien und ab dem 8. März²³ weite Teile Norditaliens zur sogenannten roten Zone erklärt wurden. Art. 1 Nr. 1 lit. a des Dekrets des Ministerpräsidenten²⁴ vom 8. März ließ die Einreise in und die Ausreise aus den betroffenen Kommunen sowie die **Mobilität** innerhalb derselben **nur aus bestimmten Gründen** zu: nachgewiesene Arbeitsmotive, zwingende Bedarfsfälle und medizinische Gründe sowie die Rückkehr an den Wohnort und Wohnsitz. Die Einhaltung dieser Kriterien sollte durch eine "autodichiarazione" nachgewiesen werden, eine Selbstauskunft²⁵ über die Gründe der eigenen Mobilität, die von der Polizei kontrolliert wurde.

Mit Wirkung zum 10. März wurde das Dekret vom 8. März auf das gesamte Staatsgebiet ausgeweitet und ein landesweiter Lockdown, zunächst bis zum 3. April, verhängt.²⁶ Italien war damit das erste europäische Land, welches einen nationalen Lockdown verhängte, der später zum Vorbild für andere Länder werden sollte.

Mit der Ausweitung des Dekrets galt nun auch das Erfordernis zwingender Gründe für die Mobilität im gesamten Staatsgebiet. Von Bedeutung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wird wohl nur der erste Grund der "nachgewiesenen Arbeitsmotive" sein. Eine Einreise nach Italien war nur noch für Personen möglich, die ihre Arbeitsmotive auf eine Arbeitsbescheinigung stützen konnten. Eine Einreise mit dem Motiv der persönlichen Arbeitssuche, wie sie beispielsweise von der

²¹ „Corona-Pandemie Italien: Fast 1000 Tote an einem Tag“, 27.03.2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-italien-1000-tote-100.html>, zuletzt abgerufen am 13.12.2020.

²² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 23 febbraio: Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (20A01228).

²³ DPCM 8 marzo: Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (20A01522).

²⁴ Die Dekrete des Ministerpräsidenten gehen jeweils auf eine Ermächtigung in Art. 3 des decreto-legge 6/2020 vom 23. Februar 2020 zurück.

²⁵ Selbstauskunft vom 9. März 2020 http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_4186_0_file.pdf, zuletzt abgerufen am 13.12.2020.

²⁶ DPCM 9 marzo 2020: Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale (20A01558).

Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 Abs. 3 lit. a, b AEUV gewährleistet wird, war mithin nicht mehr möglich. Es bleibt jedoch positiv festzuhalten, dass die Einreise europäischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsmotive nachweisen konnten, möglich blieb. Insofern wurde die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur in dem Maße eingeschränkt, in dem es aufgrund der akuten, unkontrollierten Pandemiegefahren nötig war. Nur durch das Erfordernis der Vorlage einer Arbeitsbescheinigung konnte verhindert werden, dass Einreisen aus sonstigen Gründen unter Vorgabe eines Arbeitsmotivs stattfanden. Im Ergebnis hat in der gesetzgeberischen Entscheidung also eine angemessene Abwägung zwischen dem Infektionsrisiko durch Mobilität und der Arbeitnehmerfreizügigkeit stattgefunden, so dass die Entscheidung verhältnismäßig und nicht zu beanstanden ist.

Im weiteren Verlauf der Pandemie wurde am 28. März mit der Verordnung des Gesundheitsministers unter Mitwirkung des Infrastruktur- und Transportministers²⁷ eine umfassende pauschale **14-tägige Quarantänepflicht** für alle Einreisenden eingeführt. Art. 1 Nr. 1 der Verordnung verpflichtete Passagiere des Luft-, See- und Bahnverkehrs zur Angabe der Informationen über die Gründe der Mobilität, die Kontaktdaten sowie den Ort der späteren verpflichtenden Quarantäne. Art. 1 Nr. 5 verpflichtete Personen, die mit privaten Transportmitteln einreisen, die lokalen Gesundheitsämter über die Einreise in Kenntnis zu setzen sowie sich in Quarantäne zu begeben. Von diesen Regelungen ausgenommen waren grenzpendelnde Personen sowie Gesundheitspersonal und Beschäftigte in Transportunternehmen.

Die pauschale Quarantänepflicht für alle Einreisenden nach Italien bedeutete zwar eine erhebliche Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Jedoch verdient in diesem Zusammenhang eine Ausnahmeregelung für Personen besondere Aufmerksamkeit, die wegen besonders dringenden Arbeitsmotiven einreisen. Für diese Personen bestand die Möglichkeit, den Beginn der Quarantäne für bis zu 72 Stunden nach hinten zu verschieben unter der Voraussetzung, dass dies absolut notwendig ist.²⁸ In Anbetracht der Tatsache, dass zum Zeitpunkt dieses Dekrets die Todeszahlen einen Wert von fast 1000 Personen pro Tag erreicht hatten, die Infektionsketten nicht mehr zurück verfolgt werden können, die Krankenhäuser überlastet waren und die Situation insgesamt außer Kontrolle geraten war, erscheint die Quarantänepflicht für Einreisende noch angemessen, zumal besonders dringende Arbeitstermine wahrgenommen werden konnten.

Im Ergebnis zeigt sich, dass Italien in einem Zeitraum, in dem allgemeine europäische Leitlinien zur Koordination der (Arbeitnehmer-) Freizügigkeit erst etabliert werden mussten und in dem sich das Land in einer herausfordernden Situation befand, bei seinen Entscheidungen die europäische Freizügigkeit hinreichend berücksichtigt und einen

²⁷ Ordinanza del Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, 28. März 2020.

²⁸ Angaben des italienischen Konsulats in Basel, https://consbasilea.esteri.it/consolato_basilea/it/la_comunicazione/dal_consolato/2020/04/dpcm-22-marzo-2020-chiarimenti.html, zuletzt abgerufen am 13.12.2020.

angemessenen Ausgleich mit dem Gesundheitsschutz herbeigeführt hat.

Betrachtet man vergleichsweise die aktuellen Einreisebestimmungen Italiens durch das Dekret des Ministerpräsidenten vom 3. Dezember,²⁹ ist als zusätzliche Bestimmung die **Vorlage eines negativen Corona-Tests**³⁰ hinzugekommen. Für Einreisen bis zum 10. Dezember aus allen Ländern der EU (Schengen und Schengen assoziierte Länder) ist die Vorlage einer Einreiseerklärung³¹ (Art. 7 Nr. 1) sowie eines negativen PCR- oder Antigen-Tests (Art. 7 Nr. 2 i.v.m. Art. 8) erforderlich, der nicht älter als 48 Stunden sein darf. Bei Nichtvorliegen eines negativen Tests ist eine Selbstisolation von 14 Tagen einzuhalten³². Die Einreise muss gem. Art. 7 Nr. 3 dem zuständigen italienischen Gesundheitsamt am Aufenthaltsort in Italien angezeigt werden. Jedoch finden sich in Art. 8 Nr. 8 zahlreiche Ausnahmen zur Testpflicht³³, darunter in lit. g für einen Transit von bis zu 36 Stunden, in lit. h für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die aus nachweisbaren Arbeitsmotiven nach Italien einreisen, sowie in lit. l für grenzpendelnde Personen.

In dem Zeitraum vom 21. Dezember bis zum 6. Januar 2021 gelten jedoch noch strengere Regeln: Gem. Art. 8 Nr. 6 lit. b gilt für alle Personen, die nicht aus besonderen Gründen i.S.d. Art. 6 Nr. 1 einreisen (nachgewiesene Arbeitsmotive, zwingende Bedarfsfälle und medizinische Gründe sowie die Rückkehr an den Wohnort und Wohnsitz, aber auch Personen i.S.d. Art. 2 und 3 der RL 2004/38/EG) eine **pauschale Quarantänepflicht von 14 Tagen** (Art. 8 Nr. 1 lit. b). Es ist in diesen Fällen somit nicht mehr möglich, sich mit einem negativen PCR- oder Antigen-Test "freizutesten". Während dieses Zeitraums sind zudem alle Reisen in andere Regionen Italiens als die des aktuellen Aufenthaltes verboten.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass auch die neuen Einreisebeschränkungen Italiens zwar im Grundsatz streng sind (Vorlage eines negativen Corona-Tests bis zum 10.

²⁹ DPCM 3 dicembre 2020: Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante: «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemologica da COVID-19» e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante: «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemologica da COVID-19», nonché del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, recante: «Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19» (20A06767).

³⁰ Dies steht insbesondere im Einklang mit Nummer 17 der Empfehlung 2020/1475 des Rates vom 13. Oktober 2020.

³¹ https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2020/12/selbsterklärung_einreise_italien_4_12_20.pdf Stand 9.12.2020, zuletzt abgerufen am 16.12.2020.

³² Vgl. auch Deutsche Botschaft in Rom, <https://italien.diplo.de/it-de/vertretungen/botschaft/-/2309840>, zuletzt abgerufen am 16.12.2020.

³³ Vgl. die englische Auflistung des italienischen Gesundheitsministeriums <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5412&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto&tab=7> Stand 16.12.2020., zuletzt abgerufen am 16.12.2020.

Dezember und vom 21. Dezember bis 6. Januar 2021 eine pauschale Quarantänepflicht von 14 Tagen), jedoch zahlreiche Ausnahmen vorsehen, die der Bedeutung insbesondere der europäischen Arbeitnehmerfreizügigkeit Rechnung tragen und auch mit der Empfehlung 2020/1475 vom 13. Oktober in Einklang stehen.

V. Zusammenfassung

Die SARS-CoV-2-Pandemie hat die Freizügigkeit europäischer Staatsbürgerinnen und Staatsbürger maßgeblich beeinflusst und wird dies auch noch in naher Zukunft tun. Beeinträchtigungen der (Arbeitnehmer-) Freizügigkeit gehen dabei im Schwerpunkt von nationalen Einreisebeschränkungen sowie Test- oder Quarantänepflichten aus. Zwar wurde durch die Leitlinien des Rates im Oktober ein Rahmen für den Erlass von Reisebeschränkungen auf europäischer Ebene erlassen, jedoch bleibt die konkrete Entscheidung am Ende in den Händen der Mitgliedstaaten. Am Beispiel von Italien hat sich jedoch gezeigt, dass durch Ausnahmeregelungen für europäische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und grenzpendelnde Personen einzelfallgerechte Ergebnisse erzielt werden können, die der Arbeitnehmerfreizügigkeit Rechnung tragen.

SARS-CoV-2 und Internationales Recht

Vera Strobel

SARS-CoV-2 ist als Pandemie globalen Ausmaßes – mit zum jetzigen Zeitpunkt Anfang Januar 2021 weltweit über 85 Millionen Fällen, über 1,8 Millionen Verstorbenen und einem noch viel höheren Dunkelfeld – nicht nur eine innerstaatliche Herausforderung für Deutschland, sondern betrifft gleichermaßen ebenso eine Vielzahl an weiteren Staaten,¹ das internationale Recht und den Kompetenzbereich internationaler Organisationen. Es stellen sich demnach nicht nur innerstaatliche Herausforderungen für die nationale Rechtsordnung, sondern ebenso für das Völkerrecht. Neben Auszügen aus dem Recht der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und dem internationalen Gesundheitsrecht (I.) sowie dem Recht der Staatenverantwortlichkeit (II.) werden Implikationen für die Menschenrechte (III.) sowie für die humanitäre Hilfe (IV.) überblicksartig beleuchtet und schließlich ein Fazit gezogen (V.).

I. SARS-CoV-2, die WHO und das internationale Gesundheitsrecht

Mit dieser globalen Herausforderung sind besonders die internationalen Organisationen gefordert, gemeinsam Lösungsansätze zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie im Rahmen internationaler Kooperation zu entwickeln. Besonders die WHO ist eine der wichtigsten internationalen Institutionen im Bereich der globalen Gesundheitsgewährleistung mit entscheidenden Überwachungs- und Koordinierungsaufgaben. Die WHO verabschiedete 2005 die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV),² die auch Regularien zum Umgang mit Pandemien festlegen. Diese werden jedoch in Bezug auf SARS-CoV-2 teilweise als zu ineffektiv bewertet, um die staatlichen Maßnahmen zu gestalten.³ Denn die IGV sind zwar bindend für alle WHO Mitglieder,⁴ die WHO verfügt jedoch über keine Durchsetzungsmechanismen, um die Einhaltung der Pflichten sicherzustellen.⁵

Der Generaldirektor der WHO erklärte am 30. Januar 2020 den Ausbruch von COVID-19 als gesundheitliche Notlage internationaler Tragweite (*public health emergency of*

¹ WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard, <https://covid19.who.int> (Stand vom 06.01.2021).

² Gesetz zu den Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005) (IGV) vom 23. Mai 2005, BGBl. II S. 930.

³ Oona Hathaway/Alasdair Phillips-Robins, COVID-19 and International Law Series: WHO's Pandemic Response and the International Health Regulations, Just Security, 8 December 2020, <https://www.justsecurity.org/73753/covid-19-and-international-law-series-whos-pandemic-response-and-the-international-health-regulations/>.

⁴ Ibid.

⁵ Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, Critical Features of International Authority in Pandemic Response, MPIL Research Paper 18 (2020), 13. Mai 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600058, S. 6.

international concern; PHEIC) im Sinne von Art. 12 der IGV, die höchste Alarmstufe der WHO.⁶ Diese bezeichnet ein außergewöhnliches Ereignis, welchem nicht nur auf nationaler Ebene begegnet werden kann und welches das Risiko einer internationalen Verbreitung inne trägt.⁷ Nach einer derartigen Einstufung ist die WHO nach Art. 15 IGV berufen, zeitlich befristete Empfehlungen zu erlassen, um die grenzüberschreitende Ausbreitung von Krankheiten zu verhindern oder zu verringern. Nationalstaatlich ruft eine derartige Einstufung als PHEIC durch die WHO keine neuen Pflichten als solche hervor, sondern erlaubt vor allem innerstaatliche Maßnahmen zur Eindämmung.⁸ In Teilen der Literatur wird die Erklärung eines PHEIC als internationale hoheitliche Maßnahme (*international public authority*) eingestuft, die im Gegensatz zur klassischen völkerrechtlichen Einordnung eine neuere Theorie eines internationalen öffentlichen Rechts besonders in Bezug auf internationale Organisationen aufstellt.⁹ Kritisiert wird teilweise an der Erklärung im konkreten Fall, dass diese erst einen Monat nach Mitteilung von der chinesischen Regierung an die WHO über den Ausbruch der Krankheit und damit viel zu spät erfolgt sei, um eine Eindämmung der weltweiten Ausbreitung erreichen zu können.¹⁰ Diese späte Erklärung der WHO könnte damit selbst gegen die IGV verstoßen haben. Der Kritik an der verspäteten Reaktion ist retrospektiv zuzustimmen, jedoch ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass die unzureichende Informationsweitergabe und Transparenz über die ersten Anzeichen der Krankheitsverbreitung von chinesischer Seite für die WHO Schwierigkeiten bei der Einschätzung der Ausbreitungsdimensionen verursacht hat, sodass der WHO jedenfalls nicht alleine ein zu zögerliches Handeln vorgeworfen werden kann.

Weitergehend charakterisierte der Generaldirektor der WHO die Ausbreitung von SARS-CoV-2 am 11. März 2020 als eine Pandemie. Diese Erklärung beruht auf der nicht-

⁶ WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV), 30 January 2020, [https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

⁷ Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper 7 (2020), 26. März 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650, S. 8.

⁸ Pedro Villarreal, The World Health Organization's Governance Framework in Disease Outbreaks, in Vierck/Villarreal/Weilert (Hrsg.), The Governance of Disease Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond (2017), 243-272.

⁹ Pedro Villarreal, Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies Göttingen Journal of International Law 7 (2016), 125 f., http://www.gojil.eu/issues/71/71_article_villarreal.pdf.

¹⁰ Ausführlich hierzu Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, Critical Features of International Authority in Pandemic Response, MPIL Research Paper 18 (2020), 13. Mai 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600058, S. 9 ff.

bindenden Richtlinie der WHO zu Pandemien aus dem Jahr 2017.¹¹ Im Rahmen der SARS-CoV-2-Pandemie hat die WHO in diesem Jahr zahlreiche Stellungnahmen, Erklärungen, Richtlinien und Empfehlungen erlassen. Die zeitlich befristeten Empfehlungen richten sich an die Mitgliedsstaaten und sind nicht bindend, wie Art. 1 und 14 IGV klarstellen. Nationale Maßnahmen, die zwar einen höheren Schutz bezwecken als beschlossene Empfehlungen und jedenfalls genauso effektiv sind, zugleich aber den internationalen Verkehr erheblich beeinträchtigen, müssen nach Art. 43 IGV besonders begründet werden.¹² Hiernach sind nur Maßnahmen zulässig, die auf wissenschaftlichen Grundlagen basieren, die für die betreffenden Risiken geeignet sind und die die Menschenrechte beachten. Derartige restriktivere nationale Maßnahmen als in den Empfehlungen der WHO vorgesehen, zeigten sich insbesondere im Frühjahr 2020 zu Beginn der weltweiten Ausbreitung sowie mit dem erheblichen Wiederanstieg der Infektionszahlen im Herbst 2020.¹³ Hier wurden von einer Vielzahl an Staaten Reisebeschränkungen, Ausgangsbeschränkungen, Quarantänemaßnahmen, Schließungen von Geschäften sowie von Landesgrenzen eingeführt. Derartige Beschränkungen für den internationalen Reiseverkehr und Handel sollen allerdings nach der Erklärung der WHO vom 30. Januar 2020 und Art. 43 IGV gerade vermieden werden, wonach eine besondere Mitteilung an die WHO bei der ausnahmsweisen Ergreifung verlangt wird. Diese Empfehlung der WHO wurde *ex post* aufgrund der globalen Ausbreitung vielfach als für eine effektive Eindämmung ungeeignet kritisiert, jedoch auch von Teilen der Literatur verteidigt.¹⁴

Kritisiert wurde insbesondere ebenso, dass die WHO zu Beginn der Pandemie nur selektive Maßnahmen zur Eindämmung und keine sogenannten Lockdowns empfohlen hat. Allerdings ist die Zurückhaltung der WHO, derartige Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte der Bevölkerung zu empfehlen, in dieser Hinsicht mit ihrer bisherigen Praxis und den Vorerfahrungen mit anderen Krankheitsausbrüchen zu erklären sowie den fehlenden wissenschaftlichen Informationsgrundlagen im Hinblick auf das neuartige Virus. Dennoch muss man zurecht retrospektiv schlussfolgern, dass die empfohlenen Maßnahmen bei Weitem nicht hinreichend waren, um ihr Ziel – eine regionale, nationale sowie globale

¹¹ World Health Organization, Pandemic Influenza Risk Management. A WHO Guide to inform & harmonize national & international pandemic preparedness and response (2017), 25 f., <https://bit.ly/3bdu588>.

¹² Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper 7 (2020), 26. März 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650, S. 10.

¹³ Selam Gebrekidan, The World Has a Plan to Fight Coronavirus. Most Countries Are Not Using it, The New York Times, 12 March 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/12/world/coronavirus-world-health-organization.html>.

¹⁴ Habibi et al., Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak, The Lancet, 13. February 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext).

Ausbreitung zu verhindern und einzudämmen – auch nur ansatzweise zu erreichen. Der WHO ist jedoch zugute zu halten, dass sie – anders als viele Staaten – sehr viel vorsichtiger und überlegter agiert und gerade betont, dass die Staaten statt weitgehender Freiheits-eingriffe alternative, mildere Maßnahmen einsetzen sollen.¹⁵

Im Hinblick auf die überwiegende Anzahl an nationaler Maßnahmen ist insgesamt der Beobachtung eines Wettrennens statt einer effektiven Kooperation der internationalen Gemeinschaft zuzustimmen.¹⁶ Gerade die IGV verpflichten die Staaten zu internationaler Zusammenarbeit und zur Koordination ihrer Maßnahmen in medizinischer, finanzieller und rechtlicher Hinsicht. Diese Pflichten finden jedoch im Rahmen der Pandemie nicht ausreichend Berücksichtigung, so dass somit sogar Verstöße gegen die IGV vorliegen könnten.¹⁷ Auch Deutschland ist – wie zahlreichen anderen Staaten – vorzuwerfen, nicht hinreichend an einer internationalen Koordinierung und Zusammenarbeit in Bezug auf die eigenen Eindämmungsmaßnahmen mitgewirkt zu haben. Der Fokus auf nationale Interessen zeigt sich nun einmal mehr bei der Zusammenarbeit in der Entwicklung und globalen Verteilung von Impfstoffen gegen SARS-CoV-2, in der die WHO durch die COVAX Initiative versucht für eine gerechte Verteilung zu sorgen.¹⁸

II. SARS-CoV-2 und die völkerrechtliche Verantwortung

Ihren Ausbruchsursprung hatte die SARS-CoV-2-Pandemie nach bisherigen Informationen als Zoonose auf einem Tiermarkt in Wuhan, VR China.¹⁹ Von dem dortigen Ausbruch des

¹⁵ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 21 August 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---21-august-2020>.

¹⁶ Oona Hathaway/Alasdair Phillips-Robins, COVID-19 and International Law Series: WHO's Pandemic Response and the International Health Regulations, Just Security, 8 December 2020, <https://www.justsecurity.org/73753/covid-19-and-international-law-series-whos-pandemic-response-and-the-international-health-regulations/>.

¹⁷ Security Council, Secretary-General Highlights 'Essential' Failure of International Cooperation, in Address to Security Council Meeting on Post-Coronavirus Global Governance, SC/14312, 24. September 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/sc14312.doc.htm>.

¹⁸ Detailliert hierzu Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, The Role of International Law in Vaccinating Against COVID-19: Appraising the COVAX Initiative, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 46 (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3733454; Oona Hathaway/Alasdair Phillips-Robins, COVID-19 and International Law Series: Vaccine Theft, Disinformation, the Law Governing Cyber Operations, Just Security, 4. Dezember 2020, <https://www.justsecurity.org/73699/covid-19-and-international-law-series-vaccine-theft-disinformation-the-law-governing-cyber-operations/>.

¹⁹ Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-

neuartigen Corona-Virus benachrichtigte China die WHO am 31. Dezember 2019,²⁰ jedoch war bereits in den Wochen zuvor ein erhöhtes Auftreten der neuartigen Erkrankung zu verzeichnen.²¹ Aufgrund unzureichender Schutzvorkehrungen gegen das neuartige, zu diesem frühen Zeitpunkt noch weitgehend unerforschte Virus verbreitete sich dieses innerhalb weniger Wochen besonders in China und aufgrund globaler Mobilität und Reise- sowie Rückkehrbewegungen auch in Europa und weltweit.²² Anknüpfend hieran wurden früh Forderungen bezüglich der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit laut, die sich insbesondere auf die vorgeblich unzureichenden Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung von SARS-CoV-2 durch die Volksrepublik China richteten. Vorgeworfen wird den regionalen chinesischen Behörden in diesem Zusammenhang vor allem die unzutreffende Behauptung, die Situation unter Kontrolle zu haben, das Unterdrücken wesentlicher Warnungen und Informationen sowie das Verdeckthalten tatsächlicher Infektionscluster – zunächst auch vor der chinesischen Zentralregierung in Peking.²³

Nach dem überwiegend Völkergewohnheitsrecht widerspiegelnden Kodifikationsentwurf der ILC zur Staatenverantwortlichkeit müsste gemäß dessen Art. 2 ein Völkerrechtsverstoß vorliegen, der China zugerechnet werden kann.²⁴ Hierfür müsste zunächst die Verletzung einer Völkerrechtsnorm vorliegen. Nach Art. 5, 6 und 7 IGV sind Staaten zur Überwachung, Meldung von Ereignissen, die eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite darstellen können, und zur Weitergabe von Informationen bezüglich unerwarteter oder ungewöhnlicher Ereignisse, die die öffentliche Gesundheit betreffen können, verpflichtet. Hierbei könnte nach Bekanntwerden der Infektionsherde in Wuhan bei der chinesischen

24 Februar 2020, S. 8, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>; Boni et al., Evolutionary origins of the SARS-CoV-2 sarbecovirus lineage responsible for the COVID-19 pandemic, *Nature Microbiology* 5 (2020), 1408-1417.

²⁰ WHO, Novel Coronavirus. China, <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/en/>.

²¹ Julia Belluz, 10. Februar 2020, Vox, <https://www.vox.com/2020/2/10/21124881/coronavirus-outbreak-china-li-wenliang-world-health-organization>.

²² Frédéric Mégret, COVID-19 Symposium: Returning “Home”–Nationalist International Law in the Time of the Coronavirus, *Opinio Juris*, 30. März 2020, <http://opiniojuris.org/2020/03/30/covid-19-symposium-returning-home-nationalist-international-law-in-the-time-of-the-coronavirus/>.

²³ Edward Wong/Julian E. Barnes/Zolan Kanno-Youngs, Local Officials in China Hid Coronavirus Dangers From Beijing, U.S. Agencies Find, *The New York Times*, 19. August 2020, <https://www.nytimes.com/2020/08/19/world/asia/china-coronavirus-beijing-trump.html>.

²⁴ Ausführlich hierzu Katja Creutz, China’s Responsibility for the COVID-19 Pandemic. An International Law Perspective, *Finish Institute for International Affairs Working Paper 115* (2020), https://www.fii.fi/wp-content/uploads/2020/06/wp115_chinas-responsibility-for-the-covid-19-pandemic.pdf.

Regierung der Mitgliedsstaat seinen Pflichten nur unzureichend nachgekommen sein. Insbesondere hätte hier die Pflicht bestanden, die WHO innerhalb von 24 Stunden nach dem Auftreten von Ereignissen, die eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite auslösen könnten, zu informieren und einen ständigen zeitnahen und zutreffenden Informationsfluss hierüber mit der WHO zu gewährleisten. Sowohl das Recht auf Leben als auch das Recht auf Gesundheit aus den Internationalen Pakten von 1966 weisen eine extraterritoriale Dimension auf, aus der ebenfalls bestimmte Schutzvorkehrungen resultieren, die jedoch im Einzelnen umstritten sind.²⁵

Damit könnte China jedenfalls eine völkerrechtliche Pflichtverletzung der Vorschriften der Artikel 6 und 7 der IGV vorgeworfen werden. Gegebenenfalls könnten Staaten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Ansprüche individuell gegenüber der VR CHina geltend machen. Attraktiver wäre aber einer international-gerichtliche Klärung. Für ein entsprechendes Verfahren bedarf es jedoch einer Zuständigkeitsgrundlage. Vorliegend ist Art. 75 der WHO Verfassung zuständigkeitsbegründend für ein Streitiges Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof in Betracht kommen. Hierfür müsste eine Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung der Verfassung der WHO vorliegen. Direkte Verletzungen der Verfassungen lassen sich kaum begründen.²⁶ Die Verfassung ermächtigt aber zum Erlass der IGV, sodass Pflichtverletzungen hiergegen ebenso einbezogen sein könnten.²⁷ Für ein Verfahren vor dem IGH müsste sich weiterhin ein Staat finden, der eine Klage gegen China erheben möchte. Dabei ist zu bedenken: Jedenfalls kann China nicht allein das aktuelle Ausmaß der Pandemie vorgeworfen werden. Zwar wurde dort aller Voraussicht nach der Ursprung des Ausbruchs gesetzt; jedoch verbreitete sich im Folgenden das Virus auch von anderen Ländern aus, denn auch anderswo gelang keine erfolgreiche Isolierung infizierter Personen. Damit ist das Pandemiegeschehen zwar kausal auf China zurückzuführen. Jedoch kommt vielen anderen Staaten ebenso eine Mit-Verantwortung an der aktuellen Infektionslage aufgrund unzureichend effektiver Eindämmungsmaßnahmen und fehlender internationaler Zusammenarbeit sowie mangelhafter Befolgung der Regularien der WHO zu.

III. SARS-CoV-2 und Menschenrechte

Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung der SARS-CoV-2-Pandemie stellen ebenso eine Herausforderung für internationale Menschenrechtsgarantien, insbesondere

²⁵ Psymhe Wadud, Is China Responsible for Health Crises Beyond Its Borders?, *Opinio Juris*, 5. Juli 2020, <http://opiniojuris.org/2020/07/05/is-china-responsible-for-health-crises-beyond-its-borders/>.

²⁶ Detailliert hierzu Peter Tzeng, Taking China to the International Court of Justice over COVID-19, *EJIL:Talk!*, 2. April 2020, <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/>.

²⁷ *Ibid.*

den Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (IPbpR)²⁸ sowie den Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)²⁹ dar. Hier sollen die Problemstellungen überblicksartig umrissen und einige der aktuellen Herausforderungen unter den vielen menschenrechtlichen Berührungspunkten exemplarisch aufgezeigt werden. Neben wirtschaftlichen Akteuren ist insbesondere die Zivilgesellschaft weltweit maßgeblich von innerstaatlichen Maßnahmen des Infektionsschutzes betroffen,³⁰ deren Freiheiten durch Garantien aus dem IPbpR sowie regionalen Menschenrechtsinstrumenten völkerrechtlich geschützt sind.³¹ Quarantäneanordnungen schränken die Bewegungsfreiheit ein,³² Reisebeschränkungen die Freizügigkeit, Verbote von Zusammenkünften betreffen die Versammlungsfreiheit, das Vorgehen gegen Desinformation in Bezug auf das Virus betrifft die Meinungsfreiheit,³³ die Offenlegung von medizinischen Daten, Kontakten und Aufenthaltsorten beeinträchtigt die Privatsphäre sowie die informationelle Selbstbestimmung, Empfehlungen zur sozialen Distanzierung sowie Kontaktbeschränkungen wirken sich auf die Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus.³⁴ Die viel diskutierten etwaigen verpflichtenden Impfungen betreffen die physische Integrität.³⁵ Auf der anderen Seite der Abwägung im Rahmen der Rechtfertigung derartiger Eingriffe in Freiheitsrechte steht insbesondere das elementare Recht auf Leben. Geschützt wird

²⁸ IPbpR, Resolution der UN Generalversammlung 2200A (XXI) vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1569.

²⁹ IPwskR, Resolution der UN Generalversammlung 2200A (XXI) vom 16.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1569.

³⁰ Ein Überblick an Maßnahmen weltweit: Coronavirus Government Response Tracker, University of Oxford, <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker>.

³¹ OHCHR, Civic Space and COVID-19: Guidance, 4 May 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CivicSpace/CivicSpaceandCovid.pdf>.

³² Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper 7 (2020), 26. März 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650, S. 17.

³³ Alexis Thiry, Will COVID-19 Create a Human Rights Crisis in the Middle East and North Africa?, Just Security, 1. October 2020, <https://www.justsecurity.org/72643/will-covid-19-create-a-human-rights-crisis-in-the-middle-east-and-north-africa/>.

³⁴ Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Civil and Political Rights, Just Security, 24. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73520/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-civil-and-political-rights/>.

³⁵ Spyridoula Katsoni, Do compulsory vaccinations against COVID-19 violate human rights?, Völkerrechtsblog, 2. Dezember 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/articles/do-compulsory-vaccinations-against-covid-19-violate-human-rights/>.

dieses durch Art. 3 der AEMR³⁶ sowie von Art. 6 Abs. 1 des IPbpR. In seinen Auslegungshinweisen hat der Menschenrechtsausschuss betont, dass die Staaten, *inter alia*, für den Fall des Auftretens lebensbedrohlicher Krankheiten geeignete Maßnahmen zum Schutz des Lebens ergreifen müssen.³⁷ Auf dieser Grundlage lässt sich eine Sorgfaltspflicht der Vertragsparteien begründen. Die Staaten müssten unter Beachtung von “due diligence”, positive Maßnahmen gegen Gefahren für das Leben wie durch COVID-19 ergreifen.³⁸ Diese Pflicht könnte verletzt sein, wenn Staaten minimale Schutzmaßnahmen unterlassen oder keinen minimalen Zugang zur Gesundheitsversorgung bereitstellen.³⁹ Auch das Menschenrecht auf Gesundheit in Art. 25 AEMR und Art. 12 IPwskR enthält die diskriminierungsfreie Gewährleistung der physischen und psychischen Gesundheit. Nach der Auslegung des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sind die Vertragsstaaten auf dieser Grundlage dazu verpflichtet, die notwendigen Schritte zur Verhinderung, Behandlung und Eindämmung epidemischer und anderer Krankheiten einzuleiten und dabei gerade ein Notfallsystem für medizinische Versorgung bereitzustellen.⁴⁰ Neben positiven Verpflichtungen dürfen Staaten ebenso keine Maßnahmen ergreifen, die die Gesundheit der Bevölkerung gefährden.⁴¹ Gerechtfertigt sein könnten Eingriffe in Grund- und Menschenrechte folglich jeweils durch einen Schutz anderer vor einer Ansteckung bei infizierten Personen oder unter diesem Verdacht stehender Personen sowie durch Präventivmaßnahmen zur Erhaltung der Gesundheitsversorgung für Erkrankte.

Rechtmäßig sind derartige Schutzmaßnahmen aber nur im Fall einer hinreichend verhältnismäßigen Abwägung der zu schützenden Rechte mit den betroffenen Grund- und Menschenrechten im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen. Dies gilt nicht nur für Deutschland. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist weltweit zu beobachten.⁴² Es mehren sich

³⁶ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III), der kein verbindlicher Charakter zukommt.

³⁷ General Comment No. 36, Article 6: Rights to Life, UN Human Rights Committee, CCPR/C/GC/36.

³⁹ Alessandra padaro, COVID-19: Testing the Limits of Human Rights, *European Journal of Risk Regulation* 7. April 2020, 1-9, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7211800/>.

⁴⁰ CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Adopted at the Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 11. August 2000, E/C.12/2000/4, <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>.

⁴¹ Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Right to Health, *Just Security*, 20. November 2020, <https://www.just-security.org/73447/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-right-to-health/>.

⁴² Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Civil and Political Rights, *Just Security*, 24. November 2020,

Anzeichen dafür, dass einige Regierungen Notstandsmaßnahmen dazu verwenden, sehr einschneidende Maßnahmen gegen bürgerliche und politische Rechte fortzusetzen oder erstmalig zu ergreifen, welche sich nicht mehr im Rahmen verhältnismäßiger Eindämmungsmaßnahmen bewegen.⁴³ Vielmehr zeichnet sich das Risiko eines Missbrauchs der Krisensituation zur Durchsetzung eigener politischer Ziele ab.⁴⁴ Unterstrichen wird dies auch im Hinblick auf Derogationen einiger Staaten, also Abweichungen von bestimmten menschenrechtlichen Garantien aufgrund einer Notstandssituation, *inter alia*, im Zusammenhang mit dem IPbpr und der EMRK.⁴⁵ Art. 4 IPbpr schreibt hierbei gerade die Notwendigkeit einer Mitteilung einer solchen geplanten Abweichung an den Menschenrechtsausschuss vor - eine Verfahrensvorschrift, die in der Pandemie überwiegend nicht beachtet wurde.⁴⁶ Weiterhin sind besonders das weltweite Erstarken exekutiver Eingriffsmöglichkeiten mit polizeilicher Durchsetzung von Maßnahmen, die oftmals auf keiner hinreichenden parlamentarischen Ermächtigungsgrundlage beruhen, im Hinblick auf Demokratie und Rechtsstaatlichkeit besorgniserregende Entwicklungen.⁴⁷ Zusätzlich sind Verzögerungen oder vorübergehende Aussetzungen im politischen Prozess kritisch zu beurteilen, wie insbesondere die Verschiebung von Wahlen⁴⁸ sowie die Aussetzung und Verschiebung von Gerichtsverfahren in Bezug auf Rechtsschutzgarantien.

<https://www.justsecurity.org/73520/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-civil-and-political-rights/>.

⁴³ Nora Salem, Proportionality of State Emergency Health Measures amid COVID-19, *Opinio Juris*, 13. Mai 2020, <http://opiniojuris.org/2020/05/13/proportionality-of-state-emergency-health-measures-amid-covid-19/>.

⁴⁴ Fionnuala Ní Aoláin/Kate Brannen/Ryan Goodman, Assessing Emergency Powers During #COVID-19, *Just Security*, 22. April 2020, <https://www.justsecurity.org/69806/assessing-emergency-powers-during-covid-19/>; Mariela Morales Antoniazzi/Alina Maria Ripplinger, Democracy in Latin America under COVID-19, *Völkerrechtsblog*, 28. Oktober 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/democracy-in-latin-america-under-covid-19/>.

⁴⁵ Martin Scheinin, COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate? *Opinio Juris*, 6. April 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/>.

⁴⁶ Human Rights Committee, Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic, CCPR/C/128/2, 30. April 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementEN.pdf>.

⁴⁷ Oona Hathaway/Mark Stevens/PrestonLim, COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Civil and Political Rights, *Just Security*, 24. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73520/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-civil-and-political-rights/>.

⁴⁸ International Foundation for Electoral Systems, Elections Postponed Due to COVID-19 - As of November 30, 2020, https://www.ifes.org/sites/default/files/elections_postponed_due_to_covid-19.pdf.

Aufgrund nunmehr gegen SARS-VoV-2 verfügbarerer Impfstoffe wurden Diskussionen um eine Zulässigkeit verpflichtender Impfungen virulent und sowohl verfassungsrechtlich in Deutschland sowie gemessen an regionalen und internationalen Menschenrechtsverträgen diskutiert. Hierauf wird im Folgenden exemplarisch für die Herausforderungen, die sich in ähnlicher Weise für weitere Menschenrechtsinstrumente stellen, anhand der EMRK eingegangen. Innerhalb der Vertragsstaaten der EMRK sind obligatorische Impfungen insbesondere an Art. 8 der EMRK zu messen und müssen als Eingriffe in die körperliche Integrität gerechtfertigt werden. Als legitimer Zweck ist der Schutz der Gesundheit anderer einschlägig. Die Rechtsgrundlagen hierzu müssten jedoch insbesondere eine Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art. 8 II EMRK zu erkennen geben. Auch müsste die Maßnahme verhältnismäßig sein, wofür insbesondere Ausnahmen für besondere Einzelfälle vorgesehen werden müssten, in denen eine Impfung schwerwiegende gesundheitliche Probleme verursachen könnte. Jedoch ist für die Normierung der Impfpflicht aufgrund einer fehlenden Einheitlichkeit der Rechtslage in den Vertragsstaaten der EMRK wohl von einem weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum auszugehen.

49

IV. SARS-CoV-2 und Humanitäre Hilfe

Zuletzt ist hervorzuheben, dass sich durch die SARS-CoV-2-Pandemie und die hiergegen ergriffenen Maßnahmen ebenfalls Herausforderungen im Rahmen des humanitären Völkerrechts stellen. Besonders für Betroffene bewaffneter Konflikte im Kontext der Austragung von Feindseligkeiten und für den humanitären Zugang im Rahmen von bewaffneten Konflikten ergeben sich erweiterte Problemfelder. Vor diesem Hintergrund rief der Generalsekretär der Vereinten Nationen mehrmals zu einem weltweiten Waffenstillstand auf⁵⁰ – bisher weitgehend erfolglos. Gerade aufgrund begrenzter Daten aus und Testkapazitäten in Konfliktregionen kann die infektiologische und gesundheitliche Lage dort nur schlecht beurteilt werden.⁵¹

Für bewaffnete Konflikte in Zeiten der Pandemie lassen sich unterschiedliche Entwicklungen beobachten. Einerseits hat die Pandemie im Rahmen von andauernden bewaffneten Auseinandersetzungen die bestehenden Engpässe in der Gesundheitsversorgung noch weiter verstärkt. Andererseits ist zu beobachten, dass nicht vorhandene oder mangelhafte

⁴⁹ Spyridoula Katsoni, Do compulsory vaccinations against COVID-19 violate human rights?, Völkerrechtsblog, 2. Dezember 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/articles/do-compulsory-vaccinations-against-covid-19-violate-human-rights/>.

⁵⁰ COVID-19: UN chief calls for global ceasefire to focus on 'the true fight of our lives', UN News, 23. März 2020, <https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>.

⁵¹ Asser Khattab, 'It's like Judgment Day': Syrians Recount Horror of an Underreported COVID-19 Outbreak, Newlines Magazine, 11. Oktober 2020, <https://newlinesmag.com/dispatch/its-like-judgment-day-syrians-recount-horror-of-an-underreported-covid-19-outbreak/>.

Anpassungen von Konfliktaustragungen an die Pandemie zu Verletzungen des humanitären Völkerrechts geführt haben.⁵² Medizinisches Personal ist durch die beiden Zusatzprotokolle von 1977⁵³ besonders geschützt, sowohl im internationalen, wie auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Die formellen Regelungen zum Schutz der Zivilbevölkerung und der medizinischen Versorgung ändern sich formal in einer Pandemie nicht, jedoch kann durch eine pandemische Lage aufgrund des erhöhten Schutzbedürfnisses der Bevölkerung⁵⁴ das zulässige Verhalten im Rahmen der Konfliktaustragung eingeschränkt sein. Gerade in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit von Angriffen sowie Vorsichtsmaßnahmen vor Angriffen sind die vorhersehbaren Auswirkungen auf die erhöhte Bedeutung und Auslastung der Gesundheitsversorgung und auf die notwendigen Vorkehrungen des Infektionsschutzes zur Eindämmung von SARS-CoV-2 zu beachten, wenn dies auch in den Einzelheiten bezüglich der einzubeziehenden Folgewirkungen umstritten ist.⁵⁵ Insgesamt sind damit auf der Grundlage der Regeln des humanitären Völkerrechts Feindseligkeiten im Konfliktgeschehen an die erhöhte Schutzbedürftigkeit der Bevölkerung im Rahmen der Pandemie anzupassen.⁵⁶

Gerade dieses besondere Schutzbedürfnis wird ebenfalls in Bezug auf den humanitären Zugang zu Konfliktregionen relevant, der jedoch – selbst vor dem Hintergrund der durch die Pandemie überlasteten Gesundheitssysteme – oftmals verweigert und damit die Lage der Bevölkerung weiter verschärft wird, wie im Jemen und in Syrien.⁵⁷ Humanitärer Zugang

⁵² Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: International Humanitarian Law – Conduct of Hostilities, Just Security, 10. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73316/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-conduct-of-hostilities/>.

⁵³ Zusatzprotokolle vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte.

⁵⁴ UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Briefing to the Security Council on the humanitarian situation in Syria, 16 September 2020, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/200916_Syria_USG%20SECCO%20Statement%20Final.pdf.

⁵⁵ Isabel Robinson/Ellen Nohle, Proportionality and precautions in attack: The reverberating effects of using explosive weapons in populated areas, International Review of the Red Cross 98 (2016), 107-145, S. 7 ff., https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irc_97_901-9.pdf.

⁵⁶ Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: International Humanitarian Law – Conduct of Hostilities, Just Security, 10. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73316/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-conduct-of-hostilities/>.

⁵⁷ Syria: Aid Restrictions Hinder Covid-19 Response, Human Rights Watch, 28. April 2020, <https://www.hrw.org/news/2020/04/28/syria-aid-restrictions-hinder-covid-19-response>; Deadly Consequences.

Obstruction of Aid in Yemen During Covid-19, 14. September 2020, Human Rights Watch,

für die schutzbedürftige Bevölkerung ist sowohl völkergewohnheitsrechtlich sowie in den Genfer Abkommen von 1949 und in den Zusatzprotokollen von 1977 geregelt und kann hiernach lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen verweigert werden.⁵⁸ Eine besondere Dringlichkeit für humanitäre Hilfe besteht gerade in Gebieten, in denen die Bevölkerung und medizinische Infrastruktur von Konflikten betroffen und geschwächt ist, und sich nun zusätzliche Belastungen durch die Ausbreitung der Krankheit ergeben.⁵⁹ In diesen Konfliktregionen ist deshalb unabhängigen Organisationen humanitärer Zugang für medizinische Behandlung und Ausstattung wie insbesondere Schutzausrüstung zu gewähren. Nur so kommen die Staaten und Konfliktparteien, auch nicht-staatliche Akteure,⁶⁰ ihren humanitär-völkerrechtlichen Verpflichtungen hinreichend nach.⁶¹

In diesem Zusammenhang ist zuletzt auf die Relevanz und Notwendigkeit der national-staatlichen Einhaltung des Prinzips des Non-Refoulement, der Nicht-Zurückweisung von schutzsuchenden Geflüchteten, hinzuweisen, garantiert in Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention, um diese nicht in von SARS-CoV-2 bedrohte Konfliktgebiete zurückzuweisen.⁶²

V. Fazit und Ausblick

Die Funktionalität der Zusammenarbeit innerhalb der Staatengemeinschaft bezüglich des mittelfristigen Umgangs mit der Pandemie und des Umgangs mit der Impfstoffvergabe wird sich im Verlauf des Jahres 2021 maßgeblich an der Entwicklung des Pandemiegeschehens messen lassen müssen. Die derzeitige pandemische Krisensituation verdeutlicht hierbei einmal mehr die mangelhafte Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen sowie die Dysfunktionalitäten und Reformbedürfnisse innerhalb der globalen Ordnung, vor allem

<https://www.hrw.org/report/2020/09/14/deadly-consequences/obstruction-aid-yemen-during-covid-19>.

⁵⁸ Rule 55. Access for Humanitarian Relief to Civilians in Need, ICRC IHL Database Customary IHL, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule55.

⁵⁹ ICRC, Coronavirus: COVID-19 pandemic, <https://www.icrc.org/en/what-we-do/covid-19-pandemic>.

⁶⁰ Ausführlich hierzu Marcos D. Kotlik/Ezequiel Heffes, COVID-19 Symposium: COVID-19 in Conflict-Affected Areas—Armed Groups as Part of a Global Solution, *Opinio Juris*, 4. April 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-in-conflict-affected-areas-armed-groups-as-part-of-a-global-solution/>.

⁶¹ Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law Series: International Humanitarian Law – Humanitarian Access, *Just Security*, 12. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73336/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-humanitarian-access/>.

⁶² Oona Hathaway/Mark Stevens/Preston Lim, COVID-19 and International Law: Refugee Law – The Principle of Non-Refoulement, *Just Security*, 30. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73593/covid-19-and-international-law-refugee-law-the-principle-of-non-refoulement/>.

auch in der internationalen Rechtsordnung.⁶³ Besonders im internationalen Gesundheitsrecht sind Durchsetzungsmechanismen und Anpassungen notwendig, um im weiteren Verlauf der Pandemie und für zukünftige pandemische Infektionskrankheiten die WHO und die Staaten im Vorfeld sowie bei der Verhinderung der Ausbreitung besser zu rüsten.⁶⁴ Es ist zwingend notwendig, nach der akuten Phase der Pandemie gemeinsam langfristige Strategien und Maßnahmen im Rahmen der internationalen Rechtsordnung zu entwickeln, um zukünftig besser gewappnet zu sein.⁶⁵ Die Pandemie beweist einmal mehr die Tatsache, dass globale Herausforderungen nur im gemeinsamen Zusammenwirken anhand der geltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen und nicht gegeneinander mittels nationaler Alleingänge effektiv bewältigt werden können.

⁶³ Stewart Patrick, When the System Fails. COVID-19 and the Costs of Global Dysfunction, Foreign Affairs, July/August 2020, <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/when-system-fails>.

⁶⁴ Oona Hathaway/Alasdair Phillips-Robins, COVID-19 and International Law Series: Reforming the World Health Organization, Just Security, 11. December 2020, <https://www.justsecurity.org/73793/covid-19-and-international-law-series-reforming-the-world-health-organization/>.

⁶⁵ Armin von Bogdandy/Pedro Villarreal, Die Weltgesundheitsorganisation in der COVID-19 Pandemie, ZaöRV 2020, 322 f.

Globaler Waffenstillstand - Wie geht es weiter?

Barry de Vries

Während der gesamten SARS-COV-2-Pandemie sind internationale Organisationen in unterschiedlichem Zusammenhang mit einer Vielzahl von Mitteln aktiv gewesen, wie in dem von Vera Strobel geschriebenen Abschnitt zu lesen ist.¹ Aber abgesehen von den Maßnahmen der Weltgesundheitsorganisation hat keine der anderen Initiativen so viel öffentliche Aufmerksamkeit erhalten wie der Aufruf zu einem globalen Waffenstillstand.

Von dem Moment an, als der Ernst der Situation deutlich wurde und die Verbreitung des Virus außerhalb Chinas festgestellt wurde, erkannte man, dass dies vor allem für die am meisten gefährdeten Menschen erhebliche Auswirkungen haben könnte. Dies ist vor allem in Konfliktsituationen der Fall, wo Frauen und Kinder bereits gefährdet und die Gesundheitssysteme oft schon zusammengebrochen sind, was die Situation noch verschlimmert. In diesem Zusammenhang gab der UN-Generalsekretär eine Erklärung ab, in der er die aus bewaffneten Konflikten resultierenden Schwachstellen aufzeigte und darauf hinwies, dass SARS-CoV-2 in Konfliktsituationen wahrscheinlich verheerende Auswirkungen haben werde. Er rief daher zu einem weltweiten Waffenstillstand auf und forderte alle Konfliktparteien auf, humanitäre Hilfe zu leisten sowie die Möglichkeiten der Diplomatie zu nutzen und auszuschöpfen.² Obwohl diese Erklärung eine wichtige symbolische Geste ist, entfaltet sie kein rechtliches Gewicht: Staaten oder nicht-staatliche Konfliktparteien sind auf dieser Grundlage weder dazu verpflichtet, tatsächlich einen Waffenstillstand zu schließen, noch schafft sie eine rechtliche Verpflichtung, humanitäre Hilfe zuzulassen. Als Reaktion auf die Erklärung des Generalsekretärs und auf Initiative von Ägypten, Bangladesch, Ecuador, Jamaika, Japan, Malaysia, Oman, Senegal, Slowenien und Schweden unterzeichneten 170 UN-Mitgliedstaaten eine unverbindliche Erklärung zur Unterstützung des Appells des Generalsekretärs.³

Damit ein solcher globaler Waffenstillstand effektiv umgesetzt werden kann, wäre es jedoch notwendig, dass der UN-Sicherheitsrat selbst Maßnahmen ergreift, da er die einzige globale Institution ist, die verbindliche Entscheidungen im Bereich des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit treffen kann. Mit einer derartigen Unterstützung der Initiative des Generalsekretärs ist vor allem eine wichtige Anerkennungswirkung verbunden. Sie forciert die Anstrengungen auf dem Weg zu einem globalen Waffenstillstand. Diese Unterstützung realisierte sich schließlich am 1. Juli 2020, als der Sicherheitsrat die Resolution 2532 (2020) verabschiedete.⁴

Die Debatten im Sicherheitsrat in Bezug auf den globalen Waffenstillstand waren

¹ Siehe in diesem Heft S. 52 ff.

² <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-03-23/secretary-generals-appeal-for-global-ceasefire>.

³ <https://news.un.org/en/story/2020/06/1066982>.

⁴ S/RES/2532 (2020).

zwischenzeitlich aus zwei wichtigen Gründen für einen erheblichen Zeitraum zum Erliegen gekommen. Zum einen war die Diskussion darüber, wie man mit dem Kampf gegen terroristische Organisationen wie ISIL und Al-Qaida umgehen sollte, ein brisantes Thema.⁵ Dieses Problem wurde überwunden, indem ein Absatz in das entsprechende Dokument eingefügt wurde, der besagt, dass der Aufruf zu einem globalen Waffenstillstand sich nicht auf den Kampf gegen jene Organisationen erstreckt, die vom Sicherheitsrat als terroristische Organisationen eingestuft werden.⁶ Dies hat allerdings zur Folge, dass der Aufruf zu einer humanitären Pause nicht so weit gefasst ist, wie ursprünglich vom Generalsekretär gefordert und von der Mehrheit der Staaten befürwortet wurde, und somit das Leiden der in diesen Konflikten gefangenen Zivilisten weder lindert noch wirklich diejenigen Gruppen erfasst, die am meisten von den potenziellen Auswirkungen der SARS-CoV-2-Pandemie betroffen sind.

Der zweite Grund für die Verzögerung war das streitbehaftete Verhältnis zwischen den USA unter der Trump-Administration und China bezüglich der Entwicklung und Verbreitung des Virus. Der Hauptstreitpunkt war, dass die Trump-Administration ursprünglich einen Verweis auf China als Ursprungsland des Virus aufnehmen wollte, da Präsident Trump SARS-CoV-2 ständig als das "China-Virus" bezeichnete. Damit verbunden war der Einwand der USA gegen eine direkte Erwähnung der WHO in der Resolution, die Teil der lebhaften Diskussionen im Rahmen der Ausarbeitung der Resolution 2532 war.⁷ Letztlich einigte man sich darauf, die WHO in der Resolution nicht direkt zu erwähnen, jedoch einen Verweis auf die Resolution 74/270 der Generalversammlung aufzunehmen, die explizit auf die Arbeit der WHO verweist, wodurch die WHO indirekt in die Resolution 2532 einbezogen wird.⁸

Der Sicherheitsrat ist die einzige UN-Institution, die in der Lage ist, den UN-Mitgliedsstaaten rechtlich bindende Verpflichtungen aufzuerlegen. Eine bindende rechtliche Verpflichtung für einen globalen Waffenstillstand wäre eine bedeutende Entwicklung in der Weltpolitik. Daher ist es wichtig zu bestimmen, ob die Resolution als rechtlich bindend eingestuft werden kann. Artikel 25 UN-Charta besagt eindeutig, dass Beschlüsse des Sicherheitsrates für die Mitgliedsstaaten der UN rechtsverbindlich sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die genannte Resolution als ein solcher Beschluss im Sinne von Art. 25 UN-Charta anzusehen ist. Der Internationale Gerichtshof hat in seinem Namibia-Gutachten festgestellt, dass die Frage, ob ein Text des Sicherheitsrates eine "Entscheidung" im Sinne des Art. 25 UN-Charta ist, von Fall zu Fall unter Berücksichtigung von Faktoren wie dem Wortlaut, der Rechtsgrundlage und dem Kontext seiner Verabschiedung bestimmt werden

⁵ Richard Gowan, 'The UN at Crossroads of Covid-19' (2020) 17 Horizon 71-72.

⁶ S/RES/2532 (2020) Absatz 3.

⁷ <https://theconversation.com/coronavirus-un-security-council-finally-calls-for-global-ceasefire-after-us-and-china-delay-talks-141858>.

⁸ Richard Gowan, 'The UN at Crossroads of Covid-19' (2020) 17 Horizon, 72.

muss.⁹ Zahlreiche Beschlüsse werden in Form von Resolutionen gefasst, die nach Kapitel VII der UN-Charta angenommen wurden, jedoch ist dies nicht immer der Fall.¹⁰ In der Resolution 2532 selbst fehlt jedenfalls ein expliziter Hinweis auf die Rechtsgrundlage. Im Lichte des Kontextes ihrer Verabschiedung und des Wortlautes der Resolution deutet vieles darauf hin, dass sie im Rahmen von Kapitel VI der UN-Charta auf Grundlage des Art. 34 UN-Charta angenommen wurde, wobei der Wortlaut des Art. 34 UN-Charta generell dagegen spricht, dass Beschlüsse dieser Art verbindlich sind.¹¹ Dies scheint durch die Verwendung von Begriffen wie "calls upon" und "requests" bestätigt zu werden. Es hat daher den Anschein, als sei die Resolution in ihrer Gesamtheit kein Beschluss im Sinne von Art. 25 UN-Charta.

Die Resolution enthält jedoch zwei unterschiedliche Forderungen nach Waffenstillständen. Die erste ist die Forderung nach einer allgemeinen und sofortigen Einstellung der Feindseligkeiten in allen Situationen, die auf der Tagesordnung des Sicherheitsrats stehen. Die in diesem Absatz verwendete Formulierung, insbesondere die Verwendung des Begriffs "demands", schafft Unklarheit über die Verbindlichkeit der in diesem Absatz enthaltenen Verpflichtung. Denn während die Resolution selbst unter Kapitel VI verabschiedet wird, wirkt dieser Absatz so, als habe der Sicherheitsrat eine verbindliche Verpflichtung schaffen wollen.¹² Die zweite in der Resolution enthaltene Verpflichtung zum Waffenstillstand betrifft alle Konflikte, nicht nur die, die auf der Tagesordnung des Sicherheitsrats stehen. Bei diesen Konflikten "ruft" der Sicherheitsrat alle Parteien auf, sich auf eine dauerhafte humanitäre Feuerpause einzulassen.¹³ Die Verwendung des Begriffs "calls upon" macht deutlich, dass für diesen Teil der Resolution keine Absicht bestand, eine verbindliche Verpflichtung zu schaffen.

Die spezifische Formulierung, die für den Waffenstillstand unter Absatz 2 verwendet wird, unterscheidet sich von derjenigen in der Erklärung des Generalsekretärs, die einen sofortigen globalen Waffenstillstand forderte, während Absatz 2 der Resolution 2532 ausdrücklich eine humanitäre Pause fordert. Dies wirft die Frage auf, ob es einen wirklichen Unterschied zwischen der sofortigen Beendigung der Kampfhandlungen, wie sie in Absatz 1 enthalten ist, und einer humanitären Pause, wie sie in Absatz 2 gefordert wird, gibt. Der erste Unterschied zwischen den beiden Formen der Waffenruhe ist recht eindeutig, da

⁹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16.

¹⁰ Anne Peters, 'The Security Council, Functions and Powers, Article 25' in: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf, *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford University Press 2012) 11-14.

¹¹ S/RES/2532 (2020).

¹² <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-the-role-of-the-un-security-council-in-addressing-the-pandemic/>.

¹³ S/RES/2532 (2020) Absatz 2.

Absatz 1 keine Zeitspanne für die Waffenruhe festlegt, während Absatz 2 besagt, dass die humanitäre Pause mindestens 90 Tage betragen soll, was darauf hindeutet, dass die Verpflichtung in Absatz 1 nicht zeitlich begrenzt ist, sondern, wie es dort heißt, allgemein gilt. Es gibt jedoch noch einen weiteren Unterschied zwischen der Waffenstillstandsvereinbarung und einer humanitären Pause: Letztere dient rein humanitären Zwecken,¹⁴ was ebenfalls darauf hinweist, dass die Waffenstillstandsvereinbarung in Absatz 1 weit über die bloße Waffenruhe zur Ermöglichung humanitärer Hilfe hinausgeht, und ein Ende dieser Konflikte fordert.

Wenn man die Effektivität der Aufrufe zu einem globalen Waffenstillstand und der Resolution 2532 des Sicherheitsrates betrachtet, gibt es starke Anzeichen dafür, dass der Aufruf nicht befolgt worden ist. In relativ wenigen Konflikten wurde bisher eine humanitäre Pause vereinbart, und selbst in diesen Fällen ist es fraglich, ob dies auch nur teilweise auf die Aufrufe zu einem globalen Waffenstillstand zurückzuführen ist oder eher von lokalen Faktoren und Überlegungen abhing.¹⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass es nicht die Möglichkeit eines effektiveren globalen Waffenstillstands gibt. Allerdings hängt dies von einem proaktiveren Ansatz ab.¹⁶

Auch wenn die Resolution im Ergebnis nicht als voller Erfolg bezeichnet werden kann, da die meisten Konflikte nach wie vor andauern und der Aufruf zu einem Waffenstillstand nicht eingehalten wurde, verbunden mit dem Ausschluss eines großen Teils der andauernden bewaffneten Konflikte von der Waffenstillstandsverpflichtung, kann die Resolution als ein wichtiger Schritt gesehen werden, um zunächst einmal die aus der aktuellen Situation resultierenden Schwachstellen zu identifizieren und zu versuchen, aus diesen Lehren für die Zukunft zu ziehen. Sie ist auch als ein wichtiger Schritt des Sicherheitsrates im Kontext einer internationalen Krise zu sehen, da hier zum ersten Mal zu einem weltweiten Waffenstillstand aufgerufen wurde, und auch wenn es erhebliche Schwierigkeiten bei der Verabschiedung der Resolution gab, ist allein die Tatsache ihrer Verabschiedung eine wichtige symbolische Geste, die effektiver genutzt werden könnte.

Zwar ist es nicht zu einer Verlängerung der bestehenden Resolution gekommen, was teilweise auf den Konflikt innerhalb des Sicherheitsrates zwischen den USA und China in

¹⁴ Glossary of Terms: Pauses During Conflict. New York: United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/dms/Documents/AccessMechanisms.pdf>.

¹⁵ Nur in den Philippinen führte der Aufruf wirklich zu einem Waffenstillstand, während sowohl in Kamerun als auch in Kolumbien nur eine Gruppe vorschlug, einen Waffenstillstand einzuhalten. Richard Gowan, 'The UN at Crossroads of Covid-19' (2020) 17 *Horizon* 71-72.; Tyler Jess Thompson, *Searching for Covid-19 Ceasefires: Conflict Zone Impacts, Needs, and Opportunities* (2020) 48 *Special Report* United States Institute of Peace.

¹⁶ Tyler Jess Thompson, *Searching for Covid-19 Ceasefires: Conflict Zone Impacts, Needs, and Opportunities* (2020) 48 *Special Report* United States Institute of Peace 11-22.

Bezug auf die SARS-CoV-2-Pandemie zurückzuführen ist.¹⁷ Eine Verlängerung ist jedoch wichtig, da in Absatz 2 der Resolution nur eine humanitäre Pause von 90 Tagen gefordert wird. Die Dynamik eines globalen Waffenstillstands ist etwas ins Stocken geraten. Doch mit der neuen US-Regierung könnte es möglich sein, dass der Sicherheitsrat erneut einen globalen Waffenstillstand in Form einer Resolution fordert. Die Mitglieder des Sicherheitsrates sollten daher das Thema wieder aufgreifen und in der Forderung nach einem globalen Waffenstillstand vorankommen, vor allem angesichts der Forderungen nach mehr Multilateralismus in der Reaktion auf SARS-CoV-2 und der Fragen, die sich aus dieser Krise ergeben.¹⁸ Gleichzeitig sollte es mehr proaktives Handeln bei der Sicherstellung von humanitären Waffenstillständen geben, sowohl durch die Ausübung von Druck, um solche Waffenstillstandsforderungen zu effektuieren, als auch durch die Identifizierung und das Ergreifen von Gelegenheiten, in deren Rahmen solche Waffenstillstände effektiv umgesetzt werden könnten.

¹⁷ <https://www.un.org/press/en/2020/sc14312.doc.htm>.

¹⁸ <https://www.un.org/press/en/2020/sc14312.doc.htm>.

Literaturverzeichnis

Am Anfang steht die Freiheit – in Sicherheit (sic!) – Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Bernzen, Anna K. Gerichtssaalberichterstattung: Ein zeitgemäßer Rahmen für die Arbeit der Medienvertreter in deutschen Gerichten (Tübingen 2020).

Di Fabio, Udo Sicherheit in Freiheit, in: NJW (2008), 421-425.

Ders. Der verfassungsrechtliche Prüfungsansatz zur Beurteilung staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie, Bonn, 2.4.2020, abrufbar unter https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/di_fabio_-_der_verfassungsrechtliche_pruefungsansatz.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

Dreier, Horst GG-Kommentar, 3. Auflage (Würzburg 2015).

Hamm, Marco R. Zwischen Effektivität und Normenbestimmtheit, Kritische Anmerkungen zur Ermächtigungsnorm der §§ 32 Abs. 1, 28 Abs.1 IFSG bei Vorliegen einer epidemischen Lage nationalen Ausmaßes, in: COVuR (2020), 743-750.

Heckel, Martin Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung: Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart (München 2007).

Hufen, Friedhelm Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Besuchs- und Ausgangsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, Rechtsgutachten, November 2020, abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/gero/rechtsgutachten_besuchseinschraenkungen_in_pflegeheimen.pdf (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

Ipsen, Jörn Notstandsverfassung und Corona-Virus: Rückblick und Ausblick, in: Recht und Politik 56 (2020), 118-132.

Isensee, Josef Das Grundrecht auf Sicherheit (Berlin/New York 1983).

Kersten, Jens/Rixen, Stephan Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise (München 2020).

Merten, Detlef § 20 Sozialrecht, Sozialpolitik, in: Benda, Ernst et al (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland: Studienausgabe (Berlin et al 1995).

Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III (Heidelberg 2009).

Papier, Hans-Jürgen Freiheitsrechte in Zeiten der Pandemie, in: DRiZ (2020), 180-182.

Ruffert, Matthias Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, in: JZ (2009), 389-398.

Schmidt, Felix Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, in: NJW (2020), 1626-1631.

Schoch, Friedrich Abschied vom Polizeirecht des Liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, in: Der Staat (2004), 347-369.

Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 (München 1994).

von Humboldt, Wilhelm Gesammelte Werke, Band 2 (Berlin 1841).

Ders. Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (Breslau 1851).

Wendt, Rudolf Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot: Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung, in: Archiv des öffentlichen Rechts (1979), 414-474.

Wienbracke, Mike Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ZJS (2013), 148-155.

Die Ministerpräsidentenkonferenz – Wer entscheidet über Grundrechtseinschränkungen in der SARS-CoV-2-Pandemie?

Heinig, Hans Michael Parlamentarismus in der Pandemie, 25.11.2020, <https://verfassungsblog.de/parlamentarismus-in-der-pandemie/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2020).

Kersten, Jens/Rixen, Stephan Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 1. Auflage (München 2020).

Kropp, Sabine Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung (Wiesbaden 2010).

Von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band II, 7. Auflage (München 2018).

Maurer, Hartmut Staatsrecht I, 6. Auflage (München 2010).

Sperrstunde für die Wesentlichkeitslehre

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 16. Auflage (München 2020).

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf Grundrechte Staatsrecht II, 36. Auflage (Freiburg/Regensburg 2020).

Von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich Kommentar zum Grundgesetz: GG, Band II, 7. Auflage (München 2018).

Maruhn, Thilo Sicher und frei, 11.12.2020, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/corona-und-grundrechte-sicher-und-frei-1.5145412!amp> (zuletzt abgerufen am 18.01.2021).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter Kommentar zum Grundgesetz, 92. Auflage (München 2020).

Allgemeinverfügung und nächtliche Ausgangssperre

Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael Beck'scher Online-Kommentar, 49. Edition (2020).

Degenhart, Christoph Staatsorganisationsrecht, 35. Auflage (Heidelberg 2019).

Detterbeck, Steffen Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage (München 2020).

Fehling, Michael/Kastner, Berthold/Störmer, Rainer Handkommentar zum Verwaltungsrecht, 4. Auflage (Baden-Baden 2016).

Henneke, Hans-Günter/Knack, Hans Joachim Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Auflage (Köln 2019).

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage (München 2020).

Möstl, Markus Normative Handlungsformen, in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.),

Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage (Berlin 2016).

Reimer, Philipp Grundfragen der Verwaltungsvorschriften, in: JURA 36 (2014), 678 ff.

Ruffert, Matthias Verwaltungsakt, in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage (Berlin 2016).

Stelkens, Paul/Bonk, Joachim/Sachs, Michael Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage (München 2018).

Besprechung der Entscheidung des AG Dortmund – 733 OWi – 127 Js 75/30-64/20 vom 02.11.2020 über landesrechtliche Kontaktbeschränkungen im Rahmen der Corona-Pandemie-Bekämpfung

Kersten, Jens Anmerkung zu AG Dortmund, Urteil v. 2.11.2020, in: COVuR (2020), 901.

Lisken, Hans/Denninger, Erhard Handbuch Polizeirecht (München 2012).

Müller-Terpitz, Ralf § 80 in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), BVerfGG, 58. Ergänzungslieferung (München 2020).

Schenke, Wolf-Rüdiger Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage (2018).

Zulässigkeit und Beispiele von Grenzübertrittsbeschränkungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aufgrund der SARS-CoV-2-Pandemie

Hobe, Stephan/Fremuth, Michael Lysander Europarecht, 10. Auflage (München 2020)

Eisenmenger, Sven Systemrelevante Berufe in epidemischen Lagen – Versuch einer Kriterienbildung, in: GSZ 2020, 200.

Covid-19 und Internationales Recht

Antoniuzzi, Mariela Morales/Ripplinger, Alina Maria Democracy in Latin America under COVID-19, in: Völkerrechtsblog (2020), <https://voelkerrechtsblog.org/democracy-in-latin-america-under-covid-19/>.

Belluz, Julia China hid the severity of its coronavirus outbreak and muzzled whistleblowers — because it can, in: Vox (2020), <https://www.vox.com/2020/2/10/21124881/coronavirus->

[outbreak-china-li-wenliang-world-health-organization](#).

Boni, Maciej F. et al. Evolutionary origins of the SARS-CoV-2 sarbecovirus lineage responsible for the COVID-19 pandemic, in: *Nature Microbiology* 5 (2020), 1408-1417.

Creutz, Katja China's Responsibility for the COVID-19 Pandemic. An International Law Perspective, in: *Finish Institute for International Affairs Working Paper 115* (2020), https://www.fiia.fi/wp-content/uploads/2020/06/wp115_chinas-responsibility-for-the-covid-19-pandemic.pdf.

Dies. COVID-19 and International Law Series – Human Rights Law: Right to Life, in: *Just Security* (2020), <https://www.justsecurity.org/73426/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-right-to-life/>.

Dies. COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Right to Health, in: *Just Security* (2020), <https://www.justsecurity.org/73447/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-right-to-health/>.

Dies. COVID-19 and International Law Series: International Humanitarian Law – Conduct of Hostilities, in: *Just Security* (2020), <https://www.justsecurity.org/73316/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-conduct-of-hostilities/>.

Dies. COVID-19 and International Law Series: Vaccine Theft, Disinformation, the Law Governing Cyber Operations, in: *Just Security* (2020), <https://www.justsecurity.org/73699/covid-19-and-international-law-series-vaccine-theft-disinformation-the-law-governing-cyber-operations/>.

Dies. Critical Features of International Authority in Pandemic Response, *MPIL Research Paper 18* (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600058.

Dies. The Role of International Law in Vaccinating Against COVID-19: Appraising the COVAX Initiative, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper 46* (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3733454.

Habibi, Roojin et al. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak, in: *The Lancet* (2020), [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30373-1/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext).

Hathaway, Oona/Phillips-Robins, Alasdair COVID-19 and International Law Series: WHO's Pandemic Response and the International Health Regulations, *Just Security*

(2020), <https://www.justsecurity.org/73753/covid-19-and-international-law-series-whos-pandemic-response-and-the-international-health-regulations/>.

Hathaway, Oona/Stevens, Mark/Lim, Preston COVID-19 and International Law Series: Human Rights Law – Civil and Political Rights, in: Just Security (2020), <https://www.justsecurity.org/73520/covid-19-and-international-law-series-human-rights-law-civil-and-political-rights/>.

Katsoni, Spyridoula Do compulsory vaccinations against COVID-19 violate human rights?, in: Völkerrechtsblog (2020), <https://voelkerrechtsblog.org/do-compulsory-vaccinations-against-covid-19-violate-human-rights/>.

Khattab, Asser ‘It’s like Judgment Day’: Syrians Recount Horror of an Underreported COVID-19 Outbreak, in: Newlines Magazine (2020), <https://newlinesmag.com/report-age/its-like-judgment-day-syrians-recount-horror-of-an-underreported-covid-19-outbreak/>.

Mégret Frédéric COVID-19 Symposium: Returning “Home”–Nationalist International Law in the Time of the Coronavirus, in: OpinioJuris, <http://opiniojuris.org/2020/03/30/covid-19-symposium-returning-home-nationalist-international-law-in-the-time-of-the-coronavirus/>.

Ní Aoláin, Fionnuala/ Brannen, Kate/Goodman, Ryan Assessing Emergency Powers During #COVID-19, in: Just Security (2020), <https://www.justsecurity.org/69806/assessing-emergency-powers-during-covid-19/>.

Robinson, Isabel/Nohle, Ellen Proportionality and precautions in attack: The reverberating effects of using explosive weapons in populated areas, in: International Review of the Red Cross 98 1 (2016), 107–145.

Salem, Nora Proportionality of State Emergency Health Measures amid COVID-19, in: Opinio Juris (2020), <http://opiniojuris.org/2020/05/13/proportionality-of-state-emergency-health-measures-amid-covid-19/>.

Scheinin, Martin COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?, in: OpinioJuris (2020), <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/>.

Selam Gebrekidan The World Has a Plan to Fight Coronavirus. Most Countries Are Not Using it, in: The New York Times (2020), <https://www.nytimes.com/2020/03/12/world/coronavirus-world-health-organization.html>.

Spadaro, Alessandra COVID-19: Testing the Limits of Human Rights, in: European

Journal of Risk Regulation (2020), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7211800/>.

Thiry, Alexis Will COVID-19 Create a Human Rights Crisis in the Middle East and North Africa?, in: Just Security (2020), <https://www.justsecurity.org/72643/will-covid-19-create-a-human-rights-crisis-in-the-middle-east-and-north-africa/>.

Tzeng, Peter Taking China to the International Court of Justice over COVID-19, in: EJIL:Talk! (2020), <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/>.

UN Meetings Coverage and Press Releases, Secretary-General Highlights 'Essential' Failure of International Cooperation, in Address to Security Council Meeting on Post-Coronavirus Global Governance, 24. September 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/sc14312.doc.htm>.

Vierck, Leonie/Villarreal, Pedro A./Weilert, Katarina The Governance of Disease Outbreaks (Baden-Baden 2017).

Villarreal, Pedro A. Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions Between Legitimacies, in: Journal of International Law 7 (Göttingen 2016), 125 f.

Von Bogdandy, Armin/Villarreal, Pedro A. International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper 7 (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650.

Wadud, Psymhe Is China Responsible for Health Crises Beyond Its Borders?, in: OpinioJuris (2020), <http://opiniojuris.org/2020/07/05/is-china-responsible-for-health-crises-beyond-its-borders/>.

Wong, Edward/Barnes, Julian E./Kanno-Youngs, Zolan Local Officials in China Hid Coronavirus Dangers From Beijing, U.S. Agencies Find, in: The New York Times (2020), <https://www.nytimes.com/2020/08/19/world/asia/china-coronavirus-beijing-trump.html>.

Von Bogdandy, Armin/Villarreal, Pedro A. Die Weltgesundheitsorganisation in der COVID-19 Pandemie, in: ZaöRV (2020), 322 f.

Hathaway, Oona/Philips-Robins, Alasdair COVID-19 and International Law Series: Reforming the World Health Organization, Just Security, 11.12.2020, <https://www.justsecurity.org/73793/covid-19-and-international-law-series-reforming-the-world-health->

[organization/](#).

Hathaway, Oona/Stevens, Mark/Lim, Preston COVID-19 and International Law: Refugee Law – The Principle of Non-Refoulement, Just Security, 30. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73593/covid-19-and-international-law-refugee-law-the-principle-of-non-refoulement/>.

Hathaway, Oona/Stevens, Mark/Lim, Preston COVID-19 and International Law Series: International Humanitarian Law – Humanitarian Access, Just Security, 12. November 2020, <https://www.justsecurity.org/73336/covid-19-and-international-law-series-international-humanitarian-law-humanitarian-access/>.

ICRC, Coronavirus: COVID-19 pandemic, <https://www.icrc.org/en/what-we-do/covid-19-pandemic>.

Kotlik, Marcos/Heffes, Ezequiel COVID-19 Symposium: COVID-19 in Conflict-Affected Areas–Armed Groups as Part of a Global Solution, Opinio Juris, 4. April, <http://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-covid-19-in-conflict-affected-areas-armed-groups-as-part-of-a-global-solution/>.

Patrick, Stewart When the System Fails. COVID-19 and the Costs of Global Dysfunction, Foreign Affairs, July/August 2020, <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/when-system-fails>.

Globaler Waffenstillstand – Wie geht es weiter?

UN Secretary-General, Secretary-General’s Appeal for Global Ceasefire, 23 March 2020, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-03-23/secretary-generals-appeal-for-global-ceasefire>.

Gowan, Richard The UN at Crossroads of Covid-19, 2020, <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-autumn-2020-issue-no-17/the-un-at-crossroads-of-covid-19>.

Peters, Anne The Security Council, Functions and Powers, Article 25, in: Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andeas/Wessendorf, Nikolai, The Charter of the United Nations: A Commentary (Oxford University Press 2012), 11-14.

Pobjie, Erin Covid-19 as a threat to international peace and security: The role of the UN Security Council in addressing the pandemic, 2020, <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-the-role-of-the-un-security-council-in-addressing-the-pandemic/>.

Thompson, Tyler Jess Searching for Covid-19 Ceasefires: Conflict Zone Impacts, Needs, and Opportunities, in: 48 Special Report United States Institute of Peace (2020).

UN Meetings Coverage and Press Releases, Secretary-General Highlights 'Essential' Failure of International Cooperation, in Address to Security Council Meeting on Post-Coronavirus Global Governance, 24. September 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/sc14312.doc.htm>.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Thilo Marauhn

Dr. Ayşe-Martina Böhringer

Cand. iur. Clara Becker

Cand. iur. Melina Trebert

Wiss. Mit. Daniel Mengeler

Cand. iur. Lena Albrecht

Wiss. Hilfskraft Michelle Reiß

Dr. Magdalena Jaś-Nowopolska

Cand. iur. Simone Gerner

Wiss. Hilfskraft Vera Strobel

Wiss. Mit. Barry de Vries

Das Franz von Liszt Institut

Das Ende 2002 unter dem Namen Academia Juris Internationalis Franz von Liszt gegründete Franz von Liszt Institut setzt sich als Forschungsstelle für internationales Recht und Rechtsvergleichung am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen zum Ziel, durch Bündelung der Aktivitäten am Fachbereich Rechtswissenschaft das internationale Recht und die Rechtsvergleichung mit den jeweiligen interdisziplinären Bezügen entsprechend der wissenschaftlichen, gesellschaftlichen und praktischen Bedeutung besonders zu pflegen. Die Forschungsstelle verfolgt ihre Ziele insbesondere durch eigene Forschungsvorhaben, die Veröffentlichung der Forschungsergebnisse in der Fachliteratur, Weiter- und Fortbildungsveranstaltungen und die Ausbildung und Förderung von Nachwuchswissenschaftlern/-innen.

Zum festen Bestandteil der Aktivitäten der Forschungsstelle gehören öffentliche Vorträge zu aktuellen Fragen des internationalen Rechts, wissenschaftliche Kolloquien und öffentliche Fachgespräche in Zusammenarbeit mit Praktikern/-innen. Die Forschungsstelle kooperiert eng mit ausländischen Institutionen und arbeitet an internationalen Projekten mit.

The Franz von Liszt Institute

The Franz von Liszt Institute, initially called Academia Juris Internationalis, was founded in 2002 as a research center for international law and comparative law. It is part of the faculty of law of the Justus Liebig University of Giessen. Bringing the different activities of the faculty together, the institute aims to foster research on international and comparative law with its special social and practical importance and its interdisciplinary references. The research center conducts its own research projects and publishes the research results in scientific publications. In addition, it offers professional training events and trains and sponsors young academics.

As one of the main activities of the institute, public lectures deal with questions of international law, scientific colloquiums and public discussion in cooperation with practitioners. The institute cooperates intensively with international institutions and takes part in various international projects.

FRANZ VON LISZT INSTITUTE
JUSTUS LIEBIG UNIVERSITY GIESSEN