



Bundesverfassungsgericht
Erster Senat
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Bundesverfassungsgericht	
Eing. 19.07.21	15-16
_____ Doppel _____	Bd.
_____ Anlage _____	Doppel

2. V. 19.7.21

Berlin, 15. Juli 2021
Geschäftszeichen: PA 6 -1300-5-19X
Bezug: Ihr Schreiben vom 2. Juni 2021
Anlagen: 10

Leiterin Sekretariat PA 6
Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

bearbeitet von:
Christian Menz
Platz der Republik 1
11011 Berlin
Telefon: [REDACTED]
Telefon: [REDACTED]
Fax: [REDACTED]
rechtsausschuss@bundestag.de
[REDACTED]

Dienstgebäude:
Paul-Löbe-Haus
Konrad-Adenauer-Str. 1
10117 Berlin

Mehrfertigungen des Schriftsatzes vom 15. Juli 2021 in den
Verfahren 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21

Original Sehr geehrte Damen und Herren, *Kopie*

im Auftrag des Prozessbevollmächtigten des Deutschen Bundestages, Herrn Prof. Dr. Stephan Rixen, übersenden wir in den Verfahren 1 BvR 971/21 und 1 BvR 1069/21 als Anlagen wie erbeten 10 Mehrfertigungen der Stellungnahme des Deutschen Bundestages.

Die Stellungnahme ist Ihnen fristgerecht bereits am 15. Juli 2021 per E-Mail zugeleitet worden.

Das Original der auf Herrn Prof. Dr. Stephan Rixen ausgestellten Prozessvollmacht hat Ihnen dieser postalisch übersandt.

Mit freundlichen Grüßen

Andrea Krebs
Dr. Andrea Krebs

PROF. DR. STEPHAN RIXEN

Prof. Dr. Stephan Rixen • [REDACTED]

Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

dienstliche Erreichbarkeit:

Universität Bayreuth
Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
Universitätsstr. 30
95447 Bayreuth

Telefon: [REDACTED]
Telefax: [REDACTED]
E-Mail: [REDACTED]

15.07.2021

In den Verfahren

1 BvR 971/21

1 BvR 1069/21

nehme ich namens und im Auftrag des Deutschen Bundestages Stellung.

Die Vollmacht wurde gesondert übermittelt.

Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.

Inhaltsübersicht

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

- I. Beschwerdefähigkeit
- II. Beschwerdegegenstand
- III. Beschwerdefrist
- IV. Beschwerdebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis

1. Maßstäbe – Begründungsanforderungen
2. Anwendung auf die Verfahren

a) Verfahren 1 BvR 971/21

- aa) Zu den Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht
- bb) Grundrechtsnormen

- (1) Art. 6 Abs. 1 GG
- (2) Art. 12 Abs. 1 GG
- (3) „Grundrecht auf Bildung“ (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)
- (4) Art. 1 Abs. 1 GG
- (5) Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG
- (6) Art. 3 Abs. 1 GG
- (7) „Testpflichten“: Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, allgemeine Handlungsfreiheit, Recht auf informationelle Selbstbestimmung

cc) Gegenwärtige Betroffenheit

- b) Verfahren 1 BvR 1069/21 (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)

3. Fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis

V. Rechtswegerschöpfung – Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

1. Allgemeine Bedeutung (§ 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG)
2. Kein fachgerichtlicher Rechtsschutz geboten?

VI. Zwischenergebnis

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerden

I. Gesetzgebungskompetenz

II. Zustimmung des Bundesrates nach Art. 104a Abs. 4 GG

1. § 56a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG

- a) Auslegung von § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG
- b) Keine Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG
- c) Keine Zustimmungspflicht mangels wesentlicher Gesetzesänderung
- d) Rückwirkende Zustimmung des Bundesrates

2. Testungen (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG)

III. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG

IV. Verstoß gegen das Gebot der Gewaltenteilung

V. Vereinbarkeit von § 28b Abs. 3 IfSG mit den Grundrechten des Grundgesetzes

1. Relevante Grundrechte – Eingriffe

2. Verhältnismäßigkeit

- a) Regelungsziel
- b) Regelungsmittel: multidimensionales Schutzkonzept
- c) Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

aa) Geeignetheit

- bb) Erforderlichkeit, insb. zum Inzidenzwert und zur 7-Tage-Inzidenz
- cc) Angemessenheit (Zumutbarkeit)

d) Zwischenergebnis

C. Ergebnis

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

I. Beschwerdefähigkeit

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind als natürliche Personen (vgl. § 90 Abs. 1 BVerfGG: „jedermann“) beschwerdefähig.

II. Beschwerdegegenstand

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer richten sich gegen Akte deutscher öffentlicher Gewalt (vgl. § 90 Abs. 1 BVerfGG), nämlich gegen Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 (BGBl. I S. 802).

In der Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21** wird die Verfassungsbeschwerde zwar, wie es zunächst scheint, gegen den gesamten § 28b Abs. 3 IfSG gerichtet (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 2), allerdings wird dies präzisiert, wenn es heißt (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 2), die Verfassungsbeschwerde richte sich

- gegen die „inzidenzunabhängige Testpflicht“, also gegen § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG,
- gegen „die zwingende Anordnung von Wechselunterricht bei Überschreitung einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100“, also gegen § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG, und

- gegen das „vollständige Verbot von Präsenzunterricht und Kinderbetreuung im Falle des Überschreitens der Sieben-Tage-Inzidenz von 165“, also gegen § 28b Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 IfSG.

Die Verfassungsbeschwerde **1 BvR1 1069/21** richtet sich ausdrücklich nur gegen § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 1).

§ 28b Abs. 3 IfSG i.d.F. des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 (BGBl. I S. 802), in Kraft getreten am 23.04.2021 (vgl. Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes), lautet:

„¹Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. ²Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. ³Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. ⁴Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. ⁵Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. ⁶Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante

Schwellenwert bei 165 liegt. ⁷Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. ⁸Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. ⁹Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend."

§ 28b Abs. 3 IfSG wurde durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021 (BGBl. I S. 1174) mit Wirkung ab 04.05.2021 (vgl. Art. 4 Abs. 4 des Gesetzes) geändert:

„¹Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. ²Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. ³Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. ⁴Wenn ausschließlich Personen teilnehmen, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden, gelten die Sätze 2 und 3 nicht für

1. Aus- und Fortbildungseinrichtungen von Polizeien und Rettungsdiensten sowie, soweit die Aus- und Fortbildungen zur Aufrechterhaltung und Gewährleistung der Einsatzbereitschaft zwingend erforderlich sind, für die Aus- und Fortbildungen im Zivil- und Katastrophenschutz, bei den Feuerwehren sowie

von sicherheitsrelevanten Einsatzkräften in der Justiz und im Justizvollzug und

2. Aus- und Fortbildungseinrichtungen für Kontrollpersonal an Flughäfen oder für Luftfracht sowie für Einrichtungen, die Fortbildungen und Training für Personal in der Flugsicherung, Piloten, andere Crewmitglieder und sonstiges Personal Kritischer Infrastrukturen durchführen, soweit die Aus- und Fortbildungsveranstaltungen auf Grund gesetzlicher Vorgaben zwingend durchzuführen sind und dabei Präsenz erforderlich ist.

⁵Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann unter der Voraussetzung, dass ausschließlich Personen teilnehmen, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden,

1. Abschlussklassen, Förderschulen und praktische Ausbildungsanteile an berufsbildenden Schulen sowie Berufsbildungseinrichtungen nach § 2 Absatz 1 Nummer 3 des Berufsbildungsgesetzes, die nur in besonders ausgestatteten Räumlichkeiten oder Lernumgebungen mit Praxisbezug, wie zum Beispiel in Laboren und Krankenhäusern, durchgeführt werden können, von der Beschränkung nach Satz 2, Präsenzunterricht nur in Form von Wechselunterricht durchzuführen, befreien und

2. Abschlussklassen, Förderschulen sowie Veranstaltungen an Hochschulen für Studierende, die unmittelbar vor dem Studienabschluss oder abschlussrelevanten Teilprüfungen stehen, und praktische Ausbildungsanteile an Hochschulen, praktischen Unterricht an berufsbildenden Schulen sowie Berufsbildungseinrichtungen nach § 2 Absatz 1 Nummer 3 des Berufsbildungsgesetzes, an außerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnlichen Einrichtungen, die nur in besonders ausgestatteten Räumlichkeiten oder Lernumgebungen mit Praxisbezug, wie zum Beispiel in Laboren oder Krankenhäusern, durchgeführt werden können, von der Untersagung nach Satz 3 ausnehmen.

⁶Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. ⁷Absatz 2 Satz 1 und 2 gilt für das Außerkrafttreten der Beschränkung nach Satz 2, Präsenzunterricht nur in Form von Wechselunterricht durchzuführen, entsprechend und für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei unter 165 liegt. ⁸Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Beschränkung nach Satz 2, Präsenzunterricht nur in Form von Wechselunterricht durchzuführen, oder die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. ⁹Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 7 gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. ¹⁰Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 6 bis 9 entsprechend.“

Die Normen, die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffen werden (einerseits § 28b Abs. 1 Satz 1 bis 3, andererseits § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG), sind von der Gesetzesänderung nicht betroffen gewesen.

III. Beschwerdefrist

Die Verfassungsbeschwerden wurden fristgerecht im Mai 2021 erhoben. Die für Verfassungsbeschwerden gegen parlamentsgesetzliche Regelungen geltende Ein-Jahres-Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) wurde eingehalten, denn das Vierte Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 (BGBl. I S. 802) ist am 23.04.2021 (vgl. Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes) in Kraft getreten.

IV. Beschwerdebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt.

1. Maßstäbe – Begründungsanforderungen

Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt (vgl. § 90 Abs. 1 BVerfGG), wenn nach ihrem Vortrag die Verletzung eigener Grundrechte im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG möglich, also nicht offensichtlich nach jeder Betrachtungsweise, d.h. von vornherein ausgeschlossen ist. Die Betroffenheit in einem eigenen Grundrecht ist von vornherein ausgeschlossen, wenn auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits entwickelte Grundsätze angewandt werden könnten und auf deren Grundlage eine Verletzung der in Rede stehenden Grundrechte ohne weiteres zu verneinen wäre; die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist hingegen dann gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine bislang vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entschiedene, offene verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die die Annahme eines verfassungsbeschwerdefähigen Rechts jedenfalls nicht von vornherein ausschließt.

Vgl. insoweit nur BVerfGE 125, 39 (73) m.w.N.

Namentlich dann, wenn sich die Beschwerdeführerin oder der Beschwerdeführer gegen eine parlamentsgesetzliche Bestimmung wendet, muss sie bzw. er von der Bestimmung selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein; sie oder er muss also Adressat/in der Regelung sein, deren Wirkungen sie schon (etwa durch nötig werdende Dispositionen) oder noch betreffen, ohne dass es eines Umsetzungs- bzw. Vollzugsaktes bedürfte.

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG muss die Verfassungsbeschwerde das vorgeblich verletzte Grundrechte bezeichnen und den seine Verletzung enthaltende Vorgang substantiiert darlegen. Die Verfassungsbeschwerde muss sich – gerade bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden – mit dem zugrundeliegenden einfachen Recht sowie mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorgetragenen Sachverhalts aus-

einandersetzen. Die Beschwerdeführenden müssen darlegen, mit welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die angegriffene Maßnahme kollidiert; sie müssen das Grundrecht in Bezug zu dem Lebenssachverhalt setzen und die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung verdeutlichen. Soweit das Bundesverfassungsgericht für bestimmte Fragen bereits verfassungsrechtliche Maßstäbe entwickelt hat, muss anhand dieser Maßstäbe aufgezeigt werden, inwieweit Grundrechte durch die angegriffene Maßnahme verletzt sein sollen.

BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 – 1 BvR 928/21 –, Rn. 12; unter Bezugnahme auf diese Entscheidung spricht BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – 1 BvR 927/21 –, Rn. 6 von einer „stRspr“ (ständigen Rechtsprechung).

Generell gilt, dass die Darlegungen nur dann substantiiert sind, wenn sie „konkret bezogen auf die eigene Situation“ erfolgen (BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – 1 BvR 927/21 –, Rn. 6), also „hinreichend individualisiert“ (BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 – 1 BvR 968/21 u.a. –, Rn. 11) sind. Wo „nichts Konkretes zu sich selbst“ (BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – 1 BvR 927/21 –, Rn. 9) vorgetragen wird, ist die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht dargelegt. Das gilt einerseits mit Blick auf das jeweilige Grundrecht, das verletzt sein soll, andererseits aber auch mit Blick auf die einfachgesetzliche Rechtslage.

Konkret betroffen wird danach – von anderen Anforderungen abgesehen – regelmäßig z.B. nur sein, wer sich dazu äußert, ob er oder sie in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt (vgl. den Tatbestand des § 28b Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 IfSG) lebt, in dem der Schwellenwert von 100 bzw. 165 Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohnerinnen und Einwohnern innerhalb von sieben Tagen greift (vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – 1 BvR 927/21 –, Rn. 8 zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG) oder im Hinblick auf § 28b Abs. 3 Satz 2 oder S. 3 IfSG zumindest deutlich wird, ob das Eintreten der Rechtsfolgen des § 28b IfSG „bereits klar abzusehen war“ (so BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. –, Rn. 24, zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG).

Gemessen daran sind die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer beschwerdebefugt, allerdings nicht hinsichtlich aller Grundrechte, die sie als möglicherweise verletzt rügen.

2. Anwendung auf die Verfahren

a) Verfahren 1 BvR 971/21

aa) Zu den Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht

Die Beschwerdeführenden zu 1) und 2) rügen (vgl. **Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21**, S. 2) die mögliche Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie aus Art. 6 Abs. 1 GG.

Die Beschwerdeführenden zu 3, 4, 5 rügen eine mögliche Verletzung ihres „Grundrechts auf Bildung“ sowie ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG.

Die Beschwerdeführerin zu 6) rügt (vgl. **Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21**, S. 28) eine mögliche Verletzung ihres „Grundrechts auf Bildung“ sowie ihres Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Der Vortrag der Beschwerdeführenden ist so zu verstehen, dass die angegriffenen Maßnahmen einerseits das familiäre Zusammenleben, andererseits die jeweilige Lebenssituation der einzelnen Beschwerdeführenden, sei es in beruflicher Hinsicht (Beschwerdeführende zu 1 und 2), sei es in schulischer Hinsicht (Beschwerdeführende 3 bis 5), sei es im Hinblick auf die Betreuung im Kindergarten (Beschwerdeführende zu 6), massiv belasten. Die normalen, aus der vorpandemischen Zeit bekannten Abläufe seien seit Beginn der pandemieregulierenden Maßnahmen weitgehend verändert, was durch die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Maßnahmen verstärkt werde.

In tatsächlicher Hinsicht ist es plausibel, dass die pandemieregulierenden Maßnahmen für Schülerinnen und Schüler zu deutlichen Belastungen führen, die sonst übliche Belastungen überschreiten können. Das ist in der erziehungswissenschaftlichen empirischen Forschung, aber auch der medizinischen Forschung zu den Folgen der Pande-

mieregulierungsmaßnahmen dem Grunde nach anerkannt, wobei allerdings betont wird, dass bei generalisierenden Einschätzungen Vorsicht geboten sei.

Hierzu die Beiträge in Dohmen/Hurrelmann (Hrsg.), Generation Corona? Wie Jugendliche durch die Pandemie benachteiligt werden, 2021.

Die konkreten Lebensumstände, unter denen Kinder in der Pandemie lebten, seien etwa ebenso wichtig wie die persönliche Resilienz oder Vorbelastungen gesundheitlicher Art oder im familiären oder sonstigen sozialen Umfeld. Die Härten der Pandemieregulierung treffen, so wird immer wieder betont, nicht jedes Kind in gleicher Weise. Kinder, die bereits vor der Pandemie vielfältigen Belastungen ausgesetzt waren, werden durch die Effekte, die die Pandemieregulierungsmaßnahmen haben, stärker betroffen als andere Kinder.

Dohmen/Hurrelmann, Wird es eine „Generation Corona“ geben?, in: dies. (Hrsg.), Dohmen/Hurrelmann (Hrsg.), Generation Corona? Wie Jugendliche durch die Pandemie benachteiligt werden, 2021, S. 276 (295): „Aus den Beiträgen in diesem Band kann [...] geschlossen werden, welche Gruppen der jungen Generation Sorge tragen müssen, zu einer ‚Generation Corona‘ zu werden. Es sind insbesondere die Jugendlichen, die bereits vor dem Ausbruch der Pandemie besonders ungünstige Bildungs- und Lebensverläufe hatten.“

Auch ist unstrittig, dass Kinder die Pandemie oft als überaus belastend empfunden haben.

Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Kenntnisstand Gesundheit von Kindern und Jugendlichen nach einem Jahr Pandemie“, BT-Drucks. 19/31150 v. 23.06.2021, insb. S. 11 ff.

Barbarino u.a., Kinderbetreuung in Zeiten der Pandemie zwischen Gesundheitsschutz und Förderauftrag, in: „frühe Kindheit – die ersten sechs Jahre“ – Zeitschrift der Deutschen Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft, 24. Jg., H. 2/2021, S. 26-33.

Kaman u.a., Psychische Gesundheit von Kindern und Jugendlichen während der ersten und zweiten Welle der COVID-19-Pandemie, in: „frühe Kindheit – die ersten sechs Jahre“ – Zeitschrift der Deutschen Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft, 24. Jg., H. 2/2021, S. 34-37.

Kaman/Otto u.a., Belastungserleben und psychische Auffälligkeiten von Kindern und Jugendlichen in Hamburg während der COVID-19-Pandemie – Ergebnisse der COPSY-Studie-Hamburg, in: Nervenheilkunde 40. Jg, 2021, S. 319-326, www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1397-5400

Langmeyer u.a., Kind sein in Zeiten von Corona. Ergebnisbericht zur Situation von Kindern während des Lockdowns im Frühjahr 2020, hrsgg. vom Deutschen Jugendinstitut, 2020, www.dji.de

Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften, Kinder und Jugendliche in der Coronavirus-Pandemie: psychosoziale und edukative Herausforderungen und Chancen, 8. Ad-hoc-Stellungnahme, 21. Juni 2021, www.leopoldina.org

Ravens-Sieberer/Kaman u.a., Psychische Gesundheit und Lebensqualität von Kindern und Jugendlichen während der COVID-19-Pandemie – Ergebnisse der COPSY-Studie, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 117, H. 48/2020, S. 828 f., www.aerzteblatt.de

Ravens-Sieberer/Kaman u.a., Impact of the COVID-19 pandemic on quality of life and mental health in children and adolescents in Germany, in: European Child & Adolescent Psychiatry 2021, published 25 January 2021, <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs00787-021-01726-5>

Ravens-Sieberer/Kaman u.a., Seelische Gesundheit und psychische Belastungen von Kindern und Jugendlichen in der ersten Welle der COVID-19-

Pandemie – Ergebnisse der Copsy-Studie, in: Bundesgesundheitsblatt, published 1 March 2021, www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7920639/

Schlack u.a., Auswirkungen der COVID-19-Pandemie und der Eindämmungsmaßnahmen auf die psychische Gesundheit von Kindern und Jugendlichen, in: Journal of Health Monitoring · 2020 5(4), S. 23-33, www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/JoHM/2020/JoHM_Inhalt_20_04.html

S. auch Österreichische Liga für Kinder- und Jugendgesundheit, Bericht zur Lage der Kinder- und Jugendgesundheit in Österreich 2020, Oktober 2020, www.kinderjugendgesundheit.at

Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls plausibel, wenn die Beschwerdeführenden zu 3) bis 6) vortragen, wie sehr ihr Alltag, namentlich das Lernen in der Schule, aber auch der Alltag in der Familie, sich infolge der Pandemieregulierungsmaßnahmen verändert hat. Ihr Vortrag bestätigt die sozialwissenschaftliche Beobachtung, dass das „Familienleben als Seismograph sozialer Folgen der Pandemie“¹ fungiert. Gleiches gilt für die Beschwerdeführenden zu 1) und 2), die als Eltern die vielfältigen Herausforderungen einer Mehrfachbelastung durch Beruf, Familie und einer zeitweiligen Übernahme der Funktion als Quasi-Lehrerinnen und Lehrer bewältigen müssen, was das übliche Belastungsniveau, das mit dem Familienleben typischerweise verbunden ist, deutlich überschreitet.

bb) Grundrechtsnormen

(1) Art. 6 Abs. 1 GG

Sofern sich die Beschwerdeführenden auf Art. 6 Abs. 1 GG berufen, ist es nach ihren Ausführungen jedenfalls plausibel, wenn sie monieren, dass die angegriffenen Maßnahmen das durch die vorher geltenden landesrechtlichen Maßnahmen bereits gestörte

¹ Andresen u.a., Familienleben als Seismograph sozialer Folgen der Pandemie, in: „frühe Kindheit – die ersten sechs Jahre“ – Zeitschrift der Deutschen Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft, 24. Jg., H. 2/2021, S. 18-25.

„familiäre Gefüge“ (Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21, S. 52) zusätzlich empfindlich stören. Das ist so zu verstehen, dass die Beschwerdeführenden diese Störungen als übermäßig belastend empfinden.

Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Familie als „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ (BVerfGE 10, 59 [66]):

Das „Grundrecht auf Achtung des Familienlebens aus Art. 6 Abs. 1 GG“ [...] stellt die Familie unter den besonderen Schutz des Staates. Damit sind Bestimmungen unvereinbar, welche die Familie schädigen, stören oder sonst beeinträchtigen könnten [...]. Familienmitglieder sind berechtigt, ihre Gemeinschaft nach innen in familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten [...]“ (BVerfG, NJW 2019, 1510, Rn. 10).

Bestimmungen, die das durch die Familienmitglieder selbstdefinierte Miteinander stören, d.h. beeinträchtigen, es also so erschweren, dass es in bislang gekanntem Maße nicht gepflegt werden kann, können auch die Regelungen des § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG sein. Die Notwendigkeit, den Familienalltag, jedenfalls den Alltag von Familien mit schulpflichtigen Kindern, ohne die gewohnte Taktung durch den schulischen Präsenzunterricht anders organisieren zu müssen – was gewohnte Abläufe stört –, ist im Hinblick auf § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG nicht zu übersehen, gilt aber auch im Hinblick auf § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG, weil etwa Zeit für die Testungen eingeplant werden muss, was die gewohnten Abläufe ebenfalls stört.

Diese Effekte sind auf der Basis des modernen Eingriffsbegriffs² auch dem Staat, der § 28b Abs. 3 IfSG erlassen hat, zuzurechnen. Eingriffe sind alle dem Staat zurechenbaren Effekte, die die Ausübung des im Schutzbereich eines Grundrechts liegenden Verhaltens verunmöglichen oder erschweren:

„Der Grundrechtsschutz ist nicht auf unmittelbar adressierte Eingriffe beschränkt. Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher

² Hierzu Rixen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kapitel 5, Rn. 63 ff., insb. Rn. 67 f.

von Verfassungs wegen hinreichend gerechtfertigt sein. Sie können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden“ (BVerfGE 153, 182, Rn. 215).

So liegt der Fall hier. § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG intendiert die Störung des Familienlebens zwar nicht, die Regelungen wirken sich aber faktisch so aus. Als naheliegende (Neben-)Effekte der Regelung können sie nicht hinweggedacht werden, d.h., ohne diese Effekte sind die Maßnahmen des § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG nicht vorstellbar. Wo die üblichen Abläufe des Schulalltags wegfallen, hat dies unmittelbar Folgen für den Familienalltag, der auf die schulischen Abläufe abgestimmt ist und permanent durch sie beeinflusst wird.

Entsprechendes gilt (mit Blick auf die Beschwerdeführende zu 6) für die Kinderbetreuung in einem Kindergarten, denn auch die außerfamiliale Kinderbetreuung ist auf den Familienalltag abgestimmt und erschwert daher, wenn diese Kinderbetreuung nicht mehr möglich ist (vgl. § 28b Abs. 3 Satz 9 i.V.m. § 33 Nr. 1 IfSG), die Beachtung der üblichen Abläufe des Familienalltags

(2) Art. 12 Abs. 1 GG

Dass die Ausübung des Berufs der Beschwerdeführenden zu 1) und 2) faktisch berührt wird, ist unstrittig. Allerdings stellt sich auch hier die Frage, ob die Effekte auf die Berufsausübung dem Staat zugerechnet werden können. Das ist im Ergebnis zu bejahen.

Für Eingriffe in die Berufsfreiheit gilt, dass sie eine sog. berufsregelnde Tendenz haben müssen. Gemeint sind gesetzliche Bestimmungen, die sich

„zwar nicht auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben“ (BVerfGE 111, 191 [213]).

Ferner gilt:

„Die Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht jedoch dann, wenn Normen, die zwar selbst die Berufstätigkeit nicht unmittelbar berühren, aber Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern, in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen [...], die mittelbaren Folgen also kein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind [...]“ (BVerfGE 148, 40, Rn. 28).

Das ist bei § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG der Fall. Infolge des faktischen Fortfalls der Schule als Element eines verlässlich planbaren Tagesablaufs müssen (bzw. mussten) die Beschwerdeführenden ihren beruflichen Alltag (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 26) erheblich auf die neuen Betreuungserfordernisse (einschließlich der jeweiligen Testerfordernisse) umstellen. Dies intendieren die angegriffenen Regelungen zwar nicht, aber ohne diese Effekte sind sie nicht vorstellbar, weil immer da, wo Schulen als betreuende Institutionen ausfallen – gleiches gilt für Kindertagesstätten (Kindergärten) – und sorgeberechtigte Eltern vorhanden sind, diese den Betreuungsanforderungen genügen müssen mit allen Effekten, die das für ihre beruflichen Aufgaben hat. Ohne den § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG hätten die Beschwerdeführenden zu 1) und 2) jedenfalls nicht die Betreuung ihrer Kinder für die Zeiten, in der diese eigentlich in der Schule oder im Kindergarten sind, reorganisieren und auf Kosten der beruflich verfügbaren Zeit mehr Betreuungszeit einplanen müssen. Das sind mittelbar-faktische Wirkungen, die gleichsam so „nah dran“ sind an den gesetzlichen Regelungen, dass sie von diesen nicht sinnvoll abgetrennt werden können. § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG hat daher berufsregelnde Tendenz, so dass nach dem Vortrag der Beschwerdeführenden, die sich übermäßig in ihrer Berufsfreiheit beschränkt sehen, ein (unverhältnismäßiger) Eingriff in dieses Grundrecht möglich ist.

(3) „Grundrecht auf Bildung“ (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Die Beschwerdeführenden zu 3 bis 6 sehen ihr „Grundrecht auf Bildung“ als möglicherweise verletzt an (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 53 ff.). Ob es auf bundes-

verfassungsrechtlicher Ebene ein „(Grund-)Recht auf Bildung“ gibt, hat das Bundesverfassungsgericht bislang offengelassen.

BVerfG, NVwZ 2018, 728 (730), Rn. 25: „Die Existenz eines – gegebenenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitenden – ‚Rechts auf Bildung‘ ist umstritten [...].“

BVerfGE 45, 400 (417): „Das einzelne Kind hat aufgrund des Art 2 Abs. 1 GG ein Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen. Allerdings steht dieses Recht unter dem Vorbehalt der in dieser Verfassungsbestimmung genannten Eingrenzungen. [...] Was das kindliche Entfaltungsrecht im einzelnen zum Inhalt hat [...], inwieweit es insbesondere Elemente eines ‚Rechts auf Bildung‘ enthält [...], braucht hier nicht näher untersucht zu werden.“

S. auch BVerfG, Beschl. v. 06.08.1996 – 1 BvR 1609/96 –, juris, Rn. 10: „Das einzelne Kind hat aufgrund des Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen (vgl. BVerfGE 45, 400 <417>).“

Das Bundesverwaltungsgericht hat ein „Recht auf Bildung“ zwar bejaht (und aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet),³ allerdings ist weder der normtextliche Anknüpfungspunkt im Grundgesetz unumstritten noch ist der Garantiegehalt des „Rechts auf Bildung“ vollständig klar.⁴

Vgl. auch die zahlreichen Normen des GG, die die Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 53, nennt.

Es gibt zwar (vgl. auch Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 53) international- bzw. supranationalrechtliche Garantien, die sich mit unterschiedlichem Inhalt bzw. Akzent mit dem „Recht auf Bildung“ befassen.

³ BVerwGE 47, 201 (206); anderer Akzent in BVerwGE 56, 156 (158) – dazu noch sogleich.

⁴ Vgl. Lohse, Schulische Bildung, in: Birnbaum (Hrsg.), Bildungsrecht in Zeiten von Corona, 2021, § 2 Rn. 5 ff.

Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK⁵ lautet: „Niemandem darf das Recht auf Bildung verwehrt werden [engl.: „shall be denied“; frz.: „ne peut se voir refuser“]. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“

Vorliegend geht es aber nicht um eine vollständige Verweigerung des Zugangs zu Bildungseinrichtungen, sondern um (mögliche) Einbußen bei der Qualität schulischer Bildungsanstrengungen, die die Persönlichkeitsentfaltung hemmen (könnten). Es geht auch nicht um die Achtung der weltanschaulichen bzw. religiösen Ansichten der Eltern.

Der Art. 2 des EMRK-Zusatzprotokolls ähnliche Art. 14 EUGRCh⁶ (Recht auf Bildung)

- (1) Jede Person hat das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung.
- (2) Dieses Recht umfasst die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen.
- (3) Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln.

betrifft die im vorliegenden Verfahren relevante Situation nicht, denn es geht namentlich nicht um den diskriminierungsfreien Zugang zur Schule, der bei Art. 14 Abs. 1 EUGRCh im Zentrum steht.⁷

⁵ BGBl. 1956 II S. 1880.

⁶ ABl. EU 2012 C 326/391.

⁷ Dazu Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 14 EUGRCh Rn. 6; von der Decken, Recht auf Bildung, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 43 Rn. 38; Jarass, EU-Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 3; s. hierzu auch HessVGH, Beschl. v. 24.03.2021 – 8 B 470/21.N –, juris, Rn. 38: „Selbst wenn man zugunsten der von der Aufhebung des Präsenzunterrichts betroffenen Schüler die Existenz eines Grundrechts auf Bildung und zusätzlich dessen Verletzung annähme, könnte es sich allenfalls um die Verletzung eines Teilhaberechts handeln. Ein Teilhaberecht vermittelt aber nur einen Anspruch auf Teilhabe an den vor-

Die Dimension der Persönlichkeitsentfaltung kommt deutlicher zum Ausdruck in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR, sog. UN-Sozialpakt)⁸: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, dass *die Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein* und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss.“ (kursive Hervorhebung hinzugefügt)

Die international- und supranationalrechtlichen Normen können aber nur – in der Sache eher begrenzt – als Auslegungshilfen⁹ wirken, wenn der Ausgangspunkt im Grundgesetz selbst geklärt ist.

Zusf. zum internationalrechtlichen Hintergrund Poscher/Rux/Langer, Das Recht auf Bildung. Völkerrechtliche Grundlagen und innerstaatliche Umsetzung, 2009; s. auch Hauk, Die Pflicht zum Schulbesuch, 2020, S. 129 ff.

Das „(Grund-)Recht auf Bildung“ ist dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zuzuordnen. In dieser im Ansatz¹⁰ abwehrrechtlichen Perspektive erweist sich die strikte Ablehnung des (Grund-)Rechts auf Bildung, die es auf seinen (vermeintlichen) Charakter als (starkes) Leistungsrecht reduziert,¹¹ als wenig überzeugend. Vielmehr hat kraft Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG jedes „einzelne Kind [...] ein Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit seiner Anlagen und Befähigungen [...].“

handenen öffentlichen (Unterrichts-) Angeboten, d. h. zurzeit für die Schüler ab Klasse 7, die keine Abschlussklasse besuchen, ein Teilnahmerecht am Distanzunterricht.“

⁸ BGBl. 1973 II S. 1570.

⁹ Zur EU-Grundrechtecharta und zur Orientierung am internationalen Menschenrechtsschutz als Auslegungshilfen BVerfGE 152, 152, Rn. 61; dass auch der IPwskR als Auslegungshilfe in Betracht kommt, zeigen BVerfGE 146, 71, Rn. 206, und BVerfGE 152, 68, Rn. 151; zur EMRK (und zur Rspr. des EGMR) als Auslegungshilfe BVerfGE 111, 307 (317).

¹⁰ Jestaedt betont den Charakter des Rechts als Schutzpflicht, Jestaedt, Schule und außerschulische Erziehung, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 92.

¹¹ Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: Oktober 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 58.

BVerfG, NVwZ 1997, 781 (782), juris, Rn. 10, unter Verweis auf BVerfGE 45, 400 (417); beide Entscheidungen beziehen sich auf Art. 2 Abs. 1 GG.

Das BVerfG folgt mit dieser Definition dem Bundesverwaltungsgericht.¹² Das Recht des Kindes auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit gilt generell, nicht nur, aber auch im schulischen Kontext. Wenn der Staat seiner Schulverantwortung nachkommt (Art. 7 Abs. 1 GG), muss er Vorkehrungen treffen, die sicherstellen, dass sich die kindliche Persönlichkeit mithilfe des schulischen Unterrichts entfalten kann.¹³ Zugleich muss er darauf hinwirken, dass Entfaltungshindernisse, soweit sie staatlich steuerbar sind, vermieden bzw., wo sie entstehen, unverzüglich abgebaut werden. Insofern trifft den Staat auch eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht, die ihm gebietet zu prüfen, ob bzw. wie (zeitweilige) persönlichkeitsrelevante Entfaltungshindernisse, denen namentlich schulpflichtige Kinder ausgesetzt (gewesen) sein können, kompensiert werden können.

Durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als Recht des Kindes auf ungestörte Entfaltung seiner Persönlichkeit werden aber nicht nur die Länder in die Pflicht genommen, wenn sie ihrer Verantwortung für das Schulwesen gerecht werden. An den Anforderungen des Rechts des Kindes auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung der Persönlichkeit muss sich alle Staatsgewalt messen lassen (Art. 1 Abs. 3 GG), auch der Bundesgesetzgeber, wenn er zwar keine schulrechtlichen Regelungen schafft – was kompetenziell ohnehin nicht zulässig wäre –, sondern schulbezogene infektionsschutzrechtliche Regelungen erlässt, die wegen ihrer Nähe zum Schulalltag die Bedingungen für die Entfaltung der kindlichen Persönlichkeit beeinflussen und verändern. Das Recht auf Bildung ist, so verstanden, nicht in erster Linie ein Recht zur Teilhabe an der schulischen Infrastruktur, und es gewährt auch keinen Anspruch darauf, dass der schulische Erziehungsauftrag nur und ausschließlich in der Schule, also den für die Erfüllung der Unterrichtszwecke zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten ausgeführt wird. Das würde den Auftrag des Art. 7 Abs. 1 GG auf eine Schulbesuchspflicht (Präsenzpflicht) reduzieren, die zwar in Art. 7 GG als zulässige Gestaltungsform des schuli-

¹² BVerfGE 56, 156 (158): „Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit“, das „auch Elemente eines Rechts auf Bildung [...] enthält.“

¹³ Eingehend zur staatlicher Erziehungsverantwortung gemäß Art. 7 Abs. 1 GG Hauk, Die Pflicht zum Schulbesuch, 2020, S. 56 ff., 94 ff.; das BVerfG betont zu Recht, dass „im Schulverhältnis bei der Frage nach der Grundrechtsrelevanz zwischen Eingriffen und Leistungen kaum zu unterscheiden“ sei (BVerfGE 56, 155 [158]).

schen Unterrichts angelegt¹⁴ und einfachgesetzlich anerkannt ist, ohne dass sich aber (so offenbar Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 54) in der Schulbesuchspflicht die staatliche Pflicht, das Recht des Kindes auf möglichst ungestörte Entfaltung seiner Persönlichkeit (auch) im Schulalltag zu gewährleisten, erschöpfen würde.¹⁵ Entsprechendes gilt für die Kindertagesstätten (Kindergärten), die wie die Schulen auch einen Bildungsauftrag verfolgen.

Vgl. § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VIII: „Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege sollen [...] die Erziehung und Bildung in der Familie unterstützen und ergänzen [...].“

Im Sinne des oben dargestellten weiten, modernen Eingriffsbegriffs handelt es sich um mit § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG verbundene Effekte, die die bildungsrelevante Persönlichkeitsentfaltung in einer Weise beeinträchtigen, die die Beschwerdeführende als übermäßig erleben.

Vor diesem Hintergrund ist der Vortrag der Beschwerdeführenden zu 3) bis 6) so zu verstehen, dass sie sich in ihrem (Grund-)Recht auf Bildung – genauer: ihrem Recht auf möglichst ungehinderte Entfaltung ihrer Persönlichkeit – übermäßig beeinträchtigt sehen, weil die von § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG veranlassten Effekte ihre Entfaltungschancen übermäßig beschränkten.

(4) Art. 1 Abs. 1 GG

Soweit von den Beschwerdeführenden zu 3) bis 6) eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) als möglich gerügt wird (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 53 a.E.), genügt das den oben erläuterten Begründungsanforderungen nicht.

Die Ausführungen der Beschwerdeführenden verfehlen den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstab und können daher nicht verdeutlichen, ob bzw. inwieweit

¹⁴ Hauk, Die Pflicht zum Schulbesuch, 2020, S. 94 ff., S. 128.

¹⁵ S. hierzu nur Hauk, Die Pflicht zum Schulbesuch, 2020, S. 56 ff.

von einer Verletzung der Menschenwürde auszugehen ist. Insofern gilt (BVerfGE 144, 20 [207], Rn. 539 f. – kursive Hervorhebungen hinzugefügt):

„Die Garantie der Menschenwürde umfasst insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die *elementare* Rechtsgleichheit [...]. Dem liegt eine Vorstellung vom Menschen zugrunde, die diesen als Person begreift, die in Freiheit über sich selbst bestimmen und ihr Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann [...]. Mit der Subjektqualität des Menschen ist ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch verbunden, der es verbietet, den Menschen zum ‚bloßen Objekt‘ staatlichen Handelns zu degradieren [...]. Auch wenn diese ‚Objektformel‘ in ihrer Leistungskraft begrenzt sein mag [...], ist sie zur Identifizierung von Menschenwürdeverletzungen jedenfalls überall dort geeignet, wo die Subjektqualität des Menschen und der daraus folgende Achtungsanspruch *grundsätzlich* in Frage gestellt werden [...]. Dies ist insbesondere bei jeder Vorstellung eines ursprünglichen und daher unbedingten Vorrangs eines Kollektivs gegenüber dem einzelnen Menschen der Fall. Die Würde des Menschen bleibt nur unangetastet, wenn der Einzelne als *grundsätzlich frei*, wenngleich stets *sozialgebunden*, und nicht umgekehrt als *grundsätzlich unfrei* und einer übergeordneten Instanz unterworfen behandelt wird. Die *unbedingte* Unterordnung einer Person unter ein Kollektiv, eine Ideologie oder eine Religion stellt eine Missachtung des Wertes dar, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins [...] zukommt. Sie verletzt seine Subjektqualität und stellt einen Eingriff in die Garantie der Menschenwürde dar [...].“

Die Beschwerdeführenden setzen sich damit nicht auseinander und verdeutlichen daher nicht konkret bezogen auf ihre Person, wieso die von ihnen angegriffenen Maßnahmen ihren Status als Rechtssubjekt elementar, grundsätzlich bzw. unbedingt in Frage stellen. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG fehlt den Beschwerdeführenden zu 3) bis 6) daher die Beschwerdebefugnis.

(5) Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

Soweit die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz monieren (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 43 i.V.m. 45 f.),¹⁶ genügen ihre Ausführungen den oben dargelegten Begründungsanforderungen nicht.

Die Beschwerdeführenden meinen, dass die Vorenthaltung eines fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen das Wirksamwerden von § 28b IfSG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar sei. Dabei setzen sie der Sache nach voraus, dass es einen Anspruch auf fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen Parlamentsgesetze gebe. Belege dafür aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fehlen, was nicht verwundert, weil das Bundesverfassungsgericht diese Sichtweise nicht teilt.¹⁷ Aber auch Verweise auf Literaturstimmen, die dergleichen womöglich vertreten, fehlen.¹⁸ Die Beschwerdeführenden setzen sich folglich nicht zu Genüge mit der verfassungsrechtlichen Lage auseinander und nehmen auch nicht dazu Stellung, ob der Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht – wenn denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG überhaupt effektiven Rechtsschutz gegen den Bundesgesetzgeber gewährt (was richtigerweise abzulehnen ist) – nicht eine Variante effektiven Rechtsschutzes gegen Parlamentsgesetze wäre mit der Folge, dass Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht verletzt wäre.

Mangels Ausführungen, die den oben dargelegten Begründungsanforderungen genügen, fehlt es im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an der Beschwerdebefugnis.

(6) Art. 3 Abs. 1 GG

Hinsichtlich des Art. 3 Abs. 1 GG sind die Beschwerdeführenden nicht beschwerdebefugt. Es bleibt offen (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 58 f.), inwieweit die Beschwerdeführenden mit Blick auf die angegriffenen Vorschriften gegenüber wem genau ggfs. ungerechtfertigt benachteiligt werden. Es ist nur allgemein von „Arbeitnehmer[n]“ die Rede (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 58 a.E.), ohne dass die

¹⁶ S. auch Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1069/21, S. 66 f. zu Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

¹⁷ Hierzu Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 124 m.w.N.

¹⁸ Dazu Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 122 f. m.w.N.

Rechtslage, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – etwa nach dem speziellen Corona-Arbeitsschutzrecht – gilt, genau berücksichtigt würde. Auch ist von einer „genuine[n] Testpflicht“ (Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21, S. 58 a.E.) die Rede, die offenbar Schülerinnen und Schüler treffe, nicht aber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Wie dargelegt, ist aber die Rede von der „Testpflicht“ zu undifferenziert und kann daher mangels hinreichender substantiiert Ausführungen kein Bezugspunkt für eine Gleichheitsprüfung sein. Insgesamt handelt es sich um allgemein gehaltene Ausführungen, die nichts Konkretes gerade zu den Beschwerdeführenden enthalten.

Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG fehlt die Beschwerdebefugnis.

(7) „Testpflichten“: Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, allgemeine Handlungsfreiheit, Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Bezogen auf die „Testpflichten“ (Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21, S. 55 ff.) monieren die Beschwerdeführenden zu 3) bis 6) eine mögliche Verletzung ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Insoweit genügen die Ausführungen den oben dargelegten Begründungsanforderungen nicht.

Soweit die Beschwerdeführende zu 6) sich durch die vorgeblich in § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG angeordnete „Testpflicht“ beeinträchtigt sieht, kann sie diese „Testpflicht“, selbst wenn sie durch § 28b Abs. 3 Satz 1 angeordnet würde, nicht betreffen, denn sie besucht keine Schule, sondern einen Kindergarten. Insofern gilt Satz 1 aber nicht (vgl. § 28b Abs. 3 Satz 9 IfSG).

Die übrigen Beschwerdeführenden setzen sich nicht hinreichend mit der einfachgesetzlichen Rechtslage auseinander, sondern unterstellen ohne Weiteres, dass § 28b Abs. 3 Satz eine Testpflicht anordne. Der Wortlaut spricht nicht dafür, denn die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig, wenn u.a. Schülerinnen und Schüler zweimal in der Woche „mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden“. Ein durchgeführter Test wird zur Voraussetzung für die Unter-

richtsteilnahme in Präsenz, während keine Pflicht ausgesprochen wird, sich testen zu lassen. Dementsprechend spricht die fachgerichtliche Rechtsprechung im Blick auf vergleichbare landesrechtliche Regelungen zutreffend von einer „Testobliegenheit“¹⁹. Dies ist auch gemeint, wenn die Gesetzesbegründung, von der „allgemeine[n] Testpflicht“ spricht (BT-Drucks. 19/28444, S. 14), ohne dass sich indes der Begründung Hinweise dafür entnehmen ließen, § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG schaffe selbst eine Testpflicht. Das hier als Synonym für Testobliegenheit verwendete Wort „Testpflicht“ darf nicht isoliert und ohne Beachtung des sonstigen Begründungskontextes gegen den Wortlaut in Stellung gebracht werden, der, wie dargelegt, ebenfalls keine Testpflicht erkennen lässt. Da sich eine Testpflicht jedenfalls nicht ohne Weiteres aus § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG herleiten lässt, wären weitere Ausführungen der anwaltlich beratenen Beschwerdeführenden geboten gewesen.

Richtigerweise ist § 28b Abs. 3 Satz 1, wie bereits erwähnt, so zu verstehen, dass aus § 28b Abs. 3 Satz 1 GG keine Testpflicht folgt.

Vgl. hierzu LVerfG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.05.2021 – LVG 21/21 –, Rn. 50, 62, 66.

Die passivische Formulierung („getestet werden“) lässt offen, welche Person oder Institution die Testungen vornimmt oder die entsprechenden Materialien vorhält bzw. gewährt. Auch die Gesetzgebungsmaterialien äußern sich hierzu nicht (vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 14 f.). Das ist auch naheliegend, weil der Bundesgesetzgeber die Verantwortung der Länder für die auf den Schulalltag bezogenen Testungen, aber auch ihre Erfahrungen mit der Umsetzung der Testungen achten wollte. Daher hat der Bund keine

¹⁹ Beispielhaft für das Landesrecht BayVGH, Beschl. v. 13.04.2021 – 20 NE 21.1032 –, juris, Rn. 13: „Vielmehr trifft durch § 18 Abs. 4 12. BayIfSMV Schülerinnen und Schüler die Obliegenheit, ein entsprechendes negatives Testergebnis vorzuweisen, um am Präsenzunterricht teilnehmen zu können. Erfüllen Schülerinnen und Schüler diese Testobliegenheit nicht, findet für sie Distanzunterricht und Distanzlernen statt.“ OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 30.04.2021 – 3 MR 25/21 –, juris, Rn. 42: Der Verordnungsgeber hat mit § 8 Abs. 1 bis 4, 6 und 7 SchulencoronaVO, indem er den Nachweis eines negativen Testergebnisses zur Voraussetzung für den Zugang zur Schule und zu sonstigen schulischen Veranstaltungen gemacht hat, eine Testobliegenheit und keine Testpflicht eingeführt (vgl. VGH München, a.a.O., Rn. 14). Obliegenheiten begründen für den „Berechtigten“ keinen Erfüllungsanspruch; die Befolgung ist Gebot des eigenen Interesses, da der Belastete bei ihrer Nichtbefolgung rechtliche Nachteile erleidet (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, Einl v § 241 Rb. 13 m.w.N.). Die Vorlage eines negativen Testergebnisses kann vom Antragsgegner nicht erzwungen werden; § 8 Abs. 4 SchulencoronaVO vom 16. April 2021 sieht für Schülerinnen und Schüler ohne negatives Testergebnis ein Lernen in Distanz vor, wobei ein Anspruch auf ein Lernen in Distanz, welches in Gestalt und Umfang bei einem vollständigen Entfallen von Präsenzunterricht vorzusehen wäre, nicht besteht.“ S. auch LVerfG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 21.05.2021 – LVG 21/21 –, Rn. 50, 62, 66.

Vorgaben machen wollen, sondern eine Regelung geschaffen, die jedem Bundesland die Art und Weise der Umsetzung der Testungen gestattet, die es zur Erreichung des Ziels von § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG für angemessen hält. Hierbei hat er auf die in den Ländern bereits vor Inkrafttreten des § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG bestehende Testpraxis abgestellt und diese als „allgemeine Testpflicht“ – gemeint: Testobliegenheit – gedeutet. Der Bundesgesetzgeber hat also die Regelung bewusst auf die vorfindliche Testungspraxis in den Ländern abgestimmt. Mit diesen Überlegungen setzen sich die Beschwerdeführenden nicht auseinander und nehmen eine Testpflicht an, ohne ihr Bestehen im Wege der Auslegung des einfachgesetzlichen Rechts zu begründen.

Diese Bedenken treffen auch die anderen, im Hinblick auf die vorgebliche Testpflicht geäußerten grundrechtlichen Bedenken, denn wenn es gar keine Testpflicht gibt, kann der Test verweigert werden (freilich um den Preis, nicht am Präsenzunterricht teilnehmen zu können), und die angenommenen Gefahren, die vorgeblich aus der Anwendung eines Tests resultieren könnten (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 56), könnten vermieden werden. Abgesehen davon versteht sich auch nicht selbst, dass die Beschwerdeführenden, unter ihnen eine 16jährige, die die 11. Klassenstufe eines Gymnasiums besucht und gut ein Jahr vom Abitur entfernt ist (Beschwerdeführende zu 3, vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 26 a.E.), den Test nicht sachgemäß durchführen könne (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 56 [oben]). Auch hier wären genauere Ausführungen zur (vorgeblichen) Gesundheitsgefährdung des Tests gerade für die Beschwerdeführenden geboten gewesen.

Das gilt auch für die Behauptung, die „ständige Anwendung von Antigentest[s]“ verletze die psychische Gesundheit (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 56). Unterstellt, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG insoweit überhaupt anwendbar ist,

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt die körperliche Unversehrtheit insbesondere vor staatlich veranlassten Maßnahmen, die die Integrität (unabhängig davon, ob Schmerzen damit verbunden sind) beeinträchtigen, indem sie somatische oder psychische Krankheiten, jedenfalls soweit diese körperliche Effekte zeitigen, hervorrufen.²⁰

²⁰ Rixen, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 148 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 83 m.w.N.; s. ferner BVerfGE 54, 54 (73-75).

dann wird gemessen an den oben dargelegten Begründungsanforderungen nicht hinreichend individualisiert deutlich, dass gerade für die Beschwerdeführenden zu 3) bis 5) von einem psychiatrisch relevanten Krankheitswert der „ständigen Anwendung von Antigentest[s]“ auszugehen ist.

Da nicht hinreichend erläutert wird, ob überhaupt eine Pflicht vorliegt, wird auch nicht deutlich, wieso vorgeblich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt sein soll. Auch insofern fehlt es an hinreichend substantiierten Darlegungen.

Hinsichtlich der als möglicherweise verletzt gerügten Grundrechte, die durch die vermeintliche Testpflicht (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG) verletzt sein sollen, fehlt es schon aus den vorgenannten Gründen an der Beschwerdebefugnis.

cc) Gegenwärtige Betroffenheit

Die Beschwerdeführerinnen zu 3) bis 5) sind Adressatinnen von § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG (wenngleich richtigerweise Satz 1 nicht als Testpflicht zu verstehen ist). Die Beschwerdeführerin zu 6) ist nur Adressatin von § 28b Abs. 3 Satz 2, 3 i.V.m. Satz 9 IfSG. Insoweit sind sie selbst und mangels eines hier nicht erforderlichen administrativen Umsetzungsaktes, der die Rechtsfolge sozusagen erst freigeben würde, auch unmittelbar betroffen (gewesen). Im Ergebnis ist auch ihre gegenwärtige Betroffenheit zu bejahen. Selbst wenn unklar wäre, ob die Beschwerdeführenden in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt (vgl. den Tatbestand des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG) leben, in dem der Schwellenwert von 100 Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 Einwohnerinnen und Einwohnern innerhalb von sieben Tagen greift (vgl. – zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG – BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – 1 BvR 927/21. –, Rn. 8), so wird doch hinreichend deutlich, dass das Eintreten der Rechtsfolgen des § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG „bereits klar abzusehen war“ (so BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. –, Rn. 24, zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG). Dafür spricht vor allem die eindringlich beschriebene Familiensituation, denn seit Beginn der Pandemieregulierung befindet sich die Familie in einer dauerhaften Anspannung über die neuesten regulatorischen Entwicklungen, die möglicherweise kurzfristige Anpassungen der Abläufe im Familienleben

zur Folge haben. Die Beschwerdeführenden befanden sich gleichsam in einem Dauerzustand höchster Flexibilitätserwartung, um Planungen in kürzesten Zeitabständen zu ändern (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 36). Das erforderte permanente Dispositionen, auch Ausweich- und Ersatzpläne für die Kinderbetreuung, was durch das Inkrafttreten von § 28b Abs. 3 IfSG verstärkt wurde und die Erwartung, dass bald wieder auf eine neue Lage – auch in den Schulen (wo ggf. Testungen erfolgen würden) – zu reagieren sei, zu einem den Alltag stark bestimmenden Faktor machte, der jedenfalls als relevante Vorwirkung – sollten die Voraussetzungen des § 28b Abs. 3 Satz 2 oder Satz 3 IfSG nicht vorliegen – die gegenwärtige Betroffenheit begründet.

Das gilt im Ergebnis auch für die Beschwerdeführenden zu 1) und 2), die in gleicher Weise wie die Kinder nicht nur das Familienleben, sondern auch noch ihr Berufsleben zu organisieren hatten und die sich, wie die Ausführungen in der Summe verdeutlichen, wie die Kinder in einem permanenten Zustand von Anspannung und Flexibilitätserwartung, Ungewissheit und kurzfristiger Anpassungsbereitschaft befanden. Das begründet jedenfalls als relevante Vorwirkung – sollten die Voraussetzungen des § 28b Abs. 3 Satz 2 oder 3 IfSG nicht vorliegen haben – die gegenwärtige Betroffenheit auch der Beschwerdeführenden zu 1) und 2).

b) Verfahren 1 BvR 1069/21 (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)

Der Beschwerdeführer zu 2) rügt die mögliche Verletzung seines Rechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG). Die Beschwerdeführerin zu 1) rügt die mögliche Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG.

Bezogen auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gilt das oben unter dem Aspekt des „Grundrechts auf Bildung“ Gesagte entsprechend (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 56).

Bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (zum Maßstab bereits oben) gilt auch hier, dass nicht hinreichend individualisiert dargelegt wird, wieso der Beschwerdeführer zu 1) Be-

lastungen mit Krankheitswert erleidet. Das gilt namentlich mit Blick auf die psychischen Beeinträchtigungen, die allgemein auf Kinder, aber eben nicht konkret auf den Beschwerdeführer bezogen werden (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 49, 58-60).

Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 sind die Beschwerdeführenden nicht beschwerdebefugt. Es bleibt offen (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 50 f.), inwieweit die Beschwerdeführenden mit Blick auf die angegriffenen Vorschriften gegenüber wem genau ggfs. ungerechtfertigt benachteiligt werden. Es ist nur allgemein von „außerhäuslichen settings, namentlich Arbeitsstätten“ die Rede (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 51 [oben]), ohne dass die Rechtslage, die namentlich für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – etwa nach dem speziellen Corona-Arbeitsschutzrecht – gilt, genau berücksichtigt und in eine vergleichende Beziehung zu den Beschwerdeführenden gebracht würde. Ganz allgemein werden Unterschiede zwischen unterschiedlichen Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des § 33 Nr. 1, 3 IfSG oder zwischen prioritär zu impfenden Grundschullehrern und Erziehern (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 51 [oben]), ohne dass die Relevanz dieser Vergleiche für die konkrete Situation der Beschwerdeführenden deutlich würde. Mangels hinreichend individualisierter Darlegungen im Sinne der oben erläuterten Begründungsanforderungen fehlt es an der Beschwerdebefugnis im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG.

Bezogen auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 49 f. i.V.m. S. 60) gilt: Die Eltern

„können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen“ (BVerfG, FamRZ 2008, 492, juris, Rn. 17).

Unter dem Aspekt der „Erziehung“ schützt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG daher auch das Recht der Eltern zu bestimmen, welchem Erziehungskonzept sie folgen und welche Schule angesichts ihres spezifischen Profils diesem Erziehungskonzept am besten gerecht wird. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt nicht nur den elterlichen Einfluss auf die Erziehung in der Schule (BVerfGE 34, 165 [183]), sondern auch die Absicht, dass das

Kind in einer bestimmten Schule erzogen werde (vgl. BVerwGE 112, 263, juris, Rn. 24 a.E.; zum Profil der Schule Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 7 und S. 10).

Auf der Basis des oben dargelegten modernen Eingriffsbegriffs ist § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG als Eingriff in den Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu verstehen, den die Beschwerdeführerin, wie ihre Ausführungen hinreichend verdeutlichen, als übermäßige Beschränkung ihrer elterlichen Freiheit begreift.

Auch ein gegenwärtiger Eingriff ist, bezogen auf den Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde, zu bejahen. Gemessen an den oben dargelegten Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf § 28b IfSG konkretisiert hat, mag zwar offen sein (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 12 i.V.m. S. 52), ob die Beschwerdeführenden in einem Landkreis (vgl. den Tatbestand des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG) leben, in dem der Schwellenwert von 100 bzw. 165 Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohnerinnen und Einwohnern innerhalb von sieben Tagen greift (vgl. – zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG – BVerfG, Beschl. v. 01.06.2021 – **1 BvR 927/21** –, Rn. 8) oder im Hinblick auf § 28b IfSG zumindest deutlich wird, ob das Eintreten der Rechtsfolgen des § 28b IfSG „bereits klar abzusehen war“ (so – zu § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG – BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – **1 BvR 781/21** u.a. –, Rn. 24). Dafür spricht – wie im Verfahren **1 BvR 971/21** – vor allem die eindringlich beschriebene Familiensituation. Seit Beginn der Pandemieregulierung befindet sich die Familie in einer dauerhaften Anspannung über die neuesten regulatorischen Entwicklungen, die möglicherweise kurzfristige Anpassungen der Abläufe im Familienleben zur Folge haben. Die Beschwerdeführenden befanden sich in einem Dauerzustand höchster Flexibilitätserwartung, um Planungen in kürzesten Zeitabständen zu ändern. Das erforderte permanente Dispositionen der Beschwerdeführenden zu 1) für die Kinderbetreuung, was durch das Inkrafttreten von § 28b Abs. 3 IfSG verstärkt wurde. Die Erwartung, dass bald wieder auf eine neue Lage – auch in den Schulen (wo ggf. Testungen erfolgen würden) – zu reagieren sei, wurde so zu einem den Alltag stark bestimmenden Faktor, der jedenfalls als relevante Vorwirkung – sollten die Voraussetzungen des § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG nicht vorgelegen haben – die gegenwärtige Betroffenheit begründet.

Demnach sind im Verfahren **1 BvR 1069/21** beide Beschwerdeführende beschwerdebefugt.

3. Fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis

Im Ergebnis besteht für alle Verfahren, soweit die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, das Rechtsschutzbedürfnis fort.

§ 28b Abs. 3 IfSG ist zwar noch Teil des Infektionsschutzgesetzes. Allerdings ordnet § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG an:

„Diese Vorschrift“ – gemeint ist der gesamte § 28b IfSG – „gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021.“

Da der 30.06.2021 bereits abgelaufen ist, hat sich auch der zeitliche Anwendungsbereich des § 28b Abs. 3 IfSG erschöpft. Der Sache handelt es sich um einen Fall des Außerkrafttretens, weil eine Rechtsnorm typischerweise neben dem inhaltlichen (Adressatinnen- und Adressatenkreis, Inhalt) auch einen zeitlichen Anwendungsbereich hat, der indes hier nur für eine Vorschrift, nicht ein gesamtes Normenwerk, geregelt – d.h.: aufgehoben – ist.

Das Bundesverfassungsgericht betont jedoch, dass für nicht mehr anwendbares Recht „in der Regel kein über den Einzelfall hinausgreifendes Interesse, seine Verfassungsmäßigkeit auch nach seinem Außerkrafttreten zu klären“, besteht.

BVerfGE 91, 186 (200); bestätigend BVerfG, Beschl. v. 04.11.2020 – 1 BvR 661/06 –, juris, Rn. 4.

Allerdings gilt dies nur in der Regel, also dann *nicht*, wenn sich „Fragen von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung [...] stellen“ (BVerfG, Beschl. v. 04.11.2020 – 1 BvR 661/06 –, juris, Rn. 4).

Zur grundsätzlichen Bedeutung als Grund für das fortbestehende Rechtsschutzinteresse vgl. BVerfGE 33, 247 (257 f.); BVerfGE 47, 198 (224); BVer-

fGE 69, 315 (341); Ruppert/Schorkopf, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2015, § 90 Rn. 130, dortige Fußn. 415: „st. Rspr.“; bestätigend auch Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 593: „Ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse wurde [...] in der Vergangenheit [...] auch bei grundsätzlicher Bedeutung der aufgeworfenen Fragestellung [...] angenommen.“

Davon ist angesichts des bisher in der bundesdeutschen Geschichte einmaligen Kontextes und Vorgehens auszugehen: Dass angesichts einer Pandemie das Zusammenleben in nahezu jeder Hinsicht weitreichenden, miteinander wechselwirkenden Einschränkungen ausgesetzt gewesen ist, der sich praktisch keine Einwohnerinnen und Einwohner entziehen konnten, ist in der bisherigen bundesdeutschen Rechtsgeschichte ein einmaliger Vorgang. Insofern ist – auch in Anlehnung an die Fallgruppe der tiefgreifenden bzw. besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffe,²¹ die in Kumulation praktisch die gesamte Bevölkerung erfasst haben – das fortbestehende Rechtsschutzinteresse zu bejahen.

V. Rechtswegerschöpfung – Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

1. Allgemeine Bedeutung (§ 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG)

In seinem Beschluss vom 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 805/21, 820/21, 854/21, 889/21 –, Rn. 26, hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

„Die bereits erhobenen Verfassungsbeschwerden sind nicht deshalb von vornherein unzulässig, weil die Beschwerdeführenden keinen fachgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch genommen haben. Zwar ist die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage (vgl. § 43 Abs. 1 VwGO) nicht von vornherein ausgeschlossen. Wirft die Beurteilung einer Norm aber allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen auf, die das Bundesverfassungsgericht zu beantworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtli-

²¹ Dazu allg. Hellmann, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2018, § 90 Rn. 266; Lechner/Zuck, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 115; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, Stand: Juli 2020, § 90 Rn. 442.

chen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären, bedarf es einer vorangehenden fachgerichtlichen Entscheidung nicht (vgl. BVerfGE 143, 246 <322 Rn. 211>; 150, 309 <327 Rn. 44>; stRspr). So liegt es hier.“

Die Frage der Rechtswegerschöpfung kann im Ergebnis dahinstehen, weil jedenfalls ein Fall des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG in der Variante „allgemeine Bedeutung“ vorliegt (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 38 f.; Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 53 f.). In Anlehnung an die grundsätzliche Bedeutung, die – wie dargelegt – das fortbestehende Rechtsschutzinteresse begründet, ist hier die allgemeine Bedeutung zu bejahen. Insofern gilt, was das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung betont hat, auch hier:

„Die Verfassungsbeschwerde ist von allgemeiner Bedeutung, weil sie die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt und über den Fall der Beschwerdeführer hinaus zahlreiche gleich gelagerte Fälle praktisch mitentschieden werden [...].“

So BVerfGE 108, 370 (386); s. hierzu bestätigend auch Henke, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, 2015, § 90 Rn. 109 m.w.N.).

2. Kein fachgerichtlicher Rechtsschutz geboten?

Es liegt auf den ersten Blick nahe anzunehmen, dass gegen ein Parlamentsgesetz wie den § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ausscheidet. Allerdings zeigt die jüngere fachgerichtliche Spruchpraxis zu § 28b IfSG, dass fachgerichtlicher Rechtsschutz durchaus denkbar ist, zumal wenn zwischen der *Auslegung* des § 28b IfSG und der Frage, ob die Norm mit dem Grundgesetz vereinbar ist, also ihrer *Verfassungsmäßigkeit*, unterschieden wird.

Vgl. VG Stuttgart, Beschl. v. 04.05.2021 – 16 K 2291/21 –, juris, Rn. 18.

Gerade die Entscheidung des VG Stuttgart belegt, dass sich durchaus – anders als es das BVerfG, Beschl. v. vom 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 805/21, 820/21, 854/21, 889/21 –, Rn. 26; annimmt – eine fachgerichtliche Prüfung im Interesse einer verbesserten Entscheidungsgrundlage empfehlen kann. § 28b Abs. 3 IfSG wirft zahlreiche Detailfragen – auch der verfassungsorientierten oder der verfassungskonformen Auslegung – auf, weshalb fachgerichtlicher Rechtsschutz sinnvoll und, wie die Entscheidung des VG Stuttgart belegt, auch praktikabel ist.

Dass sich die Ablehnung des fachgerichtlichen Rechtsschutzes in der Hauptsache gemäß § 43 Abs. 1 VwGO bzw. im Eilverfahren gemäß § 123 Abs. 1 VwGO) nicht von selbst versteht, zeigen schon die eingehenderen Ausführungen zu diesem Punkt in der Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21** (S. 36-38). Die Ausführungen verwerfen u.a. die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO. Sie gehen aber nicht darauf ein, dass die Gesetzesbegründung zum Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite diese Möglichkeit ausdrücklich als gegeben ansieht.

BT-Drucks. 19/28732, Vorabfassung, S. 19.

Auch in den Plenarberatungen des Gesetzes wurde die Möglichkeit einer „vorbeugende[n] Feststellungsklage“ ausdrücklich hervorgehoben.

So der Abg. Mützenich, BT-Plenarprotokoll 19/223 v. 21.04.2021, S. 28220 (D) a.E.

Weder die Gesetzesbegründung noch eine Äußerung in den parlamentarischen Beratungen können präjudizieren, ob fachgerichtlicher Rechtsschutz aktiviert werden kann oder nicht. Allerdings sollte die klar zum Ausdruck gelangte Sichtweise des Gesetzgebers Anlass sein, diese Option genauer zu prüfen.

Die Ausführungen in der Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21** (S. 37 [oben]) trennen nicht klar genug zwischen der Frage, ob die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt sein können, und der anderen Frage, wie das angerufene Verwaltungsgericht mit einer ggf. angezeigten konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) umgeht.

Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/28732, Vorabfassung, S. 19) verweist u.a. auf BVerfG, Beschl. v. 31.03.2020 – 1 BvR 712/20 (NVwZ 2020, 622). Das BVerfG führt in diesem Beschluss aus (ebd. Rn. 15):

„Der Beschwerdeführer ist gehalten, vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts beim Verwaltungsgericht eine mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundene negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit der hier angegriffenen – in einer Landesverordnung enthaltenen – „Verbote zu erheben, die nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann grundsätzlich zulässig ist, wenn dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden kann (vgl. BVerwGE 136, 54 <57 ff. Rn. 25 ff., insb. 64 Rn. 42>; 157, 126 <128 Rn. 15>; zur Relevanz einer solchen Klagemöglichkeit im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz vgl. BVerfGE 115, 81 <91 ff.>; 145, 20 <54 f. Rn. 86>). Mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG ist es dafür hier ausreichend, dass sich jedenfalls nicht hinreichend sicher ausschließen lässt, dass auch schon ein Verstoß gegen eines der abstrakt-generellen Verbote gemäß §§ 1 und 14 SARS-CoV-2-EindmaßnV“ – auf diese einfachrechtlichen Normen bezog sich das Verfahren vor dem BVerfG – „nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG strafbar ist. Aufgrund der Möglichkeit des Beschwerdeführers, eine Feststellungsklage mit einem Antrag auf verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu verbinden, droht ihm – entgegen seinem Vorbringen – durch den Verweis auf fachgerichtlichen Rechtsschutz kein schwerer und unzumutbarer Nachteil (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG).“

Ein Verstoß gegen § 28b Abs. 3 IfSG ist zwar bußgeldbewehrt (gewesen). Darauf kommt es unter dem Aspekt fachgerichtlichen Rechtsschutz aber nicht zwingend an. Nach inzwischen gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung kann ein aus einer Rechtsnorm resultierendes, hinreichend konkretes Rechtsverhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürger sowie der nach Landesrecht zum Vollzug von § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG berufenen Behörde – also nicht zum Normgeber – bestehen, wobei

Normanwender der Rechtsträger der nach Landesrecht zuständigen Vollzugsbehörde ist (vgl. Art. 83 GG).

Sodan, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 58b m.w.N.;
so auch VG Stuttgart, Beschl. v. 04.05.2021 – 16 K 2291/21 –, juris, Rn. 17-
20.

Das Rechtsverhältnis kann namentlich dann bestehen, wenn es um die landesbehördliche Überwachung der Einhaltung von „Self-executing“-Normen des Bundesrechts geht.

Sodan, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 58b

So liegt der Fall hier. § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG sind „Self-executing“-Normen, weil ihr Gebots- bzw. Verbotsegehalt nicht erst durch einen administrativen Vollzugsakt aktiviert werden muss. Es ist aber denkbar, dass ihre Missachtung eine landesbehördliche Überwachungstätigkeit auslöst, sodass Rechtsschutz nach § 43 Abs. 1 VwGO statthaft ist.

So auch Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (670)

Das führt auch nicht zu unzumutbaren Hürden, wie die Praxis der Verwaltungsgerichte zu § 43 Abs. 1 VwGO belegt. Erst recht führt die Anwendung von § 43 Abs. 1 VwGO bzw. im Eilrechtsschutz von § 123 VwGO nicht zu schlechterdings unerträglichen, also unzumutbaren Belastungen. Kommt das Verwaltungsgericht zu der Überzeugung, das in Rede stehende Bundesgesetz sei verfassungswidrig, dann muss es zwar gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG vorlegen, aber, um den Konflikt, der im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes besteht, aufzulösen, muss die Vorlage erst im Hauptsacheverfahren erfolgen; insoweit besteht ein relativer Vorrang von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

Schoch, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Stand: Juli 2020, § 123
Rn. 129 i.V.m. § 80 Rn. 390

In den Beratungen des Gesundheitsausschusses ist darauf hingewiesen worden, dass diese prozessuale Option zu einer „problematischen Erweiterung der Befugnisse“ der Verwaltungsgerichte führen könne, allerdings sei das „ungewiss“; auch „dürfte“ eine „bemerkenswerte Rechtszersplitterung“ die Folge sein.²² Dass der Weg über § 43 Abs. 1 bzw. § 123 VwGO aus Sicht der Rechtsuchenden mit derart unzumutbar hohen Hürden gespickt ist, dass einzig effektiver Ausweg der direkte Zugang zum Bundesverfassungsgericht ist, wird indes zu Recht nicht behauptet. Der Weg über § 43 Abs. 1 VwGO ist kein unzumutbarer Weg, und zwar auch nicht im Hinblick auf § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG.

Vor diesem Hintergrund lässt sich durchaus mit guten Gründen vertreten, dass der fachgerichtliche Rechtsschutz, auf den im Gesetzgebungsverfahren, wie gesehen, zutreffend hingewiesen wurde, nicht erschöpft ist.

Wie dargelegt, kann das aber dahinstehen, denn auf die Rechtswegerschöpfung kommt es nicht an, weil ein Fall des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG („allgemeine Bedeutung“) vorliegt.

VI. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerden sind – allerdings nicht im Hinblick auf alle als möglicherweise verletzt gerügten Grundrechte – zulässig.

²² Möllers, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444, Ausschuss-Drucks. 19(14)323(2) vom 15.04.2021, S. 5 (unter Nr. 6).

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerden

I. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von § 28b Abs. 3 IfSG folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Die dagegen gerichteten Bedenken (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 60 ff.) greifen nicht durch.

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes u.a. auf „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“ (die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG gilt nicht). Zu den Krankheiten, also regelwidrigen Körper- oder Geisteszuständen, die ärztlicher Behandlung bedürfen,²³ gehört auch COVID-19.²⁴ Übertragbare Krankheiten sind solche, die durch Krankheitserreger – ein solcher Erreger ist auch SARS-CoV-2 –²⁵ verursacht werden, wobei es unerheblich ist, woher der Erreger stammt;²⁶ gemeint sind alle Infektionskrankheiten.²⁷ Solche Krankheiten müssen nicht, aber sie können seuchenartig bzw. epidemisch auftreten.²⁸ Gemeingefährlich ist eine Krankheit, wenn sie verbreitet ist,²⁹ also eine größere Zahl von Menschen³⁰ – in dem Sinne: die Allgemeinheit („gemein“) – gefährdet,³¹ sofern sie zu schweren Gesundheitsschäden oder zum Tode führen kann.³² Auch das ist angesichts des Krankheitsbildes von COVID-19 der Fall.³³ COVID-19 ist daher eine übertragbare und zugleich eine gemeingefährliche Krankheit im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

²³ Broemel, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 70; Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 14.

²⁴ Ausdrücklich zu COVID-19 Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 84.

²⁵ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 23 ff.

²⁶ Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 15.

²⁷ Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 74 Rn. 49.

²⁸ Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 15 a.E.

²⁹ Rengeling, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 264; Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 86.

³⁰ Broemel, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 70.

³¹ Pestalozza, in: von Mangoldt/Klein, GG, Kommentar, Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 1 Nr. 19 Rn. 1311.

³² Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 15.

³³ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 23 ff.

„Maßnahmen“ sind alle Instrumente und Handlungen zur Bekämpfung der Krankheit.³⁴ Dies schließt – was bereits bei den Beratungen des Herrenchiemseer Entwurfs unstrittig war³⁵ und auch, nach zwischenzeitlichen Zweifeln,³⁶ im Parlamentarischen Rat geteilt wurde –³⁷ vorbeugende, also präventive, d.h. auf die Vermeidung der Krankheit abzielende Instrumente und Handlungen ein.³⁸

Damit unvereinbar ist die – zudem vage – These, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 sei „einengend auszulegen“ und erfasse „überwiegend“ repressive Bekämpfungsmaßnahmen; die vorbeugende Krankheitsbekämpfung solle „in erster Linie“ den Ländern überlassen bleiben (Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 241). Hier wird ersichtlich die Frage, wer die Gesetzgebungskompetenz für die allgemeine (nicht im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung [Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG] verfolgte) Gesundheitsprävention hat (die Länder),³⁹ mit der Frage vermengt, ob Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG im Hinblick auf die dort genannten gemeingefährlichen oder übertragbaren Krankheiten präventive Maßnahmen gestattet, also sich insoweit als spezielle Gesetzgebungsbefugnis darstellt – was, wie dargelegt, der Fall ist.

Der Begriff „Maßnahmen“ ist weit gefasst, so dass nicht etwa nur spezifisch ärztliche oder pharmazeutische Maßnahmen erfasst werden – eine solche Einschränkung sieht

³⁴ Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 16.

³⁵ Kollmann (im Unterausschuss II: Zuständigkeitsfragen, Protokoll der 9. Sitzung am 19.08.1948), in: Schneider/Kramer (Hrsg.), Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 18/II, 2010, S. 1506: „Es handelt sich nicht nur um die Bekämpfung, sondern auch um die Verhütung.“

³⁶ Dazu Pestalozza, in: von Mangoldt/Klein, GG, Kommentar, Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 1305.

³⁷ Pestalozza, in: von Mangoldt/Klein, GG, Kommentar, Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 1315 i.V.mn. 1305; zur Beratung im Parlamentarischen Rat Schneider/Kramer (Hrsg.), Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 18/II, 2010, S. 1513-1563; zusf. zur Verfassungs- und Entstehungsgeschichte Pestalozza, in: von Mangoldt/Klein, GG, Kommentar, Bd. 8, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 1297 ff., 1302 ff.; Rehborn, in: Berliner Kommentar, Stand: 2020, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Rn. 1 ff., 9 ff.

³⁸ Rengeling, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 264; Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 86; Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2021, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Rn. 16.

³⁹ Vgl. zu den Gesetzgebungskompetenznormen des GG die Begründung zum Präventionsgesetz vom 17.07.2015 (BGBl. I S. 1368), BT-Drucks. 18/4282, S. 25; zur „originären Zuständigkeit der Länder“ für die allgemeine Gesundheitsprävention BR-Drucks. 97/05 (Beschl.), S. 1, zum seinerzeitigen Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der gesundheitlichen Prävention.

der Wortlaut ausdrücklich nicht vor –, sondern alle, auch alle nichtmedizinischen bzw. nicht-pharmazeutischen Maßnahmen, wenn sie nur auf die Vermeidung und Bekämpfung der Krankheit ausgerichtet sind. Daher können sich Maßnahmen auf alle Bereiche der privaten Lebensführung oder des sozialen Zusammenlebens von Menschen (oder Tieren) beziehen, sofern sie dazu dienen, der Entstehung und Verbreitung einer Krankheit, etwa einer Infektionskrankheit von (potentiell) epidemischem Ausmaß, entgegenzuwirken.

Die Gesetzgebungskompetenz wird deshalb auch zu den „Querschnittskompetenzen“⁴⁰ gerechnet, weil sie gewissermaßen quer zu allen Lebensbereichen liegt, die von solchen Maßnahmen betroffen sein können. Die Maßnahmen beziehen sich also nicht auf einen klar eingegrenzten Lebens- bzw. Sachbereich oder eine vergleichsweise präzise konturierte Rechtsmaterie, wie das bei anderen Gesetzgebungskompetenzen der Fall sein kann. „Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG ist zwar keine Globalermächtigung des Bundes für den Bereich des Gesundheitswesens, sondern führt enumerativ und spezifisch Felder auf, bei denen der Bund normierungsbefugt ist“ (BVerfGE 106, 62 [108]). Soweit sie aber diese spezifischen Felder des Gesundheitswesens betreffen, können sie diese umfassend regeln. Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten können sich daher ausnahmslos auf alle Bereiche der individuellen Lebensführung und des Zusammenlebens beziehen, wenn nur deutlich wird, dass sie sich gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten richten.

In systematischer Hinsicht ist hierbei auf die Abgrenzung zu anderen Gesetzgebungskompetenzen zu achten, namentlich zur Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Schulwesen (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG). Insofern gilt:

„Das Grundgesetz hat das allgemeine Schulwesen [...] der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder zugewiesen. Der Bund hat auf diesem Gebiet weder eine Gesetzgebungsbefugnis (Art. 70 ff. GG) noch eine Verwaltungshoheit (Art. 30 GG). Daraus ergibt sich eine weitgehende eigenständige Gestaltungsfreiheit der Länder bei der Festlegung der Schulorganisation sowie der Erziehungsprinzipien und Unterrichtsgegenstände. Sie ist nur eingeschränkt,

⁴⁰ Kloepfer, Rechtsfragen des Umweltschutzes im föderalen System, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. III, 2012, § 68 Rn. 27 – bezogen u.a. auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

soweit übergeordnete Normen des Grundgesetzes ihr Grenzen setzen“ (BVerfGE 53, 185 [195 f.]; so auch – sprachlich leicht variiert – BVerfGE 59, 360 [377]).

Das Bundesverfassungsgericht weist auf die „weitgehende“ eigenständige Gestaltungsfreiheit und die „übergeordnete[n] Normen des Grundgesetzes“ hin, zu denen auch Gesetzgebungskompetenznormen des Grundgesetzes gehören. Danach ist zu fragen, ob eine gesetzliche Vorschrift die Schulorganisation, also die organisatorischen Rahmenbedingungen, oder die Inhalte des schulischen Unterrichts regelt oder ob sie den organisatorischen Rahmen zwar betrifft, aber nur als Nebeneffekt einer Regelung, die nicht darauf abzielt, den organisatorischen Rahmen oder die Inhalte des schulischen Unterrichts zu beeinflussen. Es ist also zu fragen, ob von einem „vorrangig inhaltliche[n] Bezug der [...] Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG“ auszugehen ist, also die Regelungen „primär dem Schutz vor Infektionen“ dienen, außerdem, ob in „der Kompetenz der Länder liegende Bereiche [...] allenfalls reflexartig und mittelbar berührt“ werden.

So – zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG und IfSG – OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 18.11.2020 – 3 MR 76/20 –, juris, Rn. 20 a.E.

Bei solchen regulatorischen Nebeneffekten, die von gesetzlichen Regelungen ausgehen, die sich auf eine andere Gesetzgebungskompetenz stützen, muss – auch im Lichte des Grundsatzes der Bundestreue –⁴¹ darauf geachtet werden, dass die weitgehende Gestaltungsfreiheit der Länder für das Schulwesen nicht in Frage gestellt wird. Das wird etwa sichergestellt, wenn es um nicht auf die Regelung des Schulwesens ausgerichtete gesetzliche Regelungen geht, die nur sachlich oder zeitlich begrenzt zur Anwendung kommen, also erkennbar die landesrechtliche Rahmung und Strukturierung des Schulwesens nur punktuell modifizieren, nicht aber prinzipiell in Frage stellen. Auf diese Weise wird ein angemessener Ausgleich der punktuell sich berührenden Gesetzgebungskompetenzen – einerseits der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, andererseits der Landesgesetzgebungskompetenz für das Schulwesen – erreicht.

⁴¹ Vgl. nur BVerfG, NJW-RR 2005, 1431 (1432), juris, Rn. 18 m.w.N.

Bei der Frage, welcher Gesetzgebungskompetenz eine gesetzliche Regelung zuzuordnen ist, gilt:

„Die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm geschieht anhand von unmittelbarem Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition [...]. Für die Auslegung hat daher auch die bisherige Staatspraxis großes Gewicht [...]. Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung [...]“ (BVerfGE 121, 30 [47 f.]).⁴²

Gemessen daran ist § 28b Abs. 3 IfSG keine Norm des Schulrechts, sondern eine Norm des Infektionsschutzrechts, die dem Kompetenztitel für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen“ zuzuordnen ist.

Zwar berührt die Regelung den schulischen Alltag, wie namentlich die Verweise auf den Präsenz- und den Wechselunterricht, auf Schülerinnen und Schüler, Lehrkräfte und Abschlussklassen sowie u.a. auch auf die allgemeinbildenden Schulen belegen. Entscheidend ist aber, dass das Gesetz die „Durchführung“ des (Präsenz-)Unterrichts in den Blick nimmt, und zwar nur, soweit er aus infektionsschutzrechtlichen Gründen anders als außerhalb einer Pandemie gestaltet werden muss. Die Wortwahl „Durchführung“ verdeutlicht, dass es nicht um eine auf Charakteristika des der Landesgesetzgebungskompetenzen unterliegenden Schulwesens abzielende Regelung, sondern um infektionsschutzrechtlich motivierte Aspekte geht, die sich bei Durchführung des landesrecht-

⁴² S. hierzu auch Höfling/Rixen, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Föderalismusreform, GewArch 2008, 1 (2 ff.); Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 51 ff.

lich definierten Schulbetriebs als regelungsbedürftig erweisen. § 28b Abs. 3 IfSG zielt nicht auf eine Regelung der Schulorganisation im Sinne einer Intervention in die organisatorischen Strukturen und Abläufe ab, erst recht nicht auf eine Programmierung der Inhalte schulischen Unterrichts. Die infektionsschutzrechtlichen Bestimmungen tangieren den Schulalltag nur, weil die Verbreitung des Virus überall dort, wo Menschen aufeinandertreffen, also auch in Schulen, erfolgen und somit zur Ansteckung und Erkrankung mit COVID-19 führen kann.

Dass Regelungen des Infektionsschutzgesetzes den Schulalltag berühren bzw. beeinflussen können, ist nichts Ungewöhnliches. So zählt § 33 Nr. 3 IfSG die Schulen zu den Gemeinschaftseinrichtungen, für die besondere infektionsschutzrechtliche Pflichten gelten (vgl. etwa §§ 34 f., insb. § 34 Abs. 1 Satz 2, § 36 Abs. 1 IfSG). Kraft Infektionsschutzrechts kann schon jetzt beispielweise gegenüber Lehrerinnen und Lehrern ein berufliches Tätigkeitsverbot (§ 31 IfSG) ausgesprochen werden.⁴³ Bei Schülerinnen und Schülern, aber auch bei Lehrkräften kann eine „Absonderung“ gemäß § 30 IfSG („Quarantäne“) erforderlich werden, etwa nach einer Klassenfahrt, bei der sich alle Teilnehmenden mit einem Erreger infiziert haben. Je nachdem, wie viele Personen betroffen sind, kann das im Ergebnis dazu führen, dass große Teile der Schülerinnen- und Schülerschaft oder des Lehrerinnen- und Lehrerkollegiums von solchen Maßnahmen betroffen sind und Präsenzunterricht für längere Zeit nicht durchgeführt werden kann. Schulen können zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) geschlossen werden oder ihnen können Auflagen für die Fortführung ihres Betriebs erteilt werden (§ 28a Abs. 1 Nr. 16 i.V.m. § 33 Nr. 3 IfSG). Auch schon vor der COVID-19-Pandemie konnten Schulbetretungsverbote, gestützt auf den (früheren) § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG, ausgesprochen werden.

S. etwa BVerwGE 142, 205, juris, Rn. 27: „Notwendige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG kann auch ein Schulbetretungsverbot sein“. S. ferner VG Hannover, Urt. v. 23.10.2008 – 7 A 3697/07 –, juris, Rn. 27; VG Berlin, Beschl. v. 18.02.2010 – 3 L 35.10 –, juris, Rn. 15; OVG Niedersachsen, NdsVBl 2011, 158, juris, Rn. 23; VG Berlin, Beschl. v. 11.03.2015 – 14 L 36.15 –, juris, Rn. 15; OVG NRW, NVwZ-RR 2017, 37, ju-

⁴³ S. auch § 42 IfSG zu Tätigkeits- und Beschäftigungsverboten beim Umgang mit Lebensmitteln; dies kann auch Schulumenschen oder -cafeterien betreffen.

ris, Rn. 3 f.; VG Weimar, Beschl. v. 14.03.2019 – 8 E 416/19 WE –, juris, Rn. 10; VG Potsdam, LKV 2020, 431, juris, Rn. 22 ff.

Dies zeigt: Wo infektionsschutzrechtliche Normen in der Schule zur Anwendung kommen, werden sie nicht zu Schulrecht, sondern bleiben – schulbezogenes – Infektionsschutzrecht. Dies gilt entsprechend für andere Gemeinschaftseinrichtungen wie Kindertagesstätten (§ 33 Nr. 1 IfSG).

Dass die querschnittlich angelegte Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG in angemessener Achtung vor Schulorganisation und Unterrichtsinhalten erfolgt ist, zeigt beispielhaft die Regelung des § 28b Abs. 3 Satz 4 (der Satz 5 Nr. 2 der später geänderten Fassung entspricht) IfSG. Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde namentlich Abschlussklassen von der Untersagung ausnehmen. Damit wird in Respekt vor der besonderen schulischen Situation der Abschlussklausuren das infektionsschutzrechtliche Anliegen unter bestimmten Voraussetzungen hintangestellt und dem schulischen Anliegen der Vorrang eingeräumt. Das Schulwesen wird daher, wenn Infektionsschutz gewährleistet wird, mitunter auf Zeit stark modifiziert, aber nicht durch die Normen des Infektionsschutzgesetzes dominiert, so dass vom Schulwesen in seiner landesrechtlichen Ausgestaltung nichts mehr übrigbliebe.

Die Funktionsweise querschnittlich angelegter Gesetzgebungskompetenzen veranschaulicht auch die ebenfalls in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG normierte Kompetenz für das Recht der Betäubungsmittel. Das auf dieser Basis erlassene Betäubungsmittelgesetz (BtMG) – ergänzend kommen die auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützten nebenstrafrechtlichen Bestimmungen des BtMG hinzu – gilt auch in Klassenräumen, Lehrer/innen-Zimmern und Schulhöfen und auch bei inländischen Klassenfahrten oder -ausflügen. Beim Infektionsschutzrecht ist dies nicht anders.

Der querschnittliche, also alle Lebensbereiche erfassende Charakter der Gesetzgebungskompetenz beeinflusst den Betrieb einer Schule bzw. die Durchführung des Unterrichts, ohne dass durch solche Regelungen, wie sie auch § 28b Abs. 3 IfSG vorsieht, die weitgehende gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit der Länder in Schulangelegenheiten aufgehoben würde. Dazu trägt nicht zuletzt auch die Begrenzung des zeitlichen

Anwendungsbereichs (§ 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) bei, aber auch die nach Inzidenzen gestaffelte, also sachlich differenzierende Anordnung der Rechtsfolgen.

Demnach ist § 28b Abs. 3 IfSG als infektionsschutzrechtliche Norm der Gesetzgebungskompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuzuordnen. § 28b Abs. 3 IfSG wurde kompetenzgemäß erlassen.

II. Zustimmung des Bundesrates nach Art. 104a Abs. 4 GG

Ob das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021 (BGBl. I S. 802), der Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 104a Abs. 4 GG bedurfte, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 05.05.2021 (1 BvR 781/21 u.a.), Rn. 31 f., im Hinblick auf § 56a Abs. 1a IfSG (dazu nachfolgend 1.) und die in § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG vorgesehenen Testungen (dazu nachfolgend 2.) thematisiert.

1. § 56a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG

a) Auslegung von § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG

Anders als die Verfassungsbeschwerden (1 BvR 971/21, S. 40 ff.; 1 BvR 1069/21, S. 62 ff.) meinen, ist das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht verfassungswidrig, weil die Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 104a Abs. 4 GG im Hinblick auf § 56 Abs. 1a IfSG fehlt.

Verwiesen wird in der Verfassungsbeschwerde auf § 28b Abs. 3 Satz 2, 3 sowie Satz 8 – gemeint ist: Satz 9 (nunmehr S. 10)⁴⁴ – IfSG, wonach sich ein Anspruch auf Entschädigung gemäß § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG ergeben sollte, wenn Schulen oder Kindertagesstätten geschlossen würden; die Entschädigungsansprüche richteten sich gegen das jeweilige Bundesland (vgl. § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG).

⁴⁴ I.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021 (BGBl. S. 1174).

§ 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG in der bei Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite geltenden Fassung lautete (unter Beachtung der Änderungen durch das Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29.03.2021, BGBl. I S. 370⁴⁵ – Hervorhebungen hinzugefügt):

„Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat, erhält eine erwerbstätige Person eine Entschädigung in Geld, wenn

1. *Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen* oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen von der zuständigen Behörde zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten auf Grund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen werden oder deren Betreten, auch aufgrund einer Absonderung, untersagt wird, *oder wenn von der zuständigen Behörde* aus Gründen des Infektionsschutzes Schul- oder Betriebsferien angeordnet oder verlängert werden, *die Präsenzpflicht in einer Schule aufgehoben oder der Zugang zum Kinderbetreuungsangebot eingeschränkt wird* oder eine behördliche Empfehlung vorliegt, vom Besuch einer Einrichtung zur Betreuung von Kindern, einer Schule oder einer Einrichtung für Menschen mit Behinderungen abzusehen, [...]“

§ 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG lautet nunmehr (unter Beachtung der Änderungen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021, BGBl. S. 1174 – Hervorhebungen hinzugefügt):

„Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat, erhält eine erwerbstätige Person eine Entschädigung in Geld, wenn

1. *Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen* oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen zur Verhinderung der Verbreitung von Infekti-

⁴⁵ Vgl. den Hinweis bei BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., Rn. 32.

onen oder übertragbaren Krankheiten *auf Grund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen werden oder deren Betreten*, auch aufgrund einer Absonderung, *untersagt* wird, *oder wenn von der zuständigen Behörde* aus Gründen des Infektionsschutzes Schul- oder Betriebsferien angeordnet oder verlängert werden, *die Präsenzpflicht in einer Schule aufgehoben oder der Zugang zum Kinderbetreuungsangebot eingeschränkt wird* oder eine behördliche Empfehlung vorliegt, vom Besuch einer Einrichtung zur Betreuung von Kindern, einer Schule oder einer Einrichtung für Menschen mit Behinderungen abzusehen, [...].“

Danach kommt es auf die Teilregelung zur Aufhebung der Präsenzpflicht nicht an, weil zu Beginn der Vorschrift eine Regelung für die vorübergehende Schließung bzw. Nichtbetreten von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen geschaffen wurde. § 28b Abs. 3 Satz IfSG untersagt die „Durchführung von Präsenzunterricht“, verbietet also die Präsenz, d.h., die körperliche Anwesenheit der Schülerinnen und Schüler, die folglich die Schule nicht betreten dürfen; damit liegt bereits ein Fall der ersten Variante des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG vor.

Nur wenn im *schulrechtlichen* Sinne die Präsenzpflicht aufgehoben ist – es geht um die (Schul-)Präsenz-, d.h. die Schulbesuchspflicht, also einen Begriff des landesrechtlich geregelten Schulrechts –, dann kann die zweite Variante des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG überhaupt zur Anwendung kommen. Dass diese Variante in § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG genannt wird, hängt damit zusammen, dass im Zuge der Pandemie in manchen Bundesländern die Präsenzpflicht (Schulbesuchspflicht) zeitweilig aufgehoben (ausgesetzt) wurde.

Hierzu Lohse, *Schulische Bildung*, in: Birnbaum (Hrsg.), *Bildungsrecht in Zeiten von Corona*, 2021, § 2 Rn. 50 ff., insb. Rn. 55 ff., Rn. 64 ff.; vgl. zum Problemkreis etwa auch VG Gelsenkirchen, *Beschl. v. 23.10.2020 – 4 L 1325/20 –*, juris, Rn. 23, 33 f.; VG Bremen, *Beschl. v. 10.03.2021 – 1 V 387/21 –*, juris, Rn. 10; OVG Schleswig-Holstein, *Beschl. v. 30.03.2021 – 9 B 11/21 –*, juris, Rn. 9; OVG Hamburg, *Beschl. v. 07.05.2021 – 1 Bs 73/21 –*, juris, Rn. 4 f.

Richtigerweise geht es also mit Blick auf § 28b Abs. 3 IfSG nur um die erste Variante des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG, weil es sich bei der Rechtsfolge des § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG nicht um eine spezifisch schulrechtliche – also von den schulrechtlich zuständigen Behörden des jeweiligen Bundeslandes bewirkte – Aufhebung der Präsenzpflicht handelt.

b) Keine Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG

Gegen eine direkte Anwendung der bei Erhebung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Fassung des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG spricht zunächst, dass sich § 56 Abs. 1a IfSG bei Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite u.a. nur auf den Fall bezogen hat, dass die „zuständige Behörde“ die in Rede stehenden Betreuungseinrichtungen und Schulen schließt. Zuständige Behörde ist die nach Landesrecht bestimmte Behörde (vgl. § 54 IfSG). Die in § 28b Abs. 3 Satz 2, 3, 9 [nicht: 8 – nunmehr Satz 10] IfSG genannten Rechtsfolgen treten aber kraft Gesetzes ein, nicht dadurch, dass eine Landesbehörde ihr Eintreten erst bewirkt.

Denkbar ist jedoch, dass § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG auf diese Konstellation – die Rechtsfolgen treten kraft Gesetzes ein – entsprechend angewendet wird, oder aber, dass der Verweis auf die zuständige Behörde in § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG gestrichen wird (bzw. wurde, wie dies, wie soeben dargelegt, zwischenzeitlich für die Variante „Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen“ geschehen ist).

Unabhängig davon gilt aber: Die Zustimmung ist nicht geboten, weil es an einer Geldleistungspflicht im Sinne von Art. 104a Abs. 4 GG fehlt.

§ 56 Abs. 1a IfSG schafft eine Pflicht zur „Entschädigung in Geld“ (§ 56 Abs. 1a Satz 1 IfSG), die sich auf den „Verdienstaufschlag“ (§ 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 IfSG) bezieht, der entsteht, weil aufgrund von Maßnahmen nach dem IfSG Kinderbetreuungseinrichtungen oder Schulen geschlossen werden und erwerbstätige Sorgeberechtigte die Betreuung der unter 12 Jahre alten Kinder selbst übernehmen (§ 56 Abs. 1a

Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 IfSG). Zahlungsverpflichtet sind die Länder (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 IfSG).⁴⁶

Eine Geldleistung gemäß Art. 104a Abs. 4 GG setzt voraus, dass es sich um eine „freiwillige“,⁴⁷ u.a. auch von einer Gegenleistung unabhängige⁴⁸ Zahlung handelt. Die Verwendung des Wortes „freiwillig“ ist erklärungsbedürftig. Mit diesem Wort soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Staat sich aus freien, etwa sozialpolitisch motivierten Gründen entschließt, eine Geldleistung zu erbringen.

An einer freiwilligen Geldleistung in diesem Sinne fehlt es, wenn der Gesetzgeber zur Zahlung der Geldleistung verpflichtet ist, etwa weil er zur Befriedigung von Schadenersatz- oder Entschädigungsforderungen oder von vertraglichen Forderungen zahlt.⁴⁹ Insofern geht um „Geldleistungen, deren Verpflichtungsgrund dem jeweiligen Bundesgesetz vorausliegt.“⁵⁰

Zur Verwendung des Wortes „Entschädigung“ in § 56 Abs. 1a IfSG ist anzumerken, dass der Eindruck entstehen könnte, der Staat sei zu dieser Leistung verpflichtet. Richtig ist, dass die Verwendung des Wortes („Entschädigung“) durch den Gesetzgeber die objektive Rechtsnatur der Zahlung nicht präjudizieren kann, andererseits kann die Wortwendung ein Anhaltspunkt für die zutreffende Einordnung der Zahlung sein. So ist es hier – dazu sogleich.

Damit wird der Rechtsbindung des Staates Rechnung getragen, kraft derer er Zahlungspflichten, die ihn aus einem speziellen Rechtsgrund treffen, zu begleichen hat. Hierbei kommt es nicht auf die Bezeichnung an, die der Gesetzgeber für eine Geldlei-

⁴⁶ § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.d.F. von Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Lage betreffenden Regelungen vom 29.3.2021 (BGBl. I. S. 370).

⁴⁷ Hellermann, in: von Mangold/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 86; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 27a; näher Tappe, in: Bonner Kommentar z. GG, Stand: Febr. 2021, Art. 104a Rn. 289 i.V.m. Rn. 266.

⁴⁸ Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 26; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 27; Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 50.

⁴⁹ Hellermann, in: von Mangold/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 86; Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 27; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 104a Rn. 11; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 28; Tappe, in: Bonner Kommentar z. GG, Stand: Febr. 2021, Art. 104a Rn. 289 i.V.m. Rn. 266.

tung wählt, sondern darauf, welchen Charakter die in Rede stehende Leistung objektiv hat.

In der Literatur zu § 56 Abs. 1a IfSG heißt es, diese Leistung sei eine bloße „Billigkeitsregelung“⁵¹, die der coronabedingten finanziellen Familienförderung diene.⁵² Dabei wird der Sache nach die Begründung zur Vorgängervorschrift im früheren Bundes-Seuchengesetz⁵³ (§ 49 BSeuchG) übernommen, die von einer „Billigkeitsregelung“⁵⁴ gesprochen hatte. Diese Argumentation übersieht aber, dass das IfSG⁵⁵ den Charakter des § 56 IfSG, der Teil des 12. Abschnitts des IfSG ist, grundlegend verändert hat. In der Begründung zum IfSG heißt es:

„Die im 12. Abschnitt getroffenen Entschädigungsregelungen ersetzen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen *Aufopferungsanspruch*, dem damit insoweit keine lückenschließende Funktion mehr zukommt. Weitergehende Ansprüche aus Amtshaftung bleiben unberührt.“⁵⁶

D.h., auch § 56 IfSG – wie etwa auch der Impfschadensanspruch gemäß § 60 IfSG, für den das schon unter dem BSeuchG anerkannt war –⁵⁷ ist eine spezialgesetzliche Ausformung des Aufopferungsgedankens, der als allgemeines gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut mit bundesgesetzlichem Rang⁵⁸ verdrängt wird. Der Charakter des § 56 IfSG als spezialgesetzliche Ausformung des Aufopferungsgedankens wird in den Begründungen zu § 56 Abs. 1a IfSG, der im Zuge der COVID-19-Pandemie eingeführt bzw. geändert wurde, nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt, denn durchweg ist

⁵⁰ Schmehl/Braun Binder, in: Berliner Kommentar z. GG, Stand: 2020, Art. 104a Rn. 38.

⁵¹ Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, Kommentar, 2020, § 56 Rn. 5; vor §§ 56 ff. Rn. 3.

⁵² Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, Kommentar, 2020, § 56 Rn. 5.

⁵³ Bundes-Seuchengesetz vom 18.7.1961 (BGBl. I 1012).

⁵⁴ BT-Drucks. 3/1888, 27 (zu § 48 des Gesetzentwurfs = § 49 BSeuchG); dazu Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, Kommentar, 2020, § 56 Rn. 3; s. auch vor §§ 56 ff. Rn. 7 a.E.

⁵⁵ Art. 1 Seuchenrechtsneuordnungsgesetz (SeuchRNeuG) vom 20.7.2020 (BGBl. I S. 1045).

⁵⁶ BT-Drucks. 14/2530, 87 a.E. (kursive Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁷ BT-Drucks. 3/1888, 29: „gesetzlich geregelte[r] Anwendungsfall des Aufopferungsanspruchs“; dazu Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, 2020, vor §§ 56 ff. Rn. 9; Bales/Baumann/Schnitzler, IfSG, 2. Aufl. 2003, S. 333; U. Becker, Öffentliches Entschädigungsrecht, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2020, Kap. 9, Rn. 74 f.

⁵⁸ Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 807.

– in der Logik der neuen Sichtweise des IfSG – von „Entschädigungsanspruch“⁵⁹ die Rede. Wenn dagegen die Ähnlichkeit zum sozialen Entschädigungsrecht (Opferentschädigung etc.) betont und behauptet wird, der Gesetzgeber sei zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, er sei zur Gewährung einer Entschädigung verpflichtet,⁶⁰ übersieht das die explizite regulatorische Neuausrichtung des IfSG, die um den Gedanken der Aufopferung angelegt ist.

Aufopferungsansprüche gehören zu den staatlichen Ersatzleistungen, denen eine Pflicht des Staates zur Zahlung entspricht.⁶¹ Der Staat hat insofern ein gesetzgeberisches Gestaltungsermessen, als er den allgemeinen Aufopferungsanspruch spezialgesetzlich ausformen und auch darüber entscheiden darf, ob er spezialgesetzliche Aufopferungsansprüche z.B. dem Sozialrecht zuordnen will, wie das etwa beim Impfschadensanspruch (§ 60 IfSG) geschehen ist,⁶² der ausdrücklich dem Sozialrecht zugeordnet wurde (§ 68 Nr. 7 Buchstabe d SGB I). Insofern kommt der Staat der Pflicht zur Entschädigung des erlittenen Sonderopfers im sozialrechtlichen Gewand nach.⁶³

Der Staat darf den Aufopferungsgedanken auch über den Schutz vermögenswerter Rechte hinaus konkretisieren, wie das insbesondere mit Blick auf die von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Güter (Leben, Gesundheit) geschehen ist (wie § 60 IfSG beispielhaft zeigt).⁶⁴ Der Staat darf auch weitere Grundrechte, wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG, der die Berufsfreiheit aller erwerbstätigen Personen schützt, durch einen spezialgesetzlichen Aufopferungsanspruch absichern.⁶⁵ Richtig ist zwar, dass Art. 12 Abs. 1 GG „im Rahmen der herkömmlichen staathaftungsrechtlichen Instrumente nicht durch Sekun-

⁵⁹ BT-Drucks. 19/18111, 24 (zu Nr. 7); s. ferner auch BT-Drucks. 19/18967, 60 a.E.; BT-Drucks. 19/23944, 37 a.E.; BT-Drucks. 19/26545, 18 a.E.

⁶⁰ U. Becker, Öffentliches Entschädigungsrecht, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2020, Kap. 9, Rn. 110.

⁶¹ S. hierzu etwa Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 25 Rn. 1; § 28 Rn. 8 ff. (Voraussetzungen im Überblick).

⁶² Ein Rückgriff auf den allgemeinen Aufopferungsanspruch ist ausgeschlossen, Grzeszick, Grundrechtshaftung, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 108.

⁶³ Vgl. Muckel/Ogorek/Rixen, Sozialrecht, 5. Aufl. 2019, § 16 Rn. 26.

⁶⁴ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 3 f.

⁶⁵ Zu Art. 12 Abs. 1 GG als Gegenstand aufopferungsrechtlicher Regelungen Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 8 a.E.; Grzeszick, Grundrechtshaftung, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 101.

däransprüche geschützt wird“,⁶⁶ der Rahmen des Herkömmlichen wird aber durch die spezialgesetzliche Regelung des § 56 Abs. 1 a IfSG durchbrochen. § 56 Abs. 1a IfSG hat die Kompensation von finanziellen Nachteilen im Blick, die an die infektionsschutzrechtlich bedingte zeitweilige Aufgabe der Berufstätigkeit anknüpft. Das ist ein Sonderopfer, das erwerbstätige Personen ohne Erziehungsverantwortung nicht trifft.⁶⁷ § 56 Abs. 1a IfSG ähnelt damit den aus dem Polizeirecht bekannten Entschädigungsregelungen zugunsten von sog. Nichtstörerinnen bzw. Nichtstörern,⁶⁸ die ebenfalls als spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs eingeordnet werden.⁶⁹ Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche quasi-deliktische sog. Grundrechtshaftung, also um einen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruch wegen der Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen.⁷⁰

Somit erweist sich § 56 Abs. 1a IfSG als spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs. Diesem Rechtsanspruch korrespondiert eine Einstandspflicht, wie die Rede vom „Recht der staatlichen Einstandspflichten“ in Erinnerung ruft.⁷¹ Spezialgesetzlich geregelte Aufopferungsansprüche wie § 56 Abs. 1a IfSG sind Teil des Rechts der staatlichen Einstandspflichten.

Da der Staat somit verpflichtet ist, die Entschädigung des § 56 Abs. 1a IfSG zu zahlen, fehlt es an einer „freiwilligen“ Geldleistungspflicht im Sinne von Art. 104a Abs. 4 GG. Einer Zustimmung des Bundesrates bedarf es nicht.

Das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite verstößt also nicht gegen Art. 104a Abs. 4 GG. Der Bundesrat musste nicht zustimmen.

⁶⁶ U. Becker, Öffentliches Entschädigungsrecht, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2020, Kap. 9, Rn. 111.

⁶⁷ Allg. zum Sonderopfer Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 28 Rn. 12.

⁶⁸ Vgl. Kümper, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, Kommentar, 2020, § 56 Rn. 56.

⁶⁹ Grzeszick, Grundrechtshaftung, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 108; Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 807.

⁷⁰ Grzeszick, Grundrechtshaftung, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rn. 1, 119.

⁷¹ S. nur Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 25 Rn. 1.

c) Keine Zustimmungspflicht mangels wesentlicher Gesetzesänderung

Wer der Ansicht, es fehle an einer Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG, nicht folgt, wird gleichwohl eine Zustimmungspflicht des Bundesrates verneinen. Die Zustimmungspflicht ist nur bei wesentlichen Änderungen des in Rede stehenden Gesetzes geboten. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht die Frage aufgeworfen, ob „die Einfügung von § 28b IfSG in das Infektionsschutzgesetz bestehenden zustimmungsbedürftigen Vorschriften eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleiht und deshalb selbst die Zustimmungsbedürftigkeit des Änderungsgesetzes auslöst“ (BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., Rn. 32).

Dies ist mit Blick auf § 28b IfSG (und seine Auswirkungen auf § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG) zu verneinen. Soweit es nur um kleinere Anpassungen und Aktualisierungen, also Abrundungen einer Regelung geht, die die wesentlichen Inhalte und Strukturen der bisherigen Regelung nicht infrage stellen, also nicht zu einer grundlegenden Neukonzeption oder Umgestaltung der Materie führen,⁷² bedarf es einer Zustimmung des Bundesrates nicht. Dem Regelungszweck des Art. 104a Abs. 4 GG, durch das Zustimmungserfordernis die finanziellen Interessen der Länder zu wahren und sie vor unabsehbaren Lasten zu schützen,⁷³ widerspricht das nicht, weil es nicht um eine sachlich neue finanzielle Belastung der Länder geht. Sofern der Bundesrat bei einem Gesetzentwurf der Ansicht sein sollte, dass gleichwohl eine Zustimmung geboten sei, wird er dies im aufgeklärten Eigeninteresse im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens kundtun. Dazu ist es bei der Beratung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, der § 28b IfSG, in das Infektionsschutzgesetz nicht gekommen. Der Bundesrat hat eine Zustimmung gemäß Art. 104a Abs. 4 GG nicht für geboten erachtet (vgl. den Stenographischen Bericht der 1003. Sitzung des Bundesrates am 22.04.2021, S. 167).

Es fehlt an einer „wesentlichen“ Änderung, weil sich die (analoge) Anwendung des Gesetzes auch nach Erlass des § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG im Rahmen des Regelungsplans bewegt, der mit Einfügung des § 56 Abs. 1a IfSG in das Infektionsschutzgesetz durch

⁷² Dies in Anlehnung an die – hier nicht einschlägige Entscheidung – BVerfGE 155, 310, Rn. 82.

⁷³ Vgl. Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 99.

Art. 1 Nr. 7 Buchstabe a) des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020 (BGBl. I S. 587) geschaffen wurde. Durch § 28b Abs. 3 IfSG wurde eine planwidrige Lücke im Regelungsplan sichtbar, weil bis dahin die Maßnahmen, die § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG vor Augen hatte, nur als behördliche Maßnahmen möglich erschienen. Das änderte sich mit § 28b Abs. 3 IfSG, was zunächst noch nicht zu einer Anpassung des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG (durch Streichung der Worte „durch eine Behörde“) führte. Da aber die gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen behördlich angeordneten Maßnahmen im Ergebnis gleichkommen, liegt eine analoge Anwendung nahe, die damit freilich in den Grenzen des Regelungsplans des Gesetzes verbliebe. § 28b Abs. 3 IfSG bewirkt keine „Systemverschiebung“ im Sinne einer Neuausrichtung der Vorschrift, die eine Zustimmung erforderlich machen würde.⁷⁴

Vor diesem Hintergrund ist Art. 104a Abs. 4 GG jedenfalls auch deshalb nicht anwendbar, weil es sich bei § 28b Abs. 3 IfSG um eine unwesentliche Änderung des bisherigen Gesetzes handelt, die keine Zustimmungspflicht des Bundesrates auslöst.

d) Rückwirkende Zustimmung des Bundesrates

Sofern entgegen der hier vertretenen Ansicht angenommen wird, dass eine Zustimmungspflicht besteht, hat der Bundesrat den inhaltlichen Auswirkungen des § 28b Abs. 3 IfSG indirekt zugestimmt, als er dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021 (BGBl. S. 1174) zugestimmt hat (Stenographischer Bericht der 1005. Sitzung des Bundesrates am 28.05.2021, S. 259 f.), mithin auch dem sachlich punktuell geänderten und rückwirkend anwendbaren § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG.

Der Bundesrat darf auch rückwirkend in Kraft tretenden Bundesgesetzen zustimmen. Der Bundesrat hat seine Zustimmung zum geänderten § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG erteilt, der rückwirkend zum 23.04.2021 in Kraft getreten ist.

⁷⁴ Dazu Kersten, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: Oktober 2020, Art. 77 Rn. 101 (mit dortiger Fußn. 3).

Vgl. Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021 (BGBl. I S. 1174).

Das ist der Tag, an dem das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – also auch § 28b IfSG – in Kraft getreten ist (vgl. Art. 4 Abs. 2 des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021, BGBl. I S. 802).

Art. 104a Abs. 4 GG verweist ganz allgemein auf „Bundesgesetze“, also auf formelle, mithin parlamentsgesetzliche Regelungen,⁷⁵ die typischerweise einen sachlichen und einen zeitlichen Anwendungsbereich haben. Insofern kann Gegenstand der Zustimmung auch ein Gesetz sein, dessen zeitlicher Anwendungsbereich vor dem Zeitpunkt seiner Verkündung liegt.⁷⁶ So liegt der Fall hier.

Dabei ist es unschädlich, dass der Bundesrat seine Zustimmung nicht explizit auf Art. 104a Abs. 4 GG bezogen hat. Art. 78 GG ordnet an, dass ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz zustande kommt, wenn der Bundesrat zustimmt. Die Zustimmung entfaltet also eine umfassende Wirkung, sie bezieht sich ausdrücklich nicht auf eine bestimmte Norm des Grundgesetzes, aus der Zustimmungsbedürftigkeit folgt. Dem entspricht auch das in Art. 77 Abs. 2a GG vorgesehene Verfahren. Es verlangt vom Bundesrat, „sich hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes klarzuwerden“⁷⁷. Den Bundesrat betrifft also intern eine Obliegenheit, die Zustimmungsbedürftigkeit zu klären, also die entsprechenden Normen des Grundgesetzes, die eine Zustimmung des Bundesrates voraussetzen, auf ihre Relevanz mit Blick auf den in Rede stehende Gesetzentwurf zu prüfen. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach oder gelangt er zu Einschätzungen, die sich womöglich im Nachhinein als unzutreffend erweisen, zählt gleichwohl im Außenverhältnis zum Bundestag die erteilte Zustimmung. Daher sind die in den Stenographischen Berichten des Bundesrates enthaltenen Hinweise auf die Normen des Grundgesetzes, aus denen nach Auffassung des Bundesrats die Zustimmungsbedürftigkeit folgt, keine bindenden Vorbehalte, sondern sie geben nur Auskunft

⁷⁵ Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 88.

⁷⁶ Vgl. – unabhängig von der Zustimmungproblematik – Weckerling-Wilhelm, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 10 Rn. 55.

⁷⁷ Mann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 77 Rn. 33.

darüber, wie der Bundesrat die Zustimmungsbedürftigkeit begründet. Entscheidend ist, dass das Grundgesetz schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nur von der ohne Einschränkungen, Bedingungen oder sonstige Vorbehalte erteilten Zustimmung als solcher ausgehen muss, die insofern für alle Normen des Gesetzes erfolgt. Dies ist hier auch mit Blick auf den durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 28.05.2021 (BGBl. S. 1174) geänderten § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG geschehen, der insofern die Auswirkungen des § 28b Abs. 3 IfSG auf § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG als Teil des Regelungsplans des § 56 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 IfSG anerkennt.

2. Testungen (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG)

Soweit eine Zustimmungsbedürftigkeit gemäß Art. 104a Abs. 4 GG mit Blick auf in § 28b Abs. 3 IfSG vorgesehenen „Testungen von Schüler- und Lehrerschaft bei Durchführung von Präsenzunterricht“ erwogen wird (BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 –, Rn. 31), scheidet die Zustimmungspflicht auch hier aus, weil es sich nicht um ein Gesetz im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG handelt.

Art. 104a Abs. 4 GG lautet:

„Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen und von den Ländern als eigene Angelegenheit oder nach Absatz 3 Satz 2 im Auftrag des Bundes ausgeführt werden, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind.“

„Bundesgesetz“ im Sinne dieser Vorschrift ist ein Gesetz, das die Länder zur Gewährung gegenleistungsunabhängiger, einmaliger oder laufender geldlicher Zuwendungen, geldwerter Sachleistungen oder vergleichbarer Dienstleistungen an private oder ihnen gleichgestellte öffentliche Empfangsberechtigte verpflichtet.⁷⁸

⁷⁸ Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 100 i.V.m. Rn. 82.

Unterstellt, der Hinweis auf die Verwendung eines „anerkannten Tests“ in § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG sei als geldwerte Sachleistung bzw. – weil zur Testung ggfs. Personal eingesetzt wird, das die „Sache“ (Nutzung der Testmaterialien) bei den zu testenden Personen zur Anwendung bringt – als vergleichbare Dienstleistung einzuordnen, muss sich aus § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG eine Pflicht zur Gewährung bzw. Vorhaltung der Tests ergeben. Das ist nicht der Fall.

Schon der Wortlaut spricht gegen eine Pflicht, denn es heißt nur, dass „mittels eines anerkannten Tests [...] getestet werden“ (§ 28b Abs. 3 Satz 1 GG) soll. Die passivische Formulierung lässt offen, welche Person oder Institution die Testungen vornimmt oder die entsprechenden Materialien vorhält bzw. gewährt. Auch die Gesetzgebungsmaterialien äußern sich hierzu nicht, schon gar nicht zu einer Pflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG (vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 14 f.). Das ist auch naheliegend, weil der Bundesgesetzgeber die Verantwortung der Länder für die auf den Schulalltag bezogenen Testungen, aber auch ihre Erfahrungen mit der Umsetzung der Testungen achten wollte. Daher hat der Bund keine Vorgaben machen wollen, sondern eine Regelung geschaffen, die jedem Bundesland die Art und Weise der Umsetzung der Testungen gestattet, die es zur Erreichung des Ziels von § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG für angemessen hält. Eine Pflicht, Schülerinnen und Schülern, Lehrerinnen und Lehrern oder anderen in den Schulbetrieb eingebundenen Personen Testungen zu ermöglichen, wird jedenfalls durch § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG nicht statuiert. Vielmehr ist es so, dass die Vorschrift unterschiedliche Wege der Testung gestattet, etwa die Nutzung von Testmaterialien, die in der Schule vorgehalten werden, oder die Testung bei öffentlichen Teststellen außerhalb der Schule. Entscheidend ist nur, dass der Bund angesichts der allgemein bekannten Testungspraxis in den Ländern, namentlich den Schulen, davon ausgegangen ist und davon ausgehen durfte, dass in der schulischen Praxis regelhaft getestet wird. Er hat also die Regelung bewusst auf die vorfindliche Testungspraxis in den Ländern abgestimmt. Deshalb hat er von einer Pflicht zulasten der Länder abgesehen, weil eine Pflicht angesichts der ohnehin verbreiteten Testungspraxis keinen Sinn ergab und zudem die Länder die fiskalische Last, die ggfs. mit den Testungen verbunden ist, selbst definieren und gestalten konnten.

Es fehlt somit an einem Gesetz im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG. Einer Zustimmung des Bundesrates bedurfte es nicht.

III. Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG

Soweit die Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21 (S. 44 f.) ein „mit dem Rechtsstaatsprinzip prinzipiell unvereinbares“ Maßnahmegesetz moniert, ist zunächst zu betonen, dass der Begriff „Maßnahmen-“ bzw. „Maßnahmegesetz“ kein Begriff des Verfassungsrechts ist (BVerfGE 25, 371 [396]: „Der Begriff des Maßnahmegesetzes ist [...] verfassungsrechtlich irrelevant.“).⁷⁹

Der Sache nach geht es um den Vorwurf, es handele sich bei § 28b IfSG um ein unzulässiges Einzelfall-, genauer: Einzelpersonengesetz (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG). Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG müssen Gesetze „allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten“. Dem Allgemeinheitsgebot wird grundsätzlich nur dann genügt,

„wenn sich wegen der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestandes nicht absehen lässt, auf wie viele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet [...], wenn also nicht nur ein einmaliger Eintritt der Rechtsfolge möglich ist [...]“ (BVerfGE 139, 321 [365, Rn. 132]).

Angesichts des Umstands, dass sich die Regelungen insbesondere des § 28b Abs. 1 IfSG grundsätzlich an die gesamte Bevölkerung richten, kann nicht von bloß einem bloß einmaligen Eintritt der Rechtsfolge die Rede sein. Im Gegenteil ist es so (gewesen), dass einer abstrakt-generell gefassten Rechtsfolge in einer Vielzahl von Fällen, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28b Abs. 1 IfSG vorlagen, eingetreten ist.

IV. Verstoß gegen das Gebot der Gewaltenteilung

Soweit moniert wird, die abstrakt-generelle Anordnung der Rechtsfolgen des § 28b IfSG verstoße gegen das Gewaltenteilungsprinzip, weil die Legislative eine Funktion an sich

⁷⁹ Bestätigend Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG. Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 16 a.E.

ziehe, die im rechtsstaatlichen Gewaltenteilungssystem der Exekutive zustehe (Verfassungsbeschwerde 1 BvR 971/21, S. 43 ff.; s. auch Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1069/21, S. 65 f.), so steht dahinter die Vorstellung, dass der Gesetzgeber sich die „eigentlich“ administrative Aufgabenerfüllung nicht im Gewand eines Gesetzes aneignen dürfe, also in diesem Sinne „Verwaltung durch Gesetz“ unzulässig sei.

Mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 GG) führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Entscheidungen, die aufgrund eines schlicht subsumierenden Normenvollzugs ergehen, sind funktional typischerweise der Verwaltung vorbehalten, die für diese Aufgabe den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt. Das Parlament darf eine solche Verwaltungstätigkeit nur an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall hinreichende sachliche Gründe bestehen [...]. Handelt es sich bei dem Gesetz um ein so genanntes Einzelpersonengesetz, das heißt ein Gesetz, das sich von vornherein nur an eine oder mehrere konkrete Personen richtet und diese in ihren Grundrechten beschränkt, so erhöhen sich die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Der Gesetzgeber ist zur Rechtssetzung nur befugt, wenn ein zwingendes Regelungsbedürfnis für den singulären Sachverhalt besteht. Das ist insbesondere der Fall, wenn Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG andernfalls in ein unauflösliches Spannungsverhältnis zu anderen Grundsätzen der Verfassung geriete, etwa zu dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem aus ihnen abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes [...]. In einem solchen Fall kann der Gesetzgeber auch einen Einzelfall regeln, obwohl die möglichen Adressaten des Gesetzes feststehen, weil nur so vermieden werden kann, dass die Staatsgewalt handlungsunfähig ist [...].“

Der Gesetzgeber des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite befand sich einer spezifischen Situation, die ihn veranlasste, auf Zeit von dem bewährten, auf Ergänzung angelegten Verhältnis von Legislative und Exekutive abzuweichen.

Zur besonderen Situation der Pandemie noch unten B. V.

D.h., dass bei Vorliegen hinreichender sachlicher Gründe, als die die Regulierung einer bis dahin unbekanntem Pandemie gelten darf, auch eine stärkere Adaption administrativer Regelungstechniken durch den Gesetzgeber zulässig ist, sofern sie Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, dem Verbot des Einzelpersonengesetzes („Einzelfallgesetzes“), von seltenen Ausnahmesituationen abgesehen, nicht widerspricht. Wie dargelegt, handelt es sich namentlich bei § 28b Abs. 1 IfSG aber nicht um ein Einzelpersonengesetz („Einzelfallgesetz“). Zum Zusammenhang von Gewaltenteilungsprinzip und Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Die aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung abgeleiteten Anforderungen decken sich weitgehend mit den Wertungen des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG“ (BVerfGE 139, 321 [365, Rn. 131]).

Dass nach Maßgabe dieser Rechtsprechung § 28b IfSG über die Vorgaben des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG hinaus den Gewaltenteilungsgrundsatz verletzen würde, ist nicht ersichtlich.

V. Vereinbarkeit von § 28b Abs. 3 IfSG mit den Grundrechten des Grundgesetzes

1. Relevante Grundrechte – Eingriffe

Wie oben (unter A.) dargelegt, sind die Schutzbereiche von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet, Eingriffe sind, orientiert an dem oben dargelegten modernen, weiten Eingriffsbegriff, zu bejahen. Ein Grundrechtseingriff ist jede dem Staat – hier: dem Bund als Gesetzgeber – zurechenbare Maßnahme (etwa abstrakt-genereller Art, wie hier § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG), die die Realisierung eines im Schutzbereich eines durch das Grundgesetz garantierten Grundrechts liegenden Verhaltens (etwa durch ein Verbot oder andere Verhaltenspflichten) verunmöglicht oder erschwert.⁸⁰

⁸⁰ S. zum sog. modernen Eingriffsbegriff nur Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 294.

In den Fällen des § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG wird durch das Gebot, sich nur in Form von Wechselunterricht (also im Wechsel von Präsenz- und Fernunterricht) unterrichten zu lassen (Satz 2) oder am Präsenzunterricht teilzunehmen (Satz 3) in das Recht der betroffenen Beschwerdeführenden, soweit sie Schüler/innen sind, auf ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), eingegriffen, da sie Belastungen ausgesetzt werden, die durch die Regelungen zumindest mitveranlasst wurden und die die Entfaltung ihrer Persönlichkeit, soweit es um schulische Bildungsprozesse geht, erschweren.

Auch § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG bewirkt einen solchen Eingriff, weil durch die gesetzlich geregelte Testobliegenheit ein ansonsten nicht bestehender Anlass geschaffen wird, zwischen der Bedeutung des Präsenzunterrichts und der Vornahme eines Tests (und der Nichtteilnahme am Präsenzunterricht bei fehlendem Test) abzuwägen. Das schafft einen Entscheidungsdruck, der ansonsten – außerhalb von pandemischen Zeiten nicht besteht –, denn eine solche, wenn auch vergleichsweise niedrige Zugangshürde, die der Teilnahme am schulischen Unterricht und damit der schulischen Entfaltung der eigenen Persönlichkeit entgegensteht, existiert normalerweise nicht. D.h., die Ausübung des Rechts auf ungestörte Entfaltung der Persönlichkeit (auch) in der Schule wird kraft einer Regelung des staatlichen Rechts (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG) erschwert.

Die von diesen Normen ausgehenden Eingriffe betreffen auch die Grundrechte der Beschwerdeführenden, soweit sie Eltern sind. Die Pflicht zum Wechselunterricht (§ 28b Abs. 3 Satz 2 IfSG) oder der Fortfall des Präsenzunterrichts (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG) erschwert die Ausübung der Gestaltungsoptionen bezogen auf den Familienalltag (Art. 6 Abs. 1 GG), bei der Realisierung des Erziehungsplans (Kind besucht eine dem Erziehungsplan entsprechende Privatschule, Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) oder bezogen auf die Ausübung des eigenen Berufs (Art. 12 Abs. 1 GG). Auch § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG führt zu einem Eingriff in diese Grundrechtspositionen, weil er eine Zugangshürde zum schulischen Unterricht aufstellt, die ansonsten nicht besteht und die bei der Gestaltung des Berufs- und Familienlebens bzw. der Ausübung des Elternrechts auch zeitlich in Rechnung zu stellen ist. Die Durchführung des Tests muss auf die sonstigen alltäglichen familienrelevanten Planungen abgestimmt werden, und für den Fall, dass die Testobliegenheit nicht erfüllt wird, ist das Familien- und Berufsleben bzw. der elterliche Erziehungsplan auf den Umstand abzustimmen, dass der

Schüler bzw. die Schülerin, die keinen (negativen) Test vorlegt, nicht am Präsenzunterricht teilnehmen kann.

2. Verhältnismäßigkeit

Die Grundrechtseingriffe, die die angegriffenen Regelungen (§ 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG) bewirken, sind nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind. Grundrechtseingriffe müssen ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel mit einem vom Grundgesetz akzeptierten Regelungsinstrument – hier: einem Parlamentsgesetz – in geeigneter, erforderlicher und angemessener, d.h. zumutbarer Weise verfolgen.⁸¹ Auf der Ebene der Geeignetheit und der Erforderlichkeit ist ein Einschätzungs- und Prognosespielraum des Normgebers anzuerkennen.⁸² Soweit der Normtext des in Rede stehenden Grundrechts keinen Gesetzesvorbehalt vorsieht (vgl. Art. 6 Abs. 1, 2 Satz 1 GG), sind in einer wesentlich durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip geprägten Abwägung sog. verfassungsimmanente Grenzen nach Maßgabe kollidierenden Verfassungsrechts zu bestimmen. Es gilt für alle Eingriffe in die Grundrechte, die vorliegend als Maßstabnormen zu beachten sind, dass sie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen müssen, wobei der Bedeutung des in Rede stehenden Grundrechts im Rahmen der Abwägung Rechnung zu tragen ist.

a) Regelungsziel

Auch im Hinblick auf § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG gilt: Der Gesetzgeber stand und steht seit einem Jahr vor der bis dahin unbekannteren Aufgabe, eine gesundheits- und lebensbedrohliche Pandemie zu regulieren, die nicht nur die Funktionsfähigkeit aller Bereiche des Gemeinweizens beeinträchtigt, sondern zugleich auf nicht gekannte Weise die persönlichen Verhältnisse ausnahmslos aller Menschen massiv tangiert. Hierbei muss der Gesetzgeber das Verhalten von ca. 83 Millionen Einwohnerinnen und Einwohnern steuern, um den Gleichlauf ihres Verhaltens so herbeizuführen, dass die Infek-

⁸¹ Zusf. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 149 ff.

⁸² Vgl. hierzu mit Blick auf die COVID-19-Pandemie ThürVerfGH, Urt. v. 01.03.2021 – VerfGH 18/20 –, juris, Rn. 431 ff.

tionsgefahr, die von SARS-CoV-2 ausgeht, und die Wahrscheinlichkeit schwerer Erkrankungen mit der Krankheit COVID-19 reduziert wird.

Die Hauptübertragung in der Bevölkerung erfolgt über die respiratorische Aufnahme virushaltiger Flüssigkeitspartikel, die insbesondere beim Atmen, Husten, Sprechen und Niesen entstehen; dabei wird je nach Partikelgröße zwischen Tröpfchen und Aerosolen unterschieden, wobei der Übergang fließend ist.⁸³ Da namentlich Atmen und Sprechen, Husten und Niesen unvermeidliche biologische (Atmen) und kommunikative (Sprechen) Basisvollzüge, jedenfalls aber typische (Husten, Niesen) Begleiterscheinungen menschlichen Kontakts sind, muss die Infektionsvermeidung angesichts der hohen Erkrankungs- und Sterberaten bei der Regulierung der zwischenmenschlichen Kontakte ansetzen, die unweigerlich mit Atmen, Sprechen, Husten und Niesen einhergehen. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber auf den Gleichlauf des Verhaltens der Bevölkerung hinwirken muss, um die Infektionsgefahr, die von SARS-CoV-2 ausgeht, und die Wahrscheinlichkeit schwerer Erkrankungen mit der Krankheit COVID-19 – und mittelbar auch die Gefährdung anderer Personen durch eine Überlastung der Gesundheitsinfrastruktur (insbesondere der intensivmedizinischen Versorgung) – zu reduzieren.

Selbstverständlich erlässt der Gesetzgeber auch sonst Vorschriften, die alle Menschen angehen. Der Unterschied bei der Pandemieregulierung liegt aber darin, dass das Verhalten aller Menschen in knapper Zeit effektiv koordiniert werden muss, also der Erfolg der Pandemieregulierung zentral davon abhängt, dass sich ca. 83 Millionen Menschen in ihrem Alltag, ja bis in die kleinsten Vollzüge des persönlichen Lebens hinein, normkonform, also infektionsvermeidend verhalten. Hierbei musste der Gesetzgeber von einem „diffuse[n]“ (BT-Drucks. 19/28444, S. 8) Infektionsgeschehen ausgehen, der mit einem Anstieg der Infektionszahlen einherging, der mit der Verbreitung besonders gefährlicher Virusmutationen verbunden ist (BT-Drucks. 19/28444, S. 8). Die Infektionswahrscheinlichkeit wurde dadurch im Vergleich zu den Monaten vorher in einem zugespitzten Ausmaß zu einem allgegenwärtigen Problem des Zusammenlebens, das sich nicht auf bestimmte überschaubare „Infektionscluster“ bzw. „Hotspots“ reduzieren ließ.

⁸³ Hierzu und zum Folgenden Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 23 ff.

Diese regulatorische Aufgabe ist trotz aller Erfahrungen, die seit fast eineinhalb Jahren gesammelt werden konnten, immer noch und wieder eine neue Aufgabe, weil aufgrund der sich ständig verändernden wissenschaftlichen Wissensbasis und infolge ständig neuer Entwicklungen (Stichwort: Virusmutationen-/varianten) die Lage permanent neu evaluiert und die Strategie mitunter schnell angepasst werden muss, um der sich schnell verändernden bzw. zuspitzenden pandemischen Lage gerecht werden zu können. Das Ziel des Gesetzes ist es also – wie schon die Gesetzesbezeichnung offenlegt –, das von der Pandemie bedrohte Leben bzw. die bedrohte Gesundheit der Bevölkerung zu schützen. Insofern kommt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach (einfachgesetzlich konkretisiert in § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG), die auch absehbare zukünftige Entwicklungen umfasst.

Zur grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG einschließlich der Zukunftsdimension BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a. –, NJW 2021, 1723, Rn. 145 f.

Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, also insbesondere der intensivmedizinischen Versorgungskapazitäten ist hierbei ein wichtiges Unterziel (vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 8 [unter A. I.], S. 9 a.E.), das nicht nur den an COVID-19-Erkrankten dient, sondern allen Menschen, die in der Pandemie medizinischer Versorgung bedürfen. Dass der Gesetzgeber den Schutz von Leib und Leben als Ziel verfolgt, hat damit zu tun, dass es um die physische Basis aller Persönlichkeitsentfaltung geht, die – vom Tod abgesehen – durch schwere gesundheitliche Schäden (Stichwort „Long COVID“, also Langzeitfolgen von COVID-19) beeinträchtigt wird.

Der massive Anstieg der Neuinfektionen (vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 8) bei einer Ausbreitung insbesondere der Virusmutationen B.1.1.7 und B.1.351, über die erstmals im Dezember 2020 berichtet wurde,⁸⁴ und die damit zusammenhängende Sorge, dass Überlastungen der Gesundheitsversorgung zu Priorisierungsentscheidungen („Triage“) nötigen könnten, haben den Gesetzgeber veranlasst, sein Schutzkonzept u.a. mit § 28b IfSG neu zu justieren.

⁸⁴ RKI, Übersicht zu besorgniserregenden SARS-CoV-2-Virusvarianten (VOC) – Stand: 8.7.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Virusvariante.html; VOC = variants of concern.

b) Regelungsmittel: multidimensionales Schutzkonzept

Unverändert verfolgt der Gesetzgeber auch mit § 28b Abs. 3 IfSG ein multidimensionales Schutzkonzept. Es setzt durch das Ineinandergreifen normativer und tatsächlicher Schutzinstrumente auf eine „Gesamtsignalwirkung“ (BT-Drucks. 19/28444, S.11), um so gesamthaft das Verhalten von ca. 83 Mio. Menschen zu steuern, die sich und andere schützen sollen. Der Gesetzgeber verfolgt dabei eine an die dynamische Entwicklung angepasste „Pandemiebekämpfungsstrategie“⁸⁵, also ein Schutzkonzept, das aus unterschiedlichen Bausteinen, also regulatorischen Elementen besteht. Diese Bausteine sollen in einer komplexen⁸⁶ Wechselwirkung, die den Schutz optimiert und die Lasten möglichst gerecht verteilt, dazu beitragen, dass das Ziel des antipandemischen Gesundheitsschutzes erreicht wird.

Auch das BVerfG spricht (mit Blick auf § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG) von „ein[em] Baustein im Gesamtkonzept des Gesetzgebers zur Bekämpfung der Pandemie“, BVerfG, Beschl. v. 20.05.2021 – 1 BvR 900/21 –, Rn. 17.

Mehr noch als in anderen Situationen bedeutet beim antipandemischen Gesundheitsschutz Selbstschutz dabei immer auch Schutz anderer, weil eine nicht-infizierte Person andere nicht anstecken kann. Das vordergründig nur auf sich selbst bezogene Verhalten hat in der Pandemie stärker und unmittelbarer Auswirkungen auf andere Menschen. Gerade die vergleichsweise lange Inkubationszeit, die asymptomatischen Verläufe und die leichte Weiterverbreitung über die Luft widersprechen den bekannten Erfahrungen mit anderen Infektionskrankheiten, weshalb den alltäglichen Kontakt betreffende Schutzinstrumente nötig sind, und zwar überall, wo es menschliche Kontakte gibt, also auch in Schulen.

Ein zunehmend wichtiges, vom Gesetz vorausgesetztes Schutzelement sind die Impfungen (vgl. nur § 28c IfSG, § 20i Abs. 3 SGB V). Die multi-dezentral bundesweit ins Werk gesetzte Impfkampagne wird – gerade aufgrund der immer besseren Verfügbar-

⁸⁵ So ein in der OVG-Rspr. verwendeter Begriff, s. etwa OVG Niedersachsen, Beschl. v. 23.06.2020 – 13 MN 229/20 –, juris, Rn. 51; ThürOVG, Beschl. v. 05.05.2021 – 3 EN 251/21 –, juris, Rn. 112; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 08.06.2021 – 13 MN 298/21 –, juris, Rn. 15; OVG NRW, Beschl. v. 30.06.2021 – 13 B 1047/21.NE –, juris, Rn. 102.

⁸⁶ S. etwa ThürOVG, Beschl. v. 05.05.2021 – 3 EN 251/21 –, juris, Rn. 112: „wesentliches Element der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie“.

keit der nötigen Impfstoffe – immer effektiver: Am 14. Juli 2021 wurden in Deutschland 945.608 Impfdosen verabreicht. Damit sind nun 37.124.516 Personen (44,6% der Gesamtbevölkerung) vollständig geimpft. Insgesamt haben 49.248.479 Personen (59,2%) mindestens eine Impfdosis erhalten.⁸⁷ Am 23.04.2021 – dem Tag des Inkrafttretens des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – waren allerdings erst 5.868.564 (ca. 7%) Personen einmal und 19.048.462 (ca. 22,9%) zweimal geimpft.⁸⁸

Bis zu einer möglichst weitgehenden Durchimpfung der Bevölkerung wird es trotz aller Fortschritte noch etwas dauern. Die Zeit bis dahin musste und muss überbrückt werden – zumal die Impfquote bei Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite noch vergleichsweise niedrig war. D.h., der sich positiv entwickelnde Schutz durch die Impfung durfte und darf nicht durch stark ansteigende Neuinfektionen konterkariert werden mit der Folge, dass die zu einem möglichst weitreichenden Schutz der gesamten Bevölkerung führenden Impfungen zu spät kämen:

„Die derzeit [...] laufende Impfkampagne ist [...] wie ein ‚Wettlauf‘ zwischen dem Infektionsgeschehen und dem Fortschreiten der Impfungen, Das Problem dabei ist, dass das Infektionsgeschehen teilweise mit einer exponentiellen Dynamik läuft, während die Dynamik der Impfungen durch die verfügbaren Impfdosen und logistische Bedingungen beschränkt ist. Um diesen ‚Wettlauf‘ etwas fairer zu gestalten, muss das Infektionsgeschehen also weiterhin unbedingt gedämpft werden, z.B. durch [...] Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen, Abstand halten, Masken tragen und ähnliche[s].“⁸⁹

Daher – und damit wird das Schutzkonzept neujustiert – hat sich der Gesetzgeber entschlossen, für einen relativ kurzen Zeitraum (Außerkräftreten spätestens am

⁸⁷ Bundesministerium für Gesundheit, <https://impfdashboard.de/> Stand: 15.07.2021, 9.50 Uhr (abgerufen am 15.07.2021).

⁸⁸ Eigene Berechnung, bezogen auf 83,1 Mio. Einwohnerinnen und Einwohner (das Dashboard weist die Prozentzahlen der nicht mehr aktuellen Zahlen nicht aus), vgl. die Hinweise des Statistischen Bundesamtes zur Bevölkerungszahl, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/_inhalt.html (abgerufen am 15.07.2021).

⁸⁹ Nagel/Schütte, MODUS-COVID Bericht vom 09.04.2021, Abschn. 10, https://www.zib.de/sites/default/files/project_attachments/2021-04-09%20MODUS-COVID%20Bericht.pdf (abgerufen am 15.07.2021).

30.06.2021, § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) deutliche, bundesweit auch in Schulen greifende Kontaktbeschränkungen zu schaffen, um die Effektivität des Impfschutzes durch eine immer mehr fortschreitende Impfkampagne dagegen abzusichern, dass sozusagen auf der Zielgeraden ein rasanter Anstieg von Neuinfektionen – er war für den Gesetzgeber der Grund, schnell zu handeln (BT-Drucks. 19/28444, S. 8) – die effektive Pandemiebewältigung erschwert. Dazu soll die möglichst flächendeckende Reduktion von Infektionsgelegenheiten beitragen, wobei – es geht um das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen, das sich in infektionsrelevanter Weise permanent wechselseitig beeinflusst – möglichst viele Situationen, in denen es zu einer Infektion kommen kann, in den Blick geraten, auch die Situationen in Schulen, in denen tagtäglich Millionen von Menschen in Kontakt geraten: Im Schuljahr 2020/2021 gab es an allgemeinbildenden Schulen ca. 8,4 Millionen Schülerinnen und Schüler.⁹⁰ Im Schuljahr 2019/2020 gab es an allgemeinbildenden Schulen 693.753 Lehrkräfte.⁹¹

Angesichts der volatilen Lage, die mit großer Ungewissheit einhergeht (etwa über die Wirkung sog. Escape-Virusvarianten, die sozusagen aus dem Wirkungsbereich der derzeitigen Impfstoffe „flüchten“, was deren aufwändigere Anpassung verlangt, die aber wohl mindestens einige Monate dauern könnte, vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 10) hat der Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsraum, der sich nicht nur auf die Erfassung der empirischen Realität, sondern auch auf die Entwicklung und Gewichtung des Maßnahmenbündels („Bausteine der komplexen Pandemiebekämpfungsstrategie“)⁹² bezieht. Deshalb heißt es in der Begründung zum Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite zutreffend, dass dem Bundesgesetzgeber „angesichts der nach wie vor ungewissen und sich dynamisch verändernden Gefahrenlage ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“⁹³ zukommt, den er mit Blick auf die in Rede stehenden Güter Leben und Gesundheit am Leitfaden des „Vorsorgeprinzip[s]“⁹⁴ ausfüllen darf.⁹⁵ Genau dies

⁹⁰ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 115 v. 11.03.2021, www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/03/PD21_115_211.html (abgerufen am 15.07.2021).

⁹¹ Statistisches Bundesamt, Schule: Lehrkräfte nach Schularten und Beschäftigungsumfang Stand: 20.10.2020, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Schulen/Tabellen/allgemeinbildende-beruflicheschulen-lehrkraefte.html (abgerufen am 15.07.2021).

⁹² Formulierung bei OVG NRW, Beschl. v. 13.05.2021 – 13 B 437/21.NE –, juris, Rn. 64.

⁹³ BT-Drucks. 19/28444, S. 9 (oben).

⁹⁴ BT-Drucks. 19/28444, S. 10.

entspricht – angesichts der Entwicklungsdynamik einer Pandemie – der „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“⁹⁶, es entspricht mit anderen Worten den „Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets“⁹⁷.

c) Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

Die Regelungen des § 28b Abs. 13 Satz 1 bis 3 IfSG müssen geeignet, erforderlich und zumutbar (angemessen) sein.

aa) Geeignetheit

Geeignetheit bedeutet, dass ein Regelungsinstrument zur Zielerreichung beitragen bzw. sie fördern kann.⁹⁸ Das ist für die Maßnahmen des § 28b Abs. Satz 2 und 3 IfSG zu bejahen, denn sie tragen zur Kontaktreduzierung bei, weshalb sie zugleich zu weniger Infektionen und damit zu einem besseren Schutz von Leben und Gesundheit beitragen können. Auch § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG sichert das Ziel der Kontaktvermeidung ab, weil bei positivem Test eine Teilnahme am Präsenzunterricht ausscheidet.

Vor dem Hintergrund einer Pandemiebewältigungsstrategie, also eines Schutzkonzepts, das unterschiedliche – rechtliche wie tatsächliche (Impfkampagne) – Schutzelemente bewusst kombiniert und auf einen gesamthaften, sich wechselseitig ergänzenden Schutz setzt, greift es zu kurz, jedes einzelne Schutzelement („Baustein“) isoliert auf seine Verhältnismäßigkeit hin zu betrachten.

⁹⁵ Vgl. zum „weiten Gestaltungsspielraum“ des Gesetzgebers „bei der Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gegenüber Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit“ auch BayVGh, Beschl. v. 16.04.2021 – 20 NE 21.965 –, juris, Rn. 25 a.E.; s. auch zum Verordnungsgeber, aber auf den Gesetzgeber übertragbar ThürVerfGH, Ur. v. 01.03.2021 – VerfGH 18/20 –, juris, Rn. 432: „keine intensivierete inhaltliche Kontrolle“ im Hinblick auf eine „neuartige Entscheidungssituation [...], die sich innerhalb sehr kurzer Zeit dynamisch veränderte“ und mit „außerordentlichen Risiken für die Bevölkerung“ einherging, „während die Beurteilungsgrundlagen für die politischen und rechtlichen Entscheidungsprozesse wissenschaftlich noch nicht vollständig abgesichert waren.“

⁹⁶ BVerfGE 109, 279 (336); BVerfGE 110, 141 (157).

⁹⁷ BVerfGE 77, 84 (106); s. hierzu auch mit Blick auf das IfSG ThürVerfGH, Ur. v. 01.03.2021 – VerfGH 18/20 –, juris, 420 ff.

⁹⁸ S. hierzu nur Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 150 f.

Der Gesetzgeber ist sich voll und ganz bewusst, dass eine einzelne Maßnahme – etwa Maßnahmen nach § 28b Abs. 3 IfSG – den erhofften Schutz nicht herbeiführen kann, ein Zusammenwirken mehrerer Maßnahmen hingegen schon. Insofern sind die Maßnahmen gemäß § 28b Abs. 3 wichtige, aber nicht allein relevante Wirkungselemente, die erst zusammen mit anderen Maßnahmen, insbesondere der voranschreitenden Impfkampagne, zur Erreichung des Regelungsziels beitragen. Sie sind daher im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch geeignet, weil sie zwar je für sich, aber vor allem im Zusammenwirken mit anderen „Bausteinen“ zur Zielerreichung beitragen können.

Wie erwähnt, verfolgt der Gesetzgeber einen multidimensionalen Ansatz, der möglichst viele Lebensbereiche regulatorisch erfasst, die – einander ergänzend und verstärkend – ein hohes Schutzniveau gewährleisten und zugleich bereichsspezifisch übermäßige Härten vermeiden sollen. Die Kritik der Verfassungsbeschwerden richtet sich letztlich gegen dieses Schutzkonzept, ohne dass hierbei der weite Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers respektiert würde. Das gilt namentlich für den Verweis auf vorgeblich aussagekräftigere Studien, die die Wirkungslosigkeit des gesetzgeberischen Schutzkonzepts belegen sollen. Die Verfassungsbeschwerden stellen damit ihre Vorstellung von einer politisch vernünftigen Pandemieregulierung an die Stelle der Einschätzung des Gesetzgebers, die bei der gegebenen Studienlage und nach Maßgabe der sachverständigen Beratung durch das RKI (vgl. zu dessen Beratungsaufgaben § 4 IfSG) jedenfalls vertretbar ist. Für Insinuationen, das RKI werde politisch gesteuert, um erwünschte Einschätzungen zu präsentieren (vgl. Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 46), fehlt jeder tatsächliche Anhaltspunkt. Entsprechendes gilt für Annahmen, dass vorgeblich genau jene Maßnahmen, für die sich der Gesetzgeber entschieden habe, untauglich oder wissenschaftlich haltlos seien. Auch insoweit wird der Sache nach eine bestimmte Ansicht vertreten, die die vom Deutschen Bundestag verfolgte Politik der Pandemieregulierung als vorgeblich verfassungswidrig auszuweisen sucht, ohne anzuerkennen, dass dieses politisch favorisierte Schutzkonzept den Rahmen der verfassungsrechtlichen Optionen in vertretbarer Weise ausgestaltet.

Das vom Gesetzgeber im Rahmen seines weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums gewählte multidimensionale Schutzkonzept erklärt auch, wieso sich der Gesetzgeber für die Durchführung von Präsenzunterricht entschieden hat, dies aber an eine

auf Landesebene umgesetzte Testobliegenheit bindet (§ 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG), die den Kindern bzw. den Eltern die Einschätzung der Gefährdungslage gestattet und es ihnen überlässt, etwa auf einen Test zu verzichten und stattdessen von vornherein anstelle des Präsenzunterrichts den Fernunterricht zu wählen. Damit trägt der Gesetzgeber den grundrechtlich geschützten Interessen von Kindern und Eltern Rechnung, ohne aber das Ziel des antipandemischen Gesundheitsschutzes im Interesse besonders vulnerabler Personen zu vernachlässigen. Das multidimensionale Schutzkonzept, das den Gesundheitsschutz bereichsspezifisch mit anderen grundrechtlich geschützten Interessen austariert, erklärt ferner, wieso der Gesetzgeber gestaffelte Inzidenzschwellen schafft. Sie tragen dazu bei, dass sich ab dem 100er-Inzidenz-Schwellenwert die Waage deutlicher in Richtung Gesundheitsschutz neigt, ohne aber die Präsenz von Kindern in der Schule völlig auszuschließen, wozu der Wechselunterricht (= Wechsel aus Präsenz- und Fernunterricht) beiträgt, der hilft, das Abstandsgebot in der Schule besser einzuhalten. Das multidimensionale Schutzkonzept, das die Schutzeffekte und die Härten der Pandemieregulierung möglichst differenziert dosiert, erklärt schließlich auch, wieso ab dem 165er-Inzidenz-Schwellenwert sich die Waage weiter Richtung Gesundheitsschutz – im Sinne von intensiver Infektionsvermeidung – neigt, ohne dass auch hier die Bildungsinteressen der Kinder völlig hintangestellt würden, weil Fernunterricht möglich bleibt (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG).

Hierbei ist zu bedenken – was oft übersehen wird –, dass beide Werte (100 und 165) sachlich gerechtfertigt sind. Am 19.04.2021, als der Ausschuss für Gesundheit seine Beschlussempfehlung zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vorlegte (BT-Drucks. 19/28692 vom 19.04.2021), in der die 165er-Inzidenzschwellenwert enthalten war, betrug die 7-Tage-Inzidenz 165.

Situationsbericht des RKI vom 19.04.2021, http://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/Archiv_Apr_2021.html

Die Zahl 165 ist ein Warnsignal insofern, als der Durchschnitt der Inzidenzzahlen im Dezember 2020 bei ca. 163 lag,⁹⁹ also in dem Monat, in dem die Inzidenzzahlen deutschlandweit auf knapp 200 Fälle pro 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner stiegen und die Lage sich besorgniserregend entwickelte.¹⁰⁰ Die Zahl 165 erweist sich danach als tragfähiger Indikator für eine absehbare Entwicklung hin zum Schlechten, die durch die sog. Bundesnotbremse ja gerade vermieden bzw. gestoppt werden sollte. Ähnlich sinnvoll ist der 100er-Schwellenwert, weil bei ihm zwar noch keine hochakute Entwicklung droht, aber doch absehbar ist. Der 100er-Wert entspricht einer gelben Ampel, der 165-Wert einer roten Ampel, bei der ohne Gegenmaßnahmen absehbar ist, dass das Wachstum als exponentielles Wachstum aus dem Ruder läuft.

Hinter der Festlegung dieser Werte stehen in der Tat – freilich anhand von Daten plausibilisierte – „politische Festlegungen“ (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 47 a.E.), die die Abwägung zwischen Gesundheitsschutz und noch hinnehmbarem Risiko im Interesse anderer grundrechtlich geschützter Interessen operabel machen. Von einem „absolute[n] Vorrang“ (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 72 a.E.) des Gesundheitsschutzes kann schon deswegen keine Rede sein, weil die Inzidenz-Schwellenwerte die Ergebnisse von Abwägungen in eine praktikable Form bringen (zur Bedeutung der 7-Tage-Inzidenz sogleich). Schon deshalb ist es irreführend, von einem „Inzidenzwert-Automatismus“ (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 46) bzw. einem „Inzidenz-Automatismus“ (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 81) zu sprechen, denn dies blendet die wertenden Abwägungen, die mit den Zahlen operabel gemacht werden, aus.

Demnach ist festzuhalten: Ein multidimensionales Schutzkonzept, das möglichst viele Lebensbereiche einbindet, ist bezogen auf die Regelungen des § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG, aber auch als Ganzes ein geeigneter Regelungsansatz.

⁹⁹ Eigene Berechnungen auf Basis der Daten in den Situationsberichten des RKI für den Monat Dezember 2020, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html (abgerufen am 15.07.2021).

¹⁰⁰ 21.12.2020: 197; 22.12.2020: 198; 23.12.2020: 195; 24.12.2020: 196.

bb) Erforderlichkeit, insb. zum Inzidenzwert und zur 7-Tage-Inzidenz

Auch unter dem Aspekt der Erforderlichkeit begegnet § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG keinen Bedenken.

Erforderlichkeit meint, dass ein Regelungsziel durch kein anderes Regelungsinstrument gleich wirksam, aber weniger einschneidend, also grundrechtsschonender erreicht werden kann.¹⁰¹ Was in einer pandemischen Lage ein weniger einschneidendes, aber gleich wirksames Maßnahmenbündel ist, unterliegt, wie bereits mit Blick auf die Geeignetheit dargelegt, einer weiten Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers.

So verkennt etwa die verbreitete Annahme, die verstärkte staatliche Durchsetzung milderer Maßnahmen hätte favorisiert werden müssen, den Umstand, dass, wie erwähnt, das Verhalten von ca. 83 Millionen Menschen koordiniert werden muss, um die Pandemie effektiv abzuwehren. Hier ist der Staat mehr noch als sonst auf die Normbefolgungsbereitschaft der Menschen angewiesen. Mehr als meist anlassabhängige Kontrollaktivitäten sind hier, realistisch betrachtet, vor allem flächendeckend, nicht machbar. Insofern war auch in der Lage, in der sich der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite befand, beispielsweise die Verbesserung der Kontaktnachverfolgung kein sinnvolles, gar gleich geeignetes Mittel, ebenso wenig wie die personelle Aufstockung der Gesundheitsämter (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 67) oder die Verbesserung der IT-Infrastruktur der Gesundheitsämter (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 971/21**, S. 67). Dies waren in der konkreten Situation, in der der Gesetzgeber entscheiden musste, keine realistischen, weil nicht kurzfristig herbeiführbaren gleich effektiven Regelungsalternativen.

Ferner sei daran erinnert, dass der Inzidenzwert bzw. die 7-Tage-Inzidenz im Schutzkonzept des Gesetzgebers eine „Frühwarn-Funktion“ übernimmt;¹⁰² insofern passt er zum Vorsorgeprinzip, das, wie erwähnt, das Schutzkonzept des Gesetzgebers wesent-

¹⁰¹ S. hierzu nur Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 152 f.

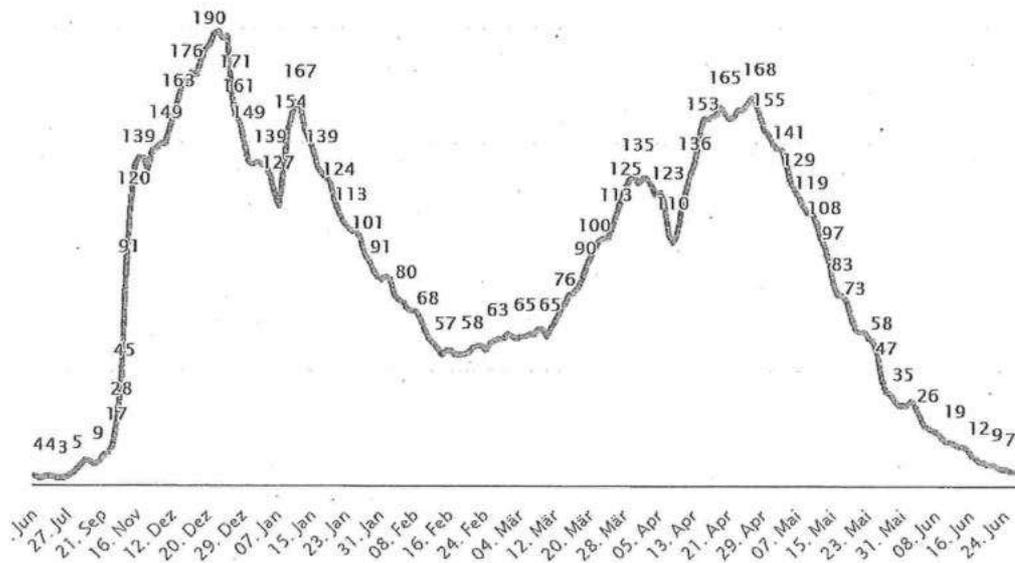
¹⁰² Die Gesetzesbegründung spricht von der Zahl der Neuinfektionen als „früheste[m] Indikator“, BT-Drucks. 19/28444, S. 9.

lich prägt. Da der Gesetzgeber eine realitätsgerechte Abbildung des Infektionsgeschehens gewährleisten und zugleich verhindern wollte, dass eine Überlastung des Gesundheitswesens zu spät erkannt wird, musste er sich – erstens – mittels Testungen der Realität annähern (also etwa auch in Kauf nehmen, dass es gelegentlich „falsch positive“ Testergebnisse gibt), denn zu dieser Annäherung an die Realität gab es keine praktikable Alternative; und – zweitens – musste er über ein Zeitintervall (sieben Tage) die denkbaren Unsicherheiten der Testergebnisse ausgleichen, indem er eine ansteigende Inzidenzzahl als verlässlichen Indikator dafür nahm, dass die Inzidenzzahlen reales Geschehen verlässlich abbilden und nicht nur Artefakte produzieren.¹⁰³

Die Rede von der „wirklichen Inzidenz“ (Verfassungsbeschwerde **1 BvR 1069/21**, S. 76) erkennt den konstruktiven – nicht: konstruierten – Charakter der Annäherung an die Realität, der anhand von Testungen zumindest solange, wie die Impfquote noch niedrig war – so war die Lage bei Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite – eine approximative Rekonstruktion der Infektionsrealität gestattete. Dafür, dass Tests zu dieser Erfassung der Realität nicht beitragen konnten, fehlen von Tatsachen getragene Anhaltspunkte. Angesichts der Entwicklung der Inzidenzzahlen musste der Gesetzgeber vielmehr davon ausgehen, dass ohne eine massive Intervention die Infektionszahlen exponentiell steigen würden. Dies belegt diese Graphik (Entwicklung bis 24.06.2021):¹⁰⁴

¹⁰³ Zur Vermeidung von Schwankungen und dem Ziel, zu einer verlässlichen „Trendaussage“ zu gelangen, BT-Drucks. 19/28444, S. 9.

¹⁰⁴ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1192085/umfrage/coronainfektionen-covid-19-in-den-letzten-sieben-tagen-in-deutschland/#professional> (abgerufen am 15.07.2021)

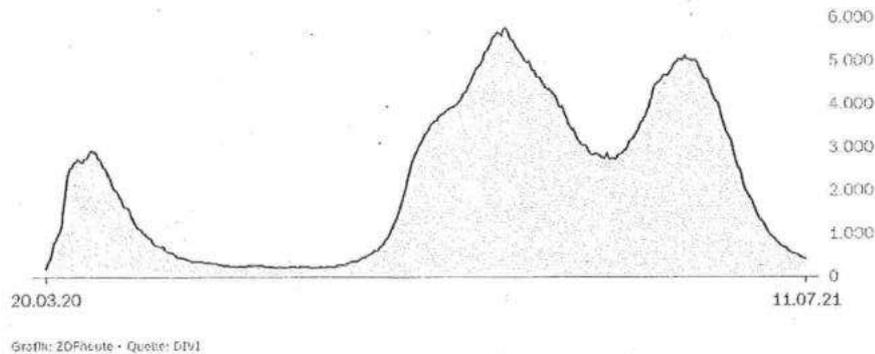


In den Tagen vor der Verabschiedung des Gesetzes stiegen die 7-Tage-Inzidenzzahlen stetig an. Dass der Gesetzgeber den Eindruck hatte, nur eine deutliche regulatorische Reaktion des Bundes, die die föderale Vielfalt auf Zeit zurücknehmen würde, könne die Entwicklung stoppen,¹⁰⁵ lag nahe, und war eine jedenfalls vertretbare Einschätzung. Die dauerhafte Absenkung der Inzidenzzahlen, die anfangs noch auf einen Vorlaufeffekt infolge der öffentlichen Debatte über die sog. Bundesnotbremse zurückzuführen sein mochte, bestätigt die gesetzgeberische Einschätzung.

Zugleich zeigt die abnehmende Zahl der intensivbehandlungspflichtigen Patientinnen und Patienten eingedenk eines Verzögerungseffekts von regelmäßig mehreren Wochen (Zeit zwischen Infektion, Erkrankung und Einweisung), dass die sog. Bundesnotbremse im Zusammenwirken aller regulatorischen „Bausteine“ das intendierte Regelungsziel erreicht hat.

Die nachfolgende Graphik visualisiert die Entwicklung der Patientinnen- und Patientenzahlen auf den Intensivstationen zwischen dem 20.03.2020 und dem 11.07.2021 auf der Basis von Zahlen der DIVI (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin, www.divi.de), <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-inzidenz-landkreise-100.html> (abgerufen am 15.07.2021)

Covid-19-Patienten in Intensivbehandlung



Der höchsten Erhebung rechts in der Graphik entspricht für den 26.04.2021 einer Zahl von 5.106 Patientinnen und Patienten auf Intensivstationen. Der höchsten Erhebung in der Mitte der Graphik entspricht für den 03.01.2021 einer Zahl von 5.745 Patientinnen und Patienten auf Intensivstationen. Der höchsten Erhebung links in der Graphik entspricht für den 18.04.2020 eine Zahl von 2.928 Patientinnen und Patienten auf Intensivstationen.

Die Absenkung der Inzidenzzahlen verwirklichte zugleich in regional differenzierter Weise den Gedanken der Erforderlichkeit, denn bereits im Mai 2021 endeten durch Unterschreiten der Inzidenz gemäß § 28b Abs. 2 IfSG (auch) die Maßnahmen nach § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG in zahlreichen Landkreisen bzw. kreisfreien Städten, also deutlich vor dem 30.06.2021 (vgl. § 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG).

Näher die aktuellen Lage-/Situationsberichte des RKI, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html (abgerufen am 15.07.2021)

Daher ist die verbreitete Rede von der „Bundesnotbremse“ irreführend, weil sie nahelegt, es sei um bundeseinheitlich greifende Maßnahmen gegangen, was aber in Abhängigkeit von der Entwicklung der 7-Tage-Inzidenz nicht der Fall war. Insofern setzte § 28b IfSG nur einen bundesrechtlichen Rahmen mit regional differenzierter Wirkung. Das galt für § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/28444, S. 8 (unten)/S. 9 (oben).

Die Orientierung an den Belegungszahlen der Intensivstationen bzw. der Krankenhäuser hätte im Schutzkonzept des Gesetzgebers, das sich am Vorsorgeprinzip orientiert, dazu geführt, dass zu spät hätte reagiert werden können, denn Infektionen mit SARS-CoV-2 führen u.U. zu schweren Verläufen von COVID-19, die zu einer intensivpflichtigen Behandlung führen können.¹⁰⁶ Angesichts der relativen Knappheit der Intensivbehandlungsplätze („Intensivbetten“) war hier eine frühzeitige Orientierung über die wahrscheinlich stabil (deshalb 7 Tage) zu erwartende Entwicklung geboten. Dass sich die Aussagekraft über solche Erkrankungs- und Auslastungswahrscheinlichkeiten insbesondere mit einer zunehmenden Durchimpfung verändert, liegt auf der Hand, aber bei Erlass des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite war, wie dargelegt, die Durchimpfungsquote noch vergleichsweise niedrig.

cc) Angemessenheit (Zumutbarkeit)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert unter dem Aspekt der Angemessenheit bzw. Zumutbarkeit, dass die Schwere eines Eingriffs nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Das ist dann der Fall, wenn die gesetzliche Regelung zu einer übermäßigen, also unzumutbaren (unangemessenen) Belastung der oder des Betroffenen führt.¹⁰⁷

Übermäßige Belastungen werden durch die Regelung des § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG vermieden, weil sie von vornherein auf einen verhältnismäßigen Ausgleich und die Vermeidung übermäßiger Belastungen angelegt ist. Das heißt nicht, dass die Regulierung einer Pandemie ohne Belastungen gelingen könnte. Aber § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG zeigt, dass die Belastungen für die Grundrechte von Kindern und Eltern in Abwägung mit dem Ziel des antipandemischen Gesundheitsschutzes, der das Leben und die Gesundheit erkrankter oder gefährdeter Personen erhalten will, auf ein erträgliches Maß reduziert werden können. Das belegt, wie schon dargelegt, bereits § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG, der den Schülerinnen und Schülern sowie ihren Eltern eine Abwägung zwi-

¹⁰⁶ In diesem Sinne auch Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (666, rechte Spalte oben).

¹⁰⁷ Zusf. Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 154 ff.

U36

schen Testung und Präsenzunterricht abverlangt, aber auch die Freiheit lässt, den Test abzulehnen. Das gegen übermäßige Belastungen gerichtete Schutzkonzept des Gesetzgebers lässt sich auch an § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG ablesen, der gerade nicht auf die direkte Schließung von Schulen abzielt, sondern zunächst noch Präsenzunterricht (in der kontaktreduzierenden Variante des Wechselunterrichts) vorsieht, um dann nur bei einer erheblichen Zuspitzung der Infektionszahlen den Präsenzunterricht, aber nicht den Unterricht insgesamt einzustellen (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG). All das war eingebettet in einen von vornherein begrenzten zeitlichen Rahmen (§ 28b Abs. 10 Satz 1 IfSG) und wurde zudem durch regionale Differenzierungen abgerundet, die dafür sorgten, dass die „Bundesnotbremse“ nicht starr, sondern je nach regionaler Lage situationsadäquat-flexibel angewandt werden konnte. In der Summe sorgte dieses differenzierte Schutzkonzept dafür, dass die hier in Rede stehenden Grundrechte durch § 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG nicht übermäßig beschränkt wurden.

d) Zwischenergebnis

§ 28b Abs. 3 Satz 1 bis 3 IfSG ist verhältnismäßig und verletzt die Grundrechte der Beschwerdeführenden aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG nicht.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.

Berlin, den 15.07.2021

S. Rixen

Prof. Dr. Stephan Rixen