

## 1

## Die Bundesnotbremse-Beschlüsse des BVerfG

Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021, 1 BvR 781/21, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21

von **Prof. Dr. Ute Walter**, RA'in und FA'in für Medizinrecht, Prof. Dr. Ute Walter Rechtsanwältin, München

### A. Problemstellung

Am 23.04.2021 trat das „4. Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.04.2021“ (BGBl I, 802) in Kraft. Hierdurch wurden in das (Bundes-)Infektionsschutzgesetz (IfSG) Bestimmungen als Maßnahmenbündel eingefügt, die als „*Bundesnotbremse*“ Furore machten. Die v.a. durch die §§ 28b und c IfSG<sup>1</sup> zur *Verhinderung der Ausbreitung des Coronavirus - SARS-CoV-2* eingeführten, in ihrer Laufzeit bis zum 30.06.2021 befristeten Regeln enthielten bundesweit einheitliche *Kontaktbeschränkungen*, *Ausgangsbeschränkungen*, Beschränkungen von Freizeit- und Kultureinrichtungen, Ladengeschäften, Sport und Gaststätten; Verstöße hiergegen waren bußgeldbewehrt. Vorgesehen waren weiter u.a. eine grundsätzliche Verpflichtung zur Büroarbeit zuhause sowie eine Verordnungsermächtigung, um den Umgang mit Personen zu regeln, die negativ getestet, geimpft oder anderweitig immunisiert sind (umgesetzt in der SARS-CoV-2-Schutzmaßnahmen-Ausnahmen-Verordnung, SchAusnahmV vom 08.05.2021, aufgrund von § 28c IfSG<sup>2</sup>). Zudem kam es zu Beschränkung und Verbot des schulischen Präsenzunterrichts durch das Gebot von Wechselunterricht (schulischer Präsenzunterricht und Distanzunterricht zuhause) bzw. die vollständige Untersagung des Präsenzs Schulbetriebs, also *Schulschließungen*.

Die normierten Maßnahmen zur Eindämmung der – seit März 2020 andauernden – Pandemie zeichneten sich durchweg dadurch aus, dass sie an eine Sieben-Tage-Inzidenz von 100 (bzw. 165, bezogen auf Schulen) gekoppelt waren wie folgt: Überschritt in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinanderfolgenden Tagen die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen (7-Tage-Inzidenz) den Schwell-

lenwert von 100 (bzw. 165), so galten sie dort ab dem übernächsten Tag, vorbehaltlich strengerer landesrechtlicher Vorschriften, die hierdurch nicht tangiert wurden. Sank in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt die 7-Tage-Inzidenz unter den Wert von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner an fünf aufeinanderfolgenden Werktagen, so trat die „Notbremse“ dort ab dem übernächsten Tag außer Kraft.

Gegen diese durch einfaches Gesetz angeordneten Regelungen hatten diverse Beschwerdeführer den Hauptvorwurf erhoben, die von ihnen angegriffenen gesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie seien verfassungswidrig, insbesondere unverhältnismäßig. Am 19.11.2021 entschied das BVerfG über die eingereichten Verfassungsbeschwerden in zwei getrennten Beschlüssen: Bundesnotbremse I (*Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen*)<sup>3</sup> sowie Bundesnotbremse II (*Schulschließungen*)<sup>4</sup>, deren v.a. für das Medizinrecht bemerkenswerte Inhalte nachfolgend in gebotener Kürze referiert und eingeordnet werden.

Die Verfassungsbeschwerden waren im Ergebnis nicht erfolgreich. Die Beschwerdeführer<sup>5</sup> hatten eine Verletzung in ihren Grundrechten, betreffend die Kontaktbeschränkungen aus Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, in Bezug auf die Ausgangsbeschränkungen aus Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 104 sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG gerügt, sowie bei den Schulschließungen aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sowie Beeinträchtigungen der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

Überwiegend waren die erhobenen Verfassungsbeschwerden zwar zulässig, aber im Ergebnis unbegründet.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

Durch die Beschlussgründe, die den gerügten Grundrechtseingriffen wohlgeordnet und lehrbuchmäßig auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit hin nachgegangen sind (hierzu unter III., IV. und V.), zieht sich gleichsam wie ein roter Faden die große Herausforderung, welcher sich der Gesetzgeber im Falle der global neuartigen Pandemie mit dem SARS-CoV-2-Virus kontinuierlich ausgesetzt sieht: Der Umgang mit der tatsächlichen Ungewissheit, auch unter

Einbeziehung der bereits vorhandenen, in steter Weiterentwicklung befindlichen wissenschaftlichen Erkenntnislage, welche Infektionsschutzmaßnahmen für die Bevölkerung den gebotenen Schutz für Leben und Gesundheit befördern, bei fehlender absoluten Beherrschbarkeit der Dynamik des Infektionsgeschehens. Die Hinzuziehung des Sachverständigen von Experten war daher sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch bei dessen verfassungsrechtlicher Überprüfung auf legitimen Zweck, Eignung<sup>6</sup>, Erforderlichkeit sowie Verfassungsmäßigkeit im engeren Sinne der angeordneten Maßnahmen unabdingbar (hierzu unter I. und II.). Im Kern ging es immer wieder darum, dass der Gesetzgeber hinsichtlich seiner zum Schutz der höchstrangigen Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit und zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems konkret getroffenen Maßnahmen an den zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses – gleichsam „ex ante“ – verfügbaren Erkenntnissen zu messen ist, solange die auf dieser Basis angestellten Prognosen ebenso sachgerecht und vertretbar gewesen sind.

### **I. Überprüfung der prognostischen Entscheidung des Gesetzgebers**

Das BVerfG konsultierte – da materiell-rechtlich entscheidungserhebliche Vorfrage – nach § 27a BVerfGG *sachkundige Dritte* zur Sinnhaftigkeit des angegriffenen Maßnahmenbündels des IfSG aus epidemiologisch-wissenschaftlicher Sicht<sup>7</sup> bzw. aus Sicht der Medizin, Infektionsforschung, Schülerschaft, Pädagogik und Schulforschung:<sup>8</sup> Konkret rückversichert hatte es sich – für Bundesnotbremse I – hinsichtlich der *Übertragungsorte, -wege und -zeiten* (Fragenkomplex I)<sup>9</sup>, ebenso wie zu *Wirkungsweisen von Kontaktbeschränkungen* (Fragenkomplex II)<sup>10</sup>, als auch zur *Eignung des Indikators der 7-Tage-Inzidenz zur tatsächlichen Verbreitung des Virus* (Fragenkomplex III)<sup>11</sup> bzw. – für Bundesnotbremse II – zu den *Folgen des Wegfalls von Präsenzunterricht*<sup>12</sup> und speziell *dessen Auswirkungen auf das Infektionsgeschehen*<sup>13</sup>. Die verfassungsgerichtliche Prüfung der Vertretbarkeit der *gesetzgeberischen Eignungsprognose* im Hinblick auf die verhängten Maßnahmen war danach zu beurteilen, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht von deren Eignung zur Erreichung des gesetzten Ziels – des Schutzes des Lebens und der Gesundheit der Menschen vor den Gefahren einer Covid-19-Erkrankung und der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems – ausgehen durfte<sup>14</sup>.

Nicht nachgefragt wurde in diesem Kontext das politisch hochaufgeladene Thema der überhaupt (bzw. nicht) hinreichenden Verfügbarkeit sowohl informationstechnischer Kommunikationsmöglichkeiten als auch -fähigkeiten bei Lehrern sowie bei Schülern innerhalb gezwungenermaßen stattfindenden Distanzunterrichts sowie die potentielle Beschaffbarkeit von hinreichend leistungsfähigen Raumlufreinigungsgeräten für Schulklassenräume. Sachverständige (IT-)Technikexperten waren nicht gezielt befragt worden<sup>15</sup>; offenbar wurden diesen Sparten – angesichts der kurzen Geltungsdauer der Regelungen – keine verfassungsrechtlich relevante Bedeutung für die Klärung der damals tatsächlichen Ausgangssituation bzw. die Beurteilung realistischer Chancen auf Verringerung einer Gefahrenlage zugemessen.

Das BVerfG griff v.a. mit dem Robert Koch-Institut (RKI), das international verfügbare Erkenntnisse zur weltweit grassierenden Pandemie sammelt und kontinuierlich wissenschaftlich auswertet, auf hochangesehenen nationalen Sachverständigen zurück. Dies dürfte auch zum Tragen gekommen sein, wenn in den Entscheidungsgründen auf zumeist nicht näher mit Primärquellen unterlegte „Erfahrungen im Ausland“<sup>16</sup> rekurriert wird. Keine weitere Sachkunde Dritter holte das BVerfG dazu ein, inwiefern sich die SARS-CoV-2-Pandemie von anderen bisher immer wieder sich ereignenden Virusgrippe-Epidemien und oder anderen nicht ungefährlichen Infektionsherden, wie z.B. Krankenhauskeimen, unterscheidet, gerade auch im Hinblick auf die unbestreitbar auch in diesen Konstellationen vorhandenen Gefährdungen der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Ausreichend war insoweit, dass das Robert Koch-Institut als bundesunmittelbares Institut des Bundesgesundheitsministeriums die gesundheitlichen *Risiken des Infektionsgeschehens der Corona-Pandemie als „insgesamt sehr hoch“*<sup>17</sup> eingeordnet hatte.

Die konkret beim BVerfG eingegangenen Stellungnahmen der Sachverständigen sind inzwischen nur vereinzelt bzw. nur in Teilen öffentlich über die einschlägigen Homepages der beteiligten Institute, Vereine und Gesellschaften zugänglich; die Beschlussgründe beziehen sich inhaltlich teilweise auf die eingeholten Expertisen<sup>18</sup>, sogar unter Ausweis und Bewertung von ggf. aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten. So hat das BVerfG insbesondere bei der Prüfung der Eignung

der in § 28b IfSG verhängten *Kontaktbeschränkungen* eine „weitestgehende“ *Übereinstimmung aller sachkundigen Dritten* dahingehend festgestellt, dass sie einen *wesentlichen Beitrag zur Eindämmung der Virusübertragungen* leisten könnten<sup>19</sup>.

## II. Zur Befugnis sowie Pflicht des Gesetzgebers aus seiner Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, auch bei verbleibenden Unsicherheiten der wissenschaftlichen Erkenntnis

Kennzeichnend für die Ausgangssituation, welcher der Gesetzgeber durch ein geeignetes Maßnahmenbündel begegnen wollte, war die trotz Anhörung ausgesuchter Experten *verbliebene Unsicherheit* darüber, was passende oder gar im Idealfall passgenaue Maßnahmen sind. Der Gesetzgeber war darauf angewiesen, *prognostische Entscheidungen* zu treffen, da im März 2021 zur potentiellen Weiterentwicklung des Pandemiegeschehens keine gesicherten Erkenntnisse vorlagen.

Solche *Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage* begrenzen die Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen. Nach dem BVerfG genügt es, wenn er sich in einer solchen Situation an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert<sup>20</sup>. Dieser Spielraum<sup>21</sup> gründe auf der dem demokratisch in besonderer Weise legitimierten Gesetzgeber grundgesetzlich zugewiesenen *Verantwortung dafür, Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden*. Daran gemessen habe der Gesetzgeber mit den in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen jeweils für sich genommen sowie in ihrer Zusammenschau mit den Ausgangsbeschränkungen verfassungsrechtlich legitime Zwecke wie den Schutz von Leben und Gesundheit verfolgt. Seine Annahme, es habe eine erhebliche Gefahrenlage für diese Schutzgüter bestanden, die gesetzgeberisches Handeln erforderlich machte, beruhte auf hinreichend tragfähigen tatsächlichen Erkenntnissen. Auch bei den Schulschließungen habe der Gesetzgeber – wiederum im Einklang mit den Sachverständigen – davon ausgehen dürfen, dass sie die Kontakte reduzieren und damit die Verbreitung des Virus verhindern helfen können. Das BVerfG arbeitete heraus, dass dieser Effekt unabhängig davon zu sehen sei, dass Kinder wohl seltener und

falls ja, dann weniger schwer erkrankten. Außerdem habe der Gesetzgeber die Schwelle mit der Anknüpfung an höhere maßgebliche Inzidenzwerte hier deutlich erhöht im Vergleich zu den Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen.

Nach dem BVerfG ist *der sachlich fundierte Umgang mit einer neuartigen globalen Pandemie* gerade davon geprägt, dass wissenschaftliche Erkenntnisse, auf die grundrechtseinschränkende Maßnahmen gestützt werden, *fortlaufend gewonnen, aufbereitet und auch korrigiert* werden. Besonders hervorgehoben hat das BVerfG die gesetzliche Aufgabenzuweisung an das RKI nach § 4 Abs. 1 IfSG, institutionell genau dafür Sorge zu tragen<sup>22</sup>: Zu den Aufgaben des RKI gehöre es, die Erkenntnisse zu solchen Krankheiten durch Auswertung und Veröffentlichung der Daten zum Infektionsgeschehen in Deutschland und durch die Auswertung verfügbarer Studien aus aller Welt fortlaufend zu aktualisieren und für die Bundesregierung und die Öffentlichkeit aufzubereiten<sup>23</sup>.

Das BVerfG stellte klar, dass *der Gesetzgeber auch bei ungewisser Lage handeln dürfe*<sup>24</sup>. Die verfassungsrechtliche Prüfung sei *insoweit auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidungen* im Hinblick auf den derzeitigen Informationsstand *beschränkt*<sup>25</sup>, überzogene Anforderungen seien hier fehl am Platz. Wenn der getroffenen gesetzgeberischen Regelung eine prognostische Entscheidung zugrunde liege, könne die Eignung nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung beurteilt werden, sondern nur – quasi *ex ante* – danach, ob der Gesetzgeber damals davon ausgehen durfte, die Maßnahme sei zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, also *ob seine Prognose sachgerecht* und vertretbar war<sup>26</sup>. Selbst wenn sich später diese Prognose als unrichtig herausstellen würde, stelle dies jedenfalls die ursprüngliche Eignung des Gesetzes nicht infrage. Insbesondere folgen keine strengeren Maßnahmen daraus, dass im maßgeblichen Zeitraum vor Verabschiedung des Gesetzes keine in jeder Hinsicht gesicherten *wissenschaftlichen Erkenntnisse* vorgelegen hätten. Zudem sei die Geltungsdauer des angegriffenen Gesetzes nur kurz gewesen.

Anders sähe es laut BVerfG allenfalls bei längerer Geltung des Gesetzes und der dort ohne Vorliegen von gesicherten Erkenntnissen getroffenen Entscheidungen aus: Irgendwann trage eine andauernde Unsicherheit bei besonders schwer in Grundrechtspositionen eingreifenden Maßnahmen möglicherweise nicht mehr<sup>27</sup>. Der

vierte Leitsatz zur Schulschließungs-Entscheidung bringt dies pointiert auf den Punkt: Bei einer lange andauernden Gefahrenlage wie der Corona-Pandemie *muss der Gesetzgeber seinen Entscheidungen umso fundiertere Einschätzungen zugrunde legen, je länger die zur Bekämpfung der Gefahr ergriffenen Maßnahmen anhalten*. Einschränkend gelte jedoch, dass der Staat große Gefahren für Leib und Leben am Ende nicht deshalb in Kauf nehmen dürfe, weil er – bis zum gebotenen Reaktionszeitpunkt – nicht genügend dazu beigetragen habe, freiheitsschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahren zu erforschen. Dem Gesundheits- und Lebensschutz kommt demnach eine herausragende Bedeutung auch bei der Schaffung von längerfristig geltenden Schutzmaßnahmen zu.

Nach dem BVerfG war es *legitimes oberstes Ziel* des Gesetzgebers, eine weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie deren exponentielles Wachstum zu durchbrechen, um eine „Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt“ zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen. Dies geschehe in Erfüllung seiner in Art. 2 Abs. 2 GG wurzelnden Schutzpflicht, die Schutz vor sämtlichen mit einer SARS-CoV-2-Infektion einhergehenden Gesundheits- und Lebensgefahren, insbesondere auch vor schweren Krankheitsverläufen und Langzeitfolgen (Long Covid) umfasse<sup>28</sup>. Nicht weiter vertieft bzw. definiert wird, ab wann bzw. unter welchen Umständen genau denn eine solche „Überlastung des Gesundheitssystems“ – im Sinne einer ohne weiteres feststellbaren inakzeptablen Grenzüberschreitung – zu diagnostizieren wäre. Obwohl die 7-Tages-Inzidenz zumindest für den Zeitraum der Gültigkeitsdauer des entscheidungsgegenständlichen Gesetzes als nach damaligem Erkenntnisstand „brauchbarer“ *Indikator für eine Verbreitung des Virus* anerkannt wird, stellt das BVerfG keine weitere Korrelation etwa dazu her, inwiefern die 7-Tages-Inzidenzen z.B. generell für eine Überforderung des Gesundheitswesens stehen könnten. Vielmehr bekräftigt das BVerfG positiv die – trotz bereits ergriffener Schutzmaßnahmen – bei fortbestehender Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems vorhandene *Pflicht* des Gesetzgebers *zur Aufrechterhaltung von dessen Funktionsfähigkeit* als *Zwischenziel* des erforderlichen Gesundheits- und Lebensschutzes: Wegen der hohen Inanspruchnahme der intensivmedizinischen Kapazitäten für Covid-19-Patienten drohe anderen intensivpflichtigen Patienten eine erhebliche Lebens- und Gesundheitsgefahr<sup>29</sup>. Die *Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems*

wird vom BVerfG wegen der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit als *überragend wichtiges Gemeingut* eingestuft, was auch bedeute, dass *für alle eine bestmögliche Krankenversorgung* sicherzustellen sei<sup>30</sup>.

### III. Zu den Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen

Die Beschwerdeführenden waren unzweifelhaft selbst und unmittelbar betroffen. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG angeordneten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen bedurften keines weiteren Vollzugsaktes, der Anwendungsbereich der Beschränkungen umfasste alle sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen. Die Beschwerdeführer waren auch gegenwärtig betroffen: Das zum maßgeblichen Zeitpunkt dynamische Infektionsgeschehen ließ auch für sie zeitnah nach Inkrafttreten des Gesetzes die Geltung der Beschränkungen erwarten<sup>31</sup>.

Im *Kontext mit den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen* war u.a. auch eine Verletzung des *Rechts auf Freizügigkeit* aus Art. 11 Abs. 1 GG geltend gemacht worden: Der Vortrag der Beschwerdeführer, sich nachts nicht mehr frei im Bundesgebiet bewegen zu dürfen oder dass ein Eingriff in die Freizügigkeit „auf der Hand“ liege, genügte den Begründungsanforderungen allerdings nicht. Auch der Hinweis eines Fotografen darauf, er könne bei Dämmerung und Dunkelheit nicht mehr fotografieren, was seine *Kunstfreiheit* gemäß Art. 5 Abs. 3 GG verletze, wurde als nicht substantiiert zurückgewiesen. Ungenügend war auch der Vorwurf, der täglich verbleibende Zeitraum von 19 Stunden für sportliche Bestätigung im Freien reiche nicht aus, um diesen für die gesundheitsförderlichen Effekte des Sports zu nutzen, um eine Verletzung des *Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit* nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinreichend darzutun. Dasselbe gilt für die angebliche etwaige Ungleichbehandlung von Frühaufstehern gegenüber abends Sporttreibenden<sup>32</sup>. Das BVerfG vermisste insoweit Ausführungen dazu, weshalb die zulässige Ausübung kontaktlosen Sports für die gesundheitsförderlichen Effekte nicht ausreiche<sup>33</sup>.

Soweit Beschwerdeführer versucht hatten, sich gegen die *Beschränkungen des Betriebs von Freizeiteinrichtungen, des Handels, von Kultureinrichtungen, der Gastronomie und von Übernachtungsangeboten* zu wenden, war der bloße Vortrag, es komme zu einer „in einer freiheitlichen Gesell-

schaft inakzeptablen Beschränkung der sozial-kulturellen Entfaltungsmöglichkeiten“ nicht ausreichend. Ebenso wenig vermochte ein bloßer Hinweis auf zwei Zeitungsartikel für eine grundrechtliche Betroffenheit zu genügen, die sich mit längeren Reisen im Fernverkehr und potentieller Kontaminierung von Masken mit Schadstoffen befasst hatten.

Bei der Überprüfung, ob *Kontaktbeschränkungen* in den Schutzbereich der jeweils als verletzt gerügten Grundrechte eingreifen, hatte das BVerfG Gelegenheit, diese *Schutzbereiche* inhaltlich näher zu konturieren. Selbstverständlich bedürften diese Eingriffe hierin einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Bekanntlich werden die Grundrechte nicht vorbehaltlos gewährt, sondern unterliegen verfassungsunmittelbaren Schranken.

Der *Schutz der Familie* aus Art. 6 Abs. 1 GG erfasse die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern, unabhängig davon, ob diese miteinander verheiratet sind. Dieser Schutz erstreckte sich zudem auf weitere spezifisch familiäre Bindungen, wie sie zwischen erwachsenen Familienmitgliedern und zwischen nahen Verwandten auch über mehrere Generationen hinweg bestehen können. Das Familiengrundrecht gewährleistet auch die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden. Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen machten vollstreckungsfähige Vorgaben für private Zusammenkünfte sowohl im öffentlichen als auch im privaten Raum. Die Kontaktbeschränkungen untersagten grundsätzlich, gemeinsam mit einer dritten Person zusammen zu sein. Zulässig blieb insoweit lediglich der Kontakt über das Mittel der Fernkommunikation.

Die Beschneidung zwischenmenschlicher Kontakte durch die Kontaktbeschränkungen greift auch in das *Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit* ein. Dieses Grundrecht schütze familienähnlich intensive Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie. Insbesondere gewährleiste es auch die Freiheit, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. Zwar sei nicht jegliche Zusammenkunft mit beliebigen anderen Personen erfasst, aber es gebe Schutz davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden, also die einzelne Person zur Einsamkeit gezwungen werde. Anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, sei für die Persönlichkeitsentfaltung von kon-

stituierender Bedeutung. Die angegriffenen Kontaktbeschränkungen hatten das Potential, in bestimmten Konstellationen erheblich zur Vereinsamung beizutragen, hierdurch waren insbesondere alleinstehende und -lebende Menschen betroffen.

Die *materiell-rechtliche Prüfung der grundrechtsrelevanten Maßnahmen* ergab letztlich – ebenso wie die hier nicht näher besprochenen formellen Anforderungen – keinen Verfassungsverstoß: Der Gesetzgeber habe zu Recht übereinstimmenden Expertenaussagen zufolge die *Eignung* der Kontaktbeschränkungen angenommen, die Verbreitung des Coronavirus einzudämmen. Trotz der wegen der Kontaktverbotsregelungen ganz erheblichen Grundrechtseinschränkungen sei die Verfassungsmäßigkeit gewahrt worden. Dies hätten vor allem die hinsichtlich verschiedener Belange gesetzlich gewährten Ausnahmen bewirkt, die für die enge Familie, Beerdigungen oder für Wege zur Arbeit und zum Arzt gegolten hätten.

Bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG enthaltenen Kontaktbeschränkungen deklinierte das BVerfG die typischen Prüfungsschritte durch: legitimer Zweck, Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der getroffenen Regelungen. Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung war also sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet hat oder ableiten durfte. Im Ergebnis sind der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems bereits für sich genommen überragend wichtige Gemeinwohlbelange und daher verfassungsrechtlich legitime Gesetzeszwecke. Insbesondere ist die Beurteilung des Gesetzgebers, wonach bei Verabschiedung des Gesetzes eine Gefahrenlage für Leben und Gesundheit sowie die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems bestanden habe, vertretbar, und zwar wegen hinreichend tragfähig bewerteter Erkenntnisse. Zulässige zentrale Erkenntnisquelle dabei waren insbesondere die Ausführungen des RKI.

Hinsichtlich der *Erforderlichkeit* bestand wieder ein weiter gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum. Hiernach standen keine anderen, in der Wirksamkeit den Kontaktbeschränkungen in ihrer konkreten Gestalt eindeutig gleichen, aber die betroffenen Grundrechte weniger stark einschränkenden Mittel zur Verfügung.

Die Situation der Pandemie sei durch eine gefährliche, aber schwer vorhersehbare Dynamik geprägt gewesen, die Sachlage also komplex. Zwar wiegen die flächendeckenden und alle Lebensbereiche betreffenden Einschränkungen schwer. Dem stehe aber der Schutz von Leben und von sehr schweren körperlichen Beeinträchtigungen gegenüber. Die Impfung habe im maßgeblichen Zeitraum keinen gleich wirksamen Schutz vor der Ausbreitung des Virus erwarten lassen<sup>34</sup>. Der Anteil zweifach geimpfter Personen habe bei Inkrafttreten der angegriffenen Regelungen erst 6,9% betragen. Nach übereinstimmender Einschätzung der sachkundigen Dritten<sup>35</sup> konnte bei dem vorhandenen exponentiellen Anstieg der Infektionen eine ausreichend rasche Erhöhung der Impfquote nicht erwartet werden. Demnach waren allein Kontaktbeschränkungen sicher wirksam, um die Übertragung des Virus zu verhindern bzw. die Anzahl der Infektionen zu verringern.

Auch die Beschränkung lediglich von Zusammenkünften im öffentlichen Raum wäre nicht gleich wirksam gewesen. Übertragungen des Virus fänden bei allen Arten von Zusammenkünften, sei es im öffentlichen, sei es im privaten Raum, sei es in Innenräumen, sei es im Freien, statt<sup>36</sup>. Die sachkundigen Dritten hätten im Kern übereinstimmend angenommen, dass der Anteil von privaten Zusammenkünften signifikant sei, so dass auch von solchen Zusammenkünften im privaten Raum ein Anstieg der Infektionsraten zu erwarten war. Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass bei privaten Zusammenkünften Maßnahmen zur Reduzierung des Übertragungsrisikos wie etwa Abstands- oder Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken weniger zuverlässig erfolgen als etwa bei beruflichen oder geschäftlichen Kontakten, habe jedenfalls in der gesicherten Erkenntnis über den signifikanten Anteil privater Zusammenkünfte am Anstieg der Infektionsraten eine ausreichend tragfähige Grundlage.

Schließlich hätte es auch nichts gebracht, die 7-Tage-Inzidenz auf kleinere räumliche Gebiete als diejenige von Landkreisen oder kreisfreien Städten zu beziehen, um die Anzahl der von den Kontaktbeschränkungen betroffenen Grundrechtsträger zu reduzieren. Es lagen insbesondere keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass einer globalen Pandemie mit sehr dynamischer, örtlich wechselnder Ausbreitung im gesamten Bundes-

gebiet, überhaupt kleinräumiger hätte begegnet werden können.

Schließlich war auch die *Verhältnismäßigkeit* im engeren Sinne festzustellen.

Der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende *Zweckerreichung* standen nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs. So ist es Aufgabe des Gesetzgebers, in einer Abwägung Reichweite und Gewicht des Eingriffs in die Grundrechte einerseits der Bedeutung der Regelung für die Erreichung legitimer Ziele andererseits gegenüberzustellen. Um dem Übermaßverbot zu genügen, müssen hierbei die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelnen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden. Umgekehrt werde gesetzgeberisches Handeln umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können.

Erneut betonte das BVerfG den auch bezüglich der *Angemessenheit* bestehenden Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Unzweifelhaft dienten die Grundrechtsbeschränkungen Gemeinwohlbelangen von überragender Bedeutung bzw. die gesetzgeberischen Maßnahmen durch das selbstvollziehende Gesetz und seine bundesweit einheitliche Geltung von besonderem Gewicht. Die mittels Kontaktbeschränkungen unterbundenen Kontakte während der Geltung der Maßnahme stufte das BVerfG auch als unwiederbringlich verloren ein. Allerdings habe der Gesetzgeber selbst für Milderungen der Eingriffe gesorgt. So durften die Angehörigen eines Haushalts z.B. weiterhin gemeinsam im öffentlichen und privaten Raum agieren.

Der Gesetzgeber durfte schließlich auch davon ausgehen, dass *zum maßgeblichen Zeitpunkt* bei Verabschiedung des angegriffenen Gesetzes *dringlicher Handlungsbedarf* bestand<sup>37</sup>. Zwar anerkannte das BVerfG, dass sich während der ca. zweimonatigen Geltungsdauer eines Gesetzes die Tatsachen- und Erkenntnisgrundlage ggf. verändern könne<sup>38</sup>. Dabei komme der Erhöhung des Anteils vollständig geimpfter Personen wegen der davon erwarteten Wirkung auf das Infektionsgeschehen und die Krankheitsverläufe allerdings erst über längere Zeiträume hinweg entscheidende Bedeutung zu. Zudem hatte der Gesetzgeber durch die Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung die bereits vollständig Ge-

impften und Genesenen weitgehend von den Kontaktbeschränkungen ausgenommen.

Die in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG angeordneten *Ausgangsbeschränkungen* sind nach dem BVerfG als *Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG* anzusehen. Solche Freiheitsbeschränkungen seien insbesondere nicht auf unmittelbar wirkenden körperlichen Zwang beschränkt, sondern lägen auch vor bei staatlichen Maßnahmen, mit lediglich psychisch vermittelnd wirkendem Zwang, wenn deren Zwangswirkung in Ausmaß und Wirkungsweise einem unmittelbaren physischen Zwang vergleichbar sei. So habe es sich bei den vorliegend angegriffenen Ausgangsbeschränkungen verhalten, die materiell-rechtlich als Freiheitsbeschränkung in den Schutzbereich der grundgesetzlichen Regelung eingriffen. Die Betroffenen wurden gegen ihren Willen daran gehindert, einen Ort oder Raum, der ihnen an sich tatsächlich und rechtlich zugänglich ist, aufzusuchen, sich dort aufzuhalten oder diesen zu verlassen. Demgegenüber lag allerdings insoweit *keine Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2 GG* vor. Nach der konkreten Ausgestaltung der Beschränkungen des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG fehlte es hierfür an der besonderen Eingriffsintensität. Insbesondere wurde kein bestimmter Ort des Aufenthalts vorgegeben. Jedenfalls im Rahmen der zulässigen Kontakte konnte der Ort frei gewählt werden<sup>39</sup>.

Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen freilich nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht. Nicht zu beanstanden war nach dem BVerfG die verhängte, nächtliche Ausgangsbeschränkung zwischen 22 Uhr und 5 Uhr. Der Gesetzgeber habe sich angesichts seiner Erwägung, dass es „zur Abend- und Nachtzeit gelöstes und geselliges Verhalten gibt, verbunden mit dem verstärkten Gefühl, im privaten Rückzugsbereich unbeobachtet zu sein“, dafür entschieden, solche Zusammenkünfte von vornherein über vergleichsweise einfach zu kontrollierende Ausgangsbeschränkungen zu reduzieren. Bemerkenswert ist, dass ein Sachverständiger<sup>40</sup> im Vorfeld des Gesetzes bei der Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages dargelegt hatte, gerade nächtliche Ausgangsbeschränkungen, die auf private Besuche abzielen, führten zu einer Reduktion des Reproduktionswerts (R-Wert) um 0,1. Nachdem zur Beherrschung der Pandemie eine Absenkung um 0,4 erreicht werden sollte, lag der

Einzelbeitrag der Ausgangsbeschränkung danach immerhin bereits bei 25%<sup>41</sup>.

Nach den Einschätzungen des Modus-Covid-Teams als sachkundiger Dritter des BVerfG hätten die Ausgangsbeschränkungen in Großbritannien und Portugal eine „sehr starke infektionsreduzierende Wirkung gezeigt“. Nach der Stellungnahme des Helmholtz-Zentrums für Infektionsforschung konnte aus dem Umstand, dass in der Zeit zwischen 22 Uhr und 5 Uhr nur wenige Kontakte stattfinden, nicht auf eine lediglich geringe Wirkung nächtlicher Ausgangsbeschränkungen geschlossen werden. Denn diese zielten nicht vorrangig darauf ab, neue Begegnungen in der Nacht zu verhindern, sondern darauf, vorher beginnende private Begegnungen zeitlich zu begrenzen und dadurch zu erschweren. Weil davon auszugehen sei, dass private Treffen mehrerer Personen unterschiedlicher Haushalte wesentlich zum Infektionsgeschehen beitrügen, leiste insoweit auch die Erschwerung solcher Treffen durch Ausgangsbeschränkungen einen nicht unerheblichen Beitrag zur Eindämmung von Virusübertragungen.

Auch wenn den nächtlichen Ausgangsbeschränkungen für sich genommen ein erhebliches Eingriffsgewicht zukäme, habe der Gesetzgeber dem durch diverse Gestattung von Ausnahmen hinreichend Rechnung getragen. So sei ausdrücklich die Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts oder die unaufschiebbare Betreuung Minderjähriger gestattet gewesen, ebenso wie eine erforderliche Gefahrenabwehr etwa im medizinischen Notfall oder zur Versorgung von Tieren.

#### IV. Zu den Schulschließungen

Das Verbot von Präsenzunterricht nach § 28b Abs. 3 Sätze 2 und 3 IfSG verletzte nicht das Recht auf schulische Bildung der beschwerdeführenden Schülerinnen und Schüler. Es verletzte auch nicht das Recht einer Beschwerdeführerin auf freie Bestimmung des Bildungsganges ihres Sohnes<sup>42</sup> oder das von einem Beschwerdeführer geltend gemachte Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG<sup>43</sup>.

Mit dem Verbot des Präsenzunterrichts lag klar ein *Eingriff* in das nach Art. 7 Abs. 1 GG geschützte *Recht auf schulische Bildung* vor. Dieser Eingriff war jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil die angegriffene Regelung sowohl formell als auch materiell verfassungsgemäß war.

Kinder und Jugendliche haben ein eigenes Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Nach dem Grundgesetz kommt die Aufgabe, dieses Recht der Kinder zu schützen und ihnen zu helfen, sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, zuvörderst den Eltern zu. Die Eltern sind gegenüber dem Staat zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder berechtigt und auch verpflichtet; hierüber wacht die staatliche Gemeinschaft, Art. 6 Abs. 2 GG.

*Kinder und Jugendliche* haben selbst, also unabhängig von der Elternverantwortung, ein *aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitetes, gegen den Staat gerichtetes Recht auf Unterstützung und Förderung bei ihrer Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft*. Der Staat ist insoweit verpflichtet, Sorge zu tragen, dass sie sich in der Obhut ihrer Eltern tatsächlich hierzu entwickeln können.

Der *Schutzbereich* dieses Rechts umfasst die *Schulbildung als Ganzes*, die *verschiedene Gewährleistungsdimensionen* einschließt. Einen wesentlichen Beitrag hierzu leistet die Herausbildung sozialer Kompetenzen durch die in der Schule stattfindende soziale Interaktion der Schülerinnen und Schüler untereinander und mit dem Lehrpersonal. Allerdings gibt es keinen originären Leistungsanspruch auf eine bestimmte Gestaltung staatlicher Schulen, weil sich der Staat trotz der von den Ländern normierten Schulpflicht bei Wahrnehmung seines Auftrags zur Gestaltung von Schulen auf einen weiten Spielraum und den Vorbehalt des Möglichen berufen kann.<sup>44</sup> Dennoch gebe es *unverzichtbare Mindeststandards von Bildungsangeboten an staatlichen Schulen*. Das Recht auf schulische Bildung der Kinder und Jugendlichen hat also eine teilhaberechtliche Gewährleistungsdimension und steht insoweit im Einklang mit der völkerrechtlichen Gewährleistung eines Rechts auf Bildung und mit Unionsrecht.

Das Verbot von Präsenzunterricht griff zwar in dieses Recht der Schülerinnen und Schüler auf schulische Bildung ein. Allerdings war die Beschränkung des Präsenzunterrichts formell<sup>45</sup> und materiell<sup>46</sup> im Einklang mit der Verfassung.

Das Verbot von Präsenzunterricht diene *verfassungsrechtlich legitimen Zwecken*. Es war auch *geeignet*, um einen Beitrag zum Schutz von Leib und Leben der Bevölkerung und der Aufrechter-

haltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems zu leisten<sup>47</sup>.

Nachweislich hatte sich der Gesetzgeber bei der Überprüfung der Eignung des Verbots von Präsenzunterricht, um das bezweckte Ziel eines Schutzes der Bevölkerung vor infektionsbedingten Gefahren für Leib und Leben und der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems zu fördern, an Stellungnahmen sachkundiger Dritter orientiert.

Von diesen wurde überwiegend angenommen, dass sich bei allen bisher aufgetretenen Virusvarianten (Stand Frühjahr 2021) auch Kinder und Jugendliche mit dem Coronavirus anstecken und dann zu Überträgern dieses Virus werden können. Dabei seien Kinder nach damals überwiegender Auffassung umso weniger für das Virus empfänglich und umso weniger infektiös, je jünger sie sind<sup>48</sup>. Selbst wenn man davon ausgehe (wie die Charité dies tat), dass Kinder zwar weniger infektiös seien, seien sie jedoch durch ihre höhere Kontakthäufigkeit genauso stark oder stärker am Infektionsgeschehen beteiligt wie Erwachsene. Auch wenn Schüler möglicherweise keine Treiber des Infektionsgeschehens seien<sup>49</sup>, würden sich nach sachkundiger Einschätzung<sup>50</sup> Schüler bei geöffneten Schulen im Rahmen der vielfältigen Kontakte mit anderen Schülern und den Lehrkräften im Klassenzimmer, im Schulgebäude oder dessen Außengelände, aber auch auf dem Weg zur Schule anstecken und das Virus dann auf Personen in ihrem familiären Umfeld oder auf die Lehrkräfte übertragen können.

Insbesondere durfte der Gesetzgeber nach dem BVerfG die Inzidenz als frühesten Indikator für ein zunehmendes Infektionsgeschehen zugrunde legen<sup>51</sup>. Soweit er sich für ein vollständiges Verbot von Präsenzunterricht für einen Wert von 165 entschieden habe, liege dieser deutlich über dem Wert, der Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen nach dem IfSG auslöste.

Schließlich kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass das Verbot von Präsenzunterricht zu den beabsichtigten Zielen auch *erforderlich*<sup>52</sup> war. Präsenzunterricht mit einer wöchentlich zweimaligen Testung und angemessenen Schutz- und Hygienekonzepten sei keine Alternative gewesen<sup>53</sup>. Da die Option einer stärkeren Regulierung der Arbeitswelt oder ein spezifischer Schutz vulnerabler Gruppen vor Infektionen Dritte belasten würde, könnten die

beschwerdeführenden Schülerinnen und Schüler so etwas nicht verlangen<sup>54</sup>.

Schließlich war das Verbot von Präsenzunterricht *verhältnismäßig* im engeren Sinne. Insbesondere lag eine *Angemessenheit* vor, da der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs standen.

Unzweifelhaft war nach dem BVerfG eine sehr schwere Beeinträchtigung des Rechts auf schulische Bildung der Schüler aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG festzustellen. Dies betrifft Lern- und Kompetenzverluste; jede weitere Schulschließung verschlechtert nochmals die Möglichkeiten zur Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit; die Intensität der Beeinträchtigung wächst mit jedem Eingriff. Dies gelte auch für den Erwerb sozialer Kompetenzen. Dies könnten auch digitale Räume so nicht ersetzen<sup>55</sup>. Schließlich war nach sachkundiger Einschätzung davon auszugehen, dass der entfallene Präsenzunterricht zu Lernrückständen, negativen Effekten auf die fachspezifische Kompetenzentwicklung und Defiziten in der Persönlichkeitsentwicklung (z.B. Sozialisation, Gruppenfähigkeit) geführt hat.

Zwar gebe es auch positive Effekte des Distanzunterrichts für die digitale Kompetenz, die Eigenständigkeit und die Selbstorganisation von Schülern, welche aber dort auch wieder ihre Grenzen finden, da die Entwicklung solcher Fertigkeiten eine systematische und regelmäßige Unterstützung voraussetze, die im Distanzunterricht nicht mit der notwendigen Intensität bereitgestellt werden könne<sup>56</sup>. Besonders gefährdet seien nach sachverständiger Einschätzung Nicht-Akademiker-Kinder und leistungsschwache Schüler und Schülerinnen<sup>57</sup> sowie Grundschüler, die in besonderem Maße auf Präsenzunterricht angewiesen seien, um in einer frühen Bildungsphase andauernde Lernbereitschaft zu fördern. Befürchtet wurden zudem erhöhte Risiken für Übergewicht und Fehlernährungen, auch könnten Kindeswohlgefährdungen, auf welche die Lehrerschaft immer ein Auge habe, bei fehlendem Kontakt nicht erkannt werden.

Diesen schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf schulische Bildung standen bei Verabschiedung des Gesetzes Gemeinwohlbelange von überragender Bedeutung<sup>58</sup> gegenüber.

Die Schulschließungsmaßnahmen seien *Teil eines Gesamtkonzepts* zum Schutz der Bevölkerung vor

einer Gefährdung von Leib und Leben und ergänzen sich gegenseitig, gerade im Zusammenwirken mit den weiteren Maßnahmen der Bundesnotbremse. Aufgrund der bei Verabschiedung des Gesetzes im April 2021 vorhandenen hohen Dynamik des Infektionsgeschehens, einer exponentiellen Ausbreitung der Infektionen bestand nach nachvollziehbarer Einschätzung des Gesetzgebers die Gefahr der Entstehung von Virusvarianten, gegen welche die Impfstoffe eine geringere Wirksamkeit aufweisen (Escape Virusvarianten). Diese Gefahr sei umso größer gewesen, je mehr neu geimpfte Personen mit noch unvollständiger Immunität mit infizierten Personen zusammengekommen wären<sup>59</sup>. Zwar fehlte es nach sachkundiger Einschätzung an Erkenntnissen, die es erlaubt hätten, gezielt(er) auf bestimmte Wirkungen einzelner Maßnahmen abzustellen. Sichere Erkenntnisse lagen dagegen in Bezug auf Übertragungswege des Virus vor<sup>60</sup>.

Die Maßnahmen waren auch nicht unangemessen<sup>61</sup>. Der Bundesgesetzgeber durfte insbesondere davon ausgehen, dass die Länder wegfallenden Präsenzunterricht durch Distanzunterricht – wie seit März 2020 – teilweise kompensieren würden. Schließlich habe der Gesetzgeber Regelungen normiert, die die Individual- mit den Allgemeininteressen hinreichend zum Ausgleich gebracht haben. So waren die Maßnahmen der Bundesnotbremse in ihrer zeitlichen Geltung begrenzt. Eine inhaltlich entscheidende Begrenzung war mit der Anbindung an die Überschreitung eines Inzidenzwerts von 165 verbunden. Darüber hinausreichend hatte man auch über § 28b Abs. 3 Satz 6 IfSG eine Notbetreuung zur Entlastung der Familien, bei denen die Eltern ihrer Berufstätigkeit nicht in der Wohnung nachkommen konnten, abgemildert.

Zudem spielte für die *Zumutbarkeit* des Verbots von Präsenzunterricht eine maßgebliche Rolle, dass wenigstens die Durchführung von Distanzunterricht durch die Länder gewährleistet war. Nach den sachkundigen Dritten würden sich Bildungsdefizite und Lerneinbußen in erheblichem Umfang verringern lassen, wenn – eine gute digitale Ausstattung von Schülern und Lehrkräften und passende pädagogische Konzepte vorausgesetzt – Distanzunterricht stattfindet<sup>62</sup>. Wegen der objektiv-rechtlichen Pflicht der Länder zur Gewährleistung von Distanzunterricht nach Art. 7 Abs. 1 GG folgt aus dem grundrechtlich geschützten Recht auf schulische Bildung tatsächlich auch ein Anspruch auf Durchführung von Distanzunterricht,

wenn am jeweiligen Schulstandort diese Unterrichtsform nicht oder nicht in nennenswertem Umfang vorgesehen war<sup>63</sup>.

Der Staat sei seinem diesbezüglichen Auftrag dadurch nachgegangen, dass er sogar für eine auch staatlich verantwortete Verbesserung der Erkenntnislage Vorsorge getroffen hatte: Nach § 5 Abs. 9 Satz 1 IfSG war das Bundesministerium für Gesundheit zu externer Evaluation beauftragt worden, welche Auswirkungen die Maßnahmen nach § 28b IfSG haben.

Gegen die Zumutbarkeit des Verbots von Präsenzunterricht könne auch nicht eingewendet werden, die Bekämpfung von Infektionen habe im staatlich verantworteten Bereich der Schule ggf. grundrechtsschonender hätte ausgestaltet werden können, wenn der Staat hierfür rechtzeitig Vorkehrungen getroffen hätte. Ein insoweit relevantes Versäumnis des Staates stellte das BVerfG nicht fest<sup>64</sup>: Die angehörten Sachverständigen<sup>65</sup> hätten bestätigt, dass es im Frühjahr 2021 zum Einsatz von Lüftungsanlagen oder mobilen Luftreinigern noch Klärungsbedarf zu deren Wirksamkeit „im Schulbetrieb“ gegeben hätte. Zudem hob das BVerfG hervor, dass der Bundesgesetzgeber nicht untätig gewesen sei, sondern die für die Planung und Umsetzung der oben genannten Vorkehrungen notwendigen öffentlichen Mittel zur Verfügung gestellt habe<sup>66</sup>.

### C. Kontext der Entscheidungen

Das BVerfG hat die seit der Bundesnotbremse verstärkt aufgekeimten Vorwürfe, die ergänzend zu den bisher nur landesrechtlich ermöglichten Infektionsschutzmaßnahmen gesetzlich verordneten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen stellen Verfassungsverstöße dar, vollumfänglich entkräftet. Zugleich verteidigte es das gesetzlich ermöglichte, an die ständig wechselnden Inzidenzen angebundene Schulschließungskonzept, dessen Grundrechtskonformität gleichermaßen öffentlich vehement in Frage gestellt worden war.

Die Beschlussgründe des BVerfG lassen keine Zweifel darüber aufkommen, dass die *Schutzpflicht des Staates*, Leben und Gesundheit seiner Bürger bestmöglich zu bewahren, in Zeiten einer Pandemie, die weltweit durch ein neuartiges Virus ausgelöst wurde, *zum Handeln herausgefordert* ist. Gerade wegen der bisher und wohl auch auf weitere absehbare Zeit fehlenden Gewissheiten bzw. noch nicht hinreichend unver-

rückbar feststehenden Erfahrungswerten zu Virusverbreitung, -übertragung und vor allem -eindämmung verläuft die verfassungsrechtliche Überprüfung nach den geläufigen Regeln praktischer Konkordanz: Dies bedeutet, dass die Annahme einer Gefahrenlage für diese wichtigen Individualgüter der Bürger und für die hierauf bezogenen Gemeingüter wie die Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems an den zum Zeitpunkt der gesetzlich verordneten Maßnahmen verfügbaren Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis zu messen ist. Gerade angesichts der – nach wie vor tatsächlich nur schwer vorhersehbaren – Dynamik der Verbreitung des Virus und seiner Mutanten, aber auch des laufend fortschreitenden Prozesses der wissenschaftlichen Erkenntnisse besteht eine Pflicht zur Prüfung und eventuellen Nachjustierung gesetzlich verordneter Grundrechtseingriffe, die von vornherein eine solche Evaluation vorsehen bzw. entsprechend befristet sein müssen.

Für die „Analyse“ der jeweils maßgeblichen epidemiologischen Lage hat das BVerfG die institutionell zentrale Rolle und Verantwortung des RKI als Bundesinstitut im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit hervorgehoben.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für zukünftige Herausforderungen, etwa die derzeit (Stand: Mitte Dezember 2021) diskutierte gesetzliche Anordnung einer (teilweisen) Impfpflicht, sind die beiden Entscheidungen nur bedingt als wegweisend verwendbar. Die Entscheidung zur Corona-Bundesnotbremse gibt allerdings vor, dass die „Ausgangssituation“, also *das Ob der* für die herausragenden Rechtsgüter Leben und Gesundheit *vorhandenen Gefahrenlage stets aktuell* – d.h. vorliegend insbesondere unter Berücksichtigung der Quote bereits geimpfter und genesener Bürger, aber auch unter Einschluss eventueller neuer Virusvarianten – ermittelt werden muss.

Bei erneut anstehenden Schulschließungen besteht ein enger Zusammenhang zur vorhandenen Impfpflicht für minderjährige Kinder bzw. Schüler sowie zum Stand einer voraussichtlich auch dort bereits zu verzeichnenden Impf- und Genesenenquote.

Klar auf der Hand liegt, dass die grundrechtsrelevanten Abwägungsergebnisse unterschiedlich ausfallen, je nach den bestehenden bzw. nicht absehbar ausräumbaren Unsicherheiten zur Gefähr-

dungslage für bereits vollständig Geimpfte bzw. sogar Geboosterte angesichts neuer Virusvarianten. Gäbe es nach wie vor nur die Delta-Variante, kann und darf die zwischenzeitlich erreichte Impfquote – die im Vergleich zur Impfquote beim Inkrafttreten der Bundesnotbremse inzwischen immerhin zehnmals so hoch (wenngleich nicht hoch genug!) ist – nicht unberücksichtigt bleiben. Die Virusmutante Omikron, sollte sich eine nennenswerte Verbreitung abzeichnen, könnte in absehbarer Zeit wegen der hierzu nun wiederum erneut vorhandenen gänzlichen Unsicherheiten vermutlich – im Hinblick auf die Lebens- und Gesundheitsgefahren und die Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung – eine dem Frühjahr 2021 vergleichbare Gefahrenlage herbeiführen, die auch schwerwiegendste Grundrechtseingriffe wie eine gesetzliche (teilweise) Impfpflicht grundsätzlich auch verfassungsrechtlich rechtfertigen könnte.

### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidungen

Das *allgemeine Rechtsschutzbedürfnis* für die Verfassungsbeschwerden war nicht etwa deswegen entfallen, weil nach landesrechtlichen Vorschriften teilweise sogar strengere als die in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG angeordneten Maßnahmen galten. Insbesondere kam es auch nicht zu einem nachträglichen Wegfall des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses nur deswegen, weil zwischenzeitlich eine unter den Schwellenwert sinkende Inzidenz in den örtlichen Bezugsräumen festzustellen war bzw. die Regelungen überhaupt zeitlich begrenzt bis 30.06.2021 festgesetzt worden waren<sup>67</sup>.

Angesichts der Gefahren, die mit dem Auftreten des Coronavirus SARS-CoV-2 verbunden sind, sah das BVerfG das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer als fortbestehend an. Sogar nach Erledigung eines mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens könne das Rechtsschutzbedürfnis fortbestehen, wenn anderenfalls entweder die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe und der gerügte Grundrechtseingriff besonders belastend erscheint, eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu besorgen ist oder die aufgehobene oder gegenstandslos gewordene Maßnahme den Beschwerdeführer noch weiterhin beeinträchtigt<sup>68</sup>.

Unproblematisch bejahte das BVerfG, dass vorliegend die geltenden Anforderungen an die *Rechtswegerschöpfung* und die *Subsidiarität* im weite-

ren Sinne nicht entgegenstanden: So lag vorliegend eine sog. Rechtssatzverfassungsbeschwerde<sup>69</sup> vor. Grundsätzlich stehe gegen Gesetze fachgerichtlicher Rechtsschutz regelmäßig nicht offen. Zumutbar sei allerdings im Allgemeinen eine Feststellungs- oder Unterlassungsklage, die eine fachgerichtliche Klärung entscheidungserheblicher Tatsachen oder Rechtsfragen des einfachen Rechts ermöglicht<sup>70</sup>. Allerdings wirkten die angegriffenen Regelungen vorliegend ohne weiteren Vollzugsakt unmittelbar und flächendeckend als Teil eines Gesamtkonzepts zur Eindämmung der Corona-Pandemie. Einer vorherigen Anrufung der Fachgerichte durch die Beschwerdeführenden im oben genannten Sinne bedurfte es daher nicht. Vielmehr lag mit § 28b IfSG ein *selbstvollziehendes Gesetz* mit großer Regelungsbreite vor, das weite Teile des sozialen Lebens nahezu aller sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltenden Menschen betraf. Auf das fachrechtliche Verständnis einzelner Merkmale des Gesetzes, welches in nicht unerheblichem Umfang durchaus unbestimmte Rechtsbegriffe enthielt, komme es allerdings für eine an der Gesetzestechnik der Regelungen als selbstvollziehend anknüpfende Kritik an der Verfassungsmäßigkeit nicht entscheidend an. Aufgeworfen seien vorliegend allein verfassungsrechtliche Fragen gewesen.

<sup>1</sup> Die streitgegenständlichen Normen sind in den Beschlussgründen, soweit relevant, wörtlich abgedruckt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 2 bis 4.

<sup>2</sup> BAnz AT 08.05.2021 V 1.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21.

<sup>5</sup> In den Verfahren betreffend die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21) waren dies der FDP-Fraktion angehörende Mitglieder des 19. Deutschen Bundestages, weitere Mitglieder des Deutschen Bundestages oder Abgeordnetenhauses von Berlin, ein psychisch Erkrankter, zwei angestellte Taxifahrer, Mitglieder des Landtags Rheinland-Pfalz in der Fraktion der Freien Wähler

sowie ein Rechtsanwalt. In den Verfahren betreffend die Schulschließungen waren dies in Vollzeit berufstätige Eltern, teilweise alleinerziehend, sowie Schülerinnen und Schüler, vertreten durch ihre Eltern.

<sup>6</sup> Vermag sich der Gesetzgeber kein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt. Bei solchen prognostischen Entscheidungen, die einer gesetzlichen Regelung zugrunde liegen, kann die Eignung allein danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet ist. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 85.

<sup>7</sup> Bundesärztekammer, Bundesverband der Ärztinnen und Ärzte des Öffentlichen Gesundheitsdienstes e.V. (BVÖGD), Deutsche Gesellschaft für Epidemiologie e.V. (DGEpi), Deutsche Gesellschaft für Infektiologie (dgi), Deutsche Gesellschaft für Medizinische Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V. (GMDS), Deutsche interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e.V. (DIVI), Gesellschaft für Aerosolforschung e.V. (GAeF), die Gesellschaft für Virologie e.V. (GfV), Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung GmbH, Institut für Land- und Seeverkehr der TU Berlin für das Modus-Covid-Team, Max-Planck-Institut für Dynamik und Selbstorganisation und das Robert-Koch-Institut (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 82).

<sup>8</sup> (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 23) Berufsverband für Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie in Deutschland e.V. (im Folgenden BKJPP), die Bundesärztekammer, der Bundeselternrat, der Bundesverband der Ärztinnen und Ärzte des Öffentlichen Gesundheitsdienstes (BVÖGD), die COVID-19 Data Analysis Group am Institut für Statistik an der Ludwig-Maximilians-Universität München (CODAG), die Deutsche Akademie für Kinder- und Jugendmedizin e.V. (DAKJ), die Deutsche Gesellschaft für Epidemiologie in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Medizini-

sche Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V. (DGEpi/GMDS), die Deutsche Gesellschaft für Erziehungswissenschaft e.V. (DGfE), die Deutsche Gesellschaft für Krankenhaushygiene e.V. (DGKH), die Deutsche Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie e.V. (DGPI), der Deutsche Kinderschutzbund Bundesverband e.V. (KSB), die Gesellschaft für Aerosolforschung e.V. (GAeF), das Hector-Institut für Empirische Bildungsforschung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen (HIB), das Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung GmbH (HZI), das ifo Institut - Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München e.V. - Zentrum für Bildungsökonomik (ifo Institut), das Institut für Virologie der Universitätsmedizin Charité Berlin (Charité), das Max-Planck-Institut für Dynamik und Selbstorganisation (MPIDS), das Robert Koch-Institut (RKI).

<sup>9</sup> „Frage I.1: Welche Erkenntnisse gibt es zu den Orten, bzw. den Begebenheiten, den Wegen und den Zeiten (gemeint als Zeiträume bezogen auf den Tagesablauf) der Übertragung des Coronavirus Sars-CoV-2 (auch unter Berücksichtigung der mittlerweile bekannten Mutationen)? Sind in bestimmten Bereichen oder zu bestimmten Zeiten (i.S. des vorstehenden Satzes) besondere Häufungen zu beobachten? Welche Rückschlüsse für wirksame Maßnahmen zur Eindämmung der Virusübertragungen lassen sich hieraus ziehen? - Frage I.2: Soweit in Ermangelung hinreichend valider Daten und Informationen keine verlässlichen Erkenntnisse über die Verhältnisse der Übertragung (i.S. von I.1) bestehen: Worauf ist das Fehlen solcher Daten und Informationen zurückzuführen? Wie könnte hier Abhilfe geschaffen werden?“ (wörtliches Zitat aus: BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 81).

<sup>10</sup> „Frage II.1: Gibt es Maßnahmen, die in gleicher Weise wie die Reduzierung von zwischenmenschlichen Kontakten unmittelbar oder mittelbar (wie etwa bei Ausgangsbeschränkungen, die darauf abzielen, zwischenmenschliche Kontakte in den Abend-/Nachtstunden zu reduzieren) der Verbreitung des Virus entgegenwirken können? - Frage II.2: Sind unter Berücksichtigung der zu II.1 nachgefragten Wirkungsweise die Be-

schränkung privater Zusammenkünfte gem. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG, die Ausgangsbeschränkung gem. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG, die Beschränkung der Öffnung von Freizeiteinrichtungen ... geeignet, Kontakte zu beschränken und die Verbreitung des Virus (einschließlich der sog. besorgniserregenden Virusvarianten) einzudämmen?“ (wörtliches Zitat aus: BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 81).

<sup>11</sup> „Frage III.1: Ist die durch das Robert-Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von 7 Tagen (7-Tage-Inzidenz) in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ein geeigneter Indikator für das dortige Infektionsgeschehen und dessen Entwicklung, gibt es andere Indikatoren, die das Infektionsgeschehen und dessen Entwicklung zuverlässig abbilden? - Frage III.2: a) Ist die 7-Tage-Inzidenz ganz allgemein und konkret der Schwellenwert von 100 geeignet, eine drohende Überlastung des Gesundheitswesens anzuzeigen? Gibt es andere geeignete Warnzeichen? - b) Ist die Anknüpfung an einen Schwellenwert von 100 oder an einen anderen Schwellenwert geeignet, anzuzeigen, dass bei Überschreiten des Schwellenwerts eine Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Kontaktnachverfolgung nicht mehr möglich ist? Gibt es andere geeignete Anknüpfungstatbestände?“ (wörtliches Zitat aus: BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 81).

<sup>12</sup> „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 34, 165) hat die Schule den Auftrag, allen Schülerinnen und Schülern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen 17/71 gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten zu eröffnen (Bildungsauftrag) und sie - gemeinsam mit den Eltern - bei der Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft zu unterstützen und zu fördern (Erziehungsauftrag). Ausgehend davon stellen sich folgende Fragen: 1. Welches sind aus fachwissenschaftlicher Sicht die Ziele von Bildung und Erziehung in den verschiedenen Schularten (Grundschulen und weiterführenden Schulen)? Wie verhalten sich aus fachwissenschaftlicher Sicht schulische Wissens-

vermittlung, Bildung und Erziehung zueinander? Welche Bedeutung kommt der Durchführung von Präsenzunterricht („Schulbesuch“) für die Erfüllung des Bildungs- und des Erziehungsauftrags zu? 2. Welche Folgen hat danach der seit Beginn der Pandemie im Frühjahr 2020 erfolgte Wegfall von Präsenzunterricht (Verbot von Präsenzunterricht und Wechselunterricht) für die Entwicklung der Persönlichkeit der Schüler sowie ihre Bildung und Ausbildung in den verschiedenen Schularten? Inwiefern hängen Art und Ausmaß solcher Folgen von der spezifischen Lebenssituation der Schüler (etwa Familien-, Wohn- und Betreuungssituation, Migrationshintergrund) ab? Inwiefern können sich etwaige, durch den Wegfall von Präsenzunterricht entstandene Defizite bei der Persönlichkeitsentwicklung, der Bildung und der Ausbildung nachteilig auf die spätere Teilhabe der betroffenen Schüler am gesellschaftlichen und beruflichen Leben auswirken? In welchem Umfang und wie können durch den Wegfall von Präsenzunterricht entstehende Defizite möglichst vermieden und bereits entstandene Defizite ausgeglichen werden? 3. Gibt es Erkenntnisse zu (insbesondere bleibenden) gesundheitlichen Beeinträchtigungen von Schülern infolge des Wegfalls von Präsenzunterricht? In welchem Umfang und wie können etwaige gesundheitliche Beeinträchtigungen der Schüler durch den Wegfall von Präsenzunterricht vermieden oder bereits eingetretene Beeinträchtigungen ausgeglichen werden? 4. Welche Bedeutung kommt der Schule als Raum des Schutzes vor Gefahren wie Misshandlungen und Übergriffen zu, und welche Folgen hat der Wegfall von Präsenzunterricht insoweit? 5. Wie wirkt sich der Wegfall von Präsenzunterricht auf das Zusammenleben in der Familie, die Organisation des Familienlebens und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie aus? Wie hoch ist die Belastung der Eltern durch Übernahme von Aufgaben der Schule? 6. Inwiefern können die verschiedenen Folgen des Wegfalls von Präsenzunterricht durch die Einrichtung einer Notbetreuung aufgefangen werden? 7. Wie wird die Belastung von Schülern und Eltern durch die Pflicht zur wöchentlich zweimaligen Testung eingeschätzt?“ (wörtliches Zitat aus BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 22).

- <sup>13</sup> „1. Wie wird das Risiko von Schülerinnen und Schülern verschiedenen Alters eingeschätzt, sich selbst mit dem SARS-CoV-2-Virus anzustecken und nach erfolgter Infektion andere anzustecken (Viruslast, Emission, Immission)? Ist das Übertragungsrisiko bei einem asymptomatischen Verlauf geringer? Wie groß ist der Einfluss von Virusmutationen auf das Ansteckungs- und Übertragungsrisiko von Schülern? Inwiefern unterscheidet sich das Ansteckungs- und Übertragungsrisiko bei Schülern von demjenigen anderer Altersgruppen? Wie hoch ist das Risiko schwerer Krankheitsverläufe oder von Langzeitfolgen und Entzündungserscheinungen nach erfolgter Ansteckung bei Schülern verschiedenen Alters und wie unterscheidet sich dieses Risiko von demjenigen anderer Altersgruppen? 2. Welcher Wirkungszusammenhang besteht zwischen dem allgemeinen Infektionsgeschehen (Inzidenzwerte) und dem Infektionsgeschehen an Schulen? Wie hoch wird der Einfluss von Präsenzunterricht an Schulen (Regelbetrieb sowie Wechselunterricht) auf das allgemeine Infektionsgeschehen bei Einhaltung der geltenden Schutz- und Hygienekonzepte und bei wöchentlich zweimaliger Testung von Schülern und Lehrern eingeschätzt, und welche Bedeutung kommt demnach dem Wegfall von Präsenzunterricht als einem ‚Baustein‘ der ‚Bundesnotbremse‘ für die Eindämmung von Infektionen zu? Welche Bedeutung hat hierbei die Schwelle einer Sieben-Tage-Inzidenz von 165 und von 100? Wie unterscheidet sich der Einfluss von im Regelbetrieb oder im Rahmen von Wechselunterricht geöffneten Schulen auf das Infektionsgeschehen von dem Einfluss anderer Bereiche, in denen sich – wie insbesondere im Berufsleben – Menschen in geschlossenen Räumen aufhalten? Gibt es weitere Möglichkeiten, um den Einfluss geöffneter Schulen auf das Infektionsgeschehen zuverlässig zu verringern? Wann und wie hätten entsprechende Maßnahmen gegebenenfalls umgesetzt werden können? Dient der Wegfall von Präsenzunterricht aus fachwissenschaftlicher Sicht im Schwerpunkt dem Schutz der Schüler selbst oder vorwiegend dem Schutz anderer Bevölkerungsgruppen? 3. Wie ist die Bedeutung des Wegfalls von Präsenzunterricht für die Eindämmung des Infektionsgeschehens und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems bei zunehmender Immunisierung der Bevölkerung einzuschätzen? 4. Inwiefern ist das Verbot von Präsenzunterricht zur Eindämmung des Infektionsgeschehens besser geeignet als die Durchführung von Präsenz- oder Wechselunterricht unter Einhaltung der geltenden Schutz- und Hygienekonzepte und bei einer wöchentlich zweimaligen Testung von Schülern und Lehrern? Wie ist die Wirksamkeit der Pflicht zur wöchentlich zweimaligen Testung von Schülern und Lehrern im Hinblick auf die Eindämmung des Infektionsgeschehens einzuschätzen? Wie hoch ist dabei das Risiko von falsch positiven oder negativen Testergebnissen? 5. Soweit zu den Fragen 1. bis 4. in Ermangelung hinreichend valider Daten und Informationen keine verlässlichen Erkenntnisse bestehen: Worauf ist das Fehlen solcher Daten und Informationen zurückzuführen? Ist die Situation der Ungewissheit der Dynamik des Infektionsgeschehens geschuldet oder könnte hier Abhilfe geschaffen werden?“ (wörtliches Zitat aus BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 22).
- <sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 79.
- <sup>15</sup> Eingebunden war diesbezüglich allein die Deutsche Gesellschaft für Aerosolforschung e.V. (GAeF).
- <sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 79 sowie Rn. 229 bezogen auf „verschiedene Staaten“ bzw. „Nachbarstaaten“, sowie die Erfahrungen aus Großbritannien und Portugal mit ganztägigen Ausgangsbeschränkungen und dortiger Absenkung des R-Wertes um 0,5, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 279.
- <sup>17</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 178.
- <sup>18</sup> Hierzu v.a. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 193 bis 200 sowie BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 143 bis 152.

- <sup>19</sup> So hätten etwa Aussagen des Helmholtz-Zentrums für Infektionsforschung, der Gesellschaft für Virologie und des Max-Planck-Instituts für Dynamik und Selbstorganisation dargelegt, dass SARS-CoV-2 über respiratorische Sekrete übertragen wird und die Transmission über einen direkten Kontakt mit einem infizierten Menschen durch infektiöse Partikel, sogenannte Tröpfcheninfektionen über Aerosole, oder indirekt, ohne, dass ein direkter Kontakt mit einer infizierten Person entsteht, durch in der Luft befindliche akkumulierte infektiöse Partikel (Infektionen über Aerosole) erfolgen. Nach den Erkenntnissen der Bundesärztekammer sowie des Bundesverbands der Ärztinnen und Ärzte des OEGD erfolge die Übertragung überwiegend über direkten Kontakt zwischen Menschen durch Tröpfchen und Aerosole. Das höchste Infektionsrisiko bestehe hiernach bei direktem Kontakt ohne weiteren Schutz. Befinde sich eine Person ungeschützt in der Atemwolke einer infizierten Person in einem Abstand von 1,5 Metern, bestehe bereits nach 5 Minuten eine Ansteckungswahrscheinlichkeit von 100%. Wie das Max-Planck-Institut vorgetragen habe, sei es unerheblich, ob diese Situation in geschlossenen Räumen oder im Freien stattfinde, Luftbewegungen, die die Luft von der infizierten Person wegblasen, senkten jedoch die Übertragungswahrscheinlichkeit. Nach der Stellungnahme der Gesellschaft für Virologie bleibe das in Aerosolwolken befindliche Virus über eine Zeit von ca. 60 Minuten infektiös, wobei die Stabilität von infektiösen Viren in Aerosolen am stärksten von Sonnenlicht und Temperatur bestimmt werde. Allerdings stehe eine detaillierte wissenschaftliche Beschreibung der Übertragungswege noch aus. Das Max-Planck-Institut für Dynamik und Selbstorganisation hält allerdings eine indirekte Übertragung durch Anreicherung infektiöser Aerosole in der Luft insgesamt für unwahrscheinlicher als eine Übertragung über direkten Kontakt. Das Helmholtz-Zentrum zeigte wiederum ebenso wie die Gesellschaft für Virologie auf, dass sich Aerosole vor allem in Innenräumen über die Zeit akkumulieren könnten. Diese Aerosole enthielten virale Partikel, die wiederum eine Gefahr für eine Infektion für die sich im Raum aufhaltenden Menschen darstelle. Die Gefahr sei größer, umso mehr Menschen sich auf engem Raum befänden. Da sich dann die Aerosole im Raum erteilen könnten sei auch eine Ansteckung über größere Distanzen möglich. In Außenräumen finde eine solche Akkumulation von Aerosolen nicht oder nur schwach statt, weshalb eine indirekte Übertragung in Außenräumen eher unwahrscheinlich, eine direkte (Tröpfchen-)Infektion aber möglich sei. Demnach würden alle Sachkundigen Dritten weitgehend übereinstimmend davon ausgehen, dass jede Einschränkung von Kontakten zwischen Menschen einen wesentlichen Beitrag zur Eindämmung von Virusübertragungen leiste. Das automatische Anknüpfen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG an die 7-Tage-Inzidenz von 100 stelle die Eignung der Regel nicht in Frage. Die 7-Tage-Inzidenz stelle vielmehr einen Indikator dar, der für jeden einfach und nachvollziehbar zur Verfügung stehe. Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 193 bis 200.
- <sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 171.
- <sup>21</sup> Die durch das IfSG angeordneten Ausgangsbeschränkungen des Gesetzgebers haben sich z.B. innerhalb des diesem zustehenden Einschätzungsspielraums bewegt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 277: Die Anreise zu und die Abreise von privaten Zusammenkünften erfolge regelmäßig über den öffentlichen Raum. Ist ein Aufenthalt dort untersagt, sind Anreisen zu nächtlichen privaten Zusammenkünften nicht möglich. Abreisen müssen frühzeitig erfolgen, sodass vertretbar prognostiziert werden konnte, Zusammenkünfte würden nicht stattfinden oder eben eher enden. Schließlich habe es sich innerhalb der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zur Eignung der Kontaktbeschränkungen gehalten, wenn diese ohne Ausgangsbeschränkung zur Nachtzeit kaum effektiv durchzusetzen wären.
- <sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 178.

- <sup>23</sup> Das RKI habe zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes in seinem damaligen aktuellen Lagebericht einen starken Anstieg der Covid-19-Fallzahlen verzeichnet, insbesondere auch in jüngeren Altersgruppen. Bei einem Großteil der Fälle sei der Infektionsort nicht bekannt und nicht mehr nachverfolgbar gewesen. Die hohen bundesweiten Fallzahlen seien durch zumeist diffuse Infektionsgeschehnisse mit Kontakten, insbesondere in Haushalten, im beruflichen Umfeld sowie in Kindertagesstätten und Horteinrichtungen verursacht worden. Von den seitens der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als besorgniserregend bewertete Virusvarianten der Linie B.1.1.7 (Alpha-Variante), der Linie B.1.351 (Beta-Variante) und der Linie P.1 (Gamma-Variante) sei die Alpha-Variante vorherrschend gewesen, weshalb deren zunehmende Verbreitung und Dominanz bislang erprobte Infektionsschutzmaßnahmen in Frage stellte; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 178 mit den konkret erhobenen Zahlen. Einbezogen wurden insbesondere auch die über die Krankenhaus-Surveillance erhobene Anzahl der Hospitalisierungen sowie der intensivpflichtigen Patienten mit schweren akuten respiratorischen Infektionen (SARI), und der dort verstorbenen Patienten. Über Sachverständige der DIVI, der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG) sei man über eine absehbare Knappheit von freien Intensivbetten bzw. einen bereits verbreitet anzutreffenden Notbetrieb bei anhaltend hoher Belastung und eine bereits stattfindende Verschiebung elektiver Eingriffe informiert, wobei im Vergleich zu Dezember 2020 wegen der aggressiveren Virusvariante Alpha mit noch höherer Belastung zu rechnen war, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 182.
- <sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 189.
- <sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 185.
- <sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 186.
- <sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 189.
- <sup>28</sup> So bereits die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28444, S. 1 und 8.
- <sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 175.
- <sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 174.
- <sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 86.
- <sup>32</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 93.
- <sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 95.
- <sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 206.
- <sup>35</sup> Ausdrücklich zitiert wurde die Bundesärztekammer, der Bundesverband der Ärztinnen und Ärzte des ÖGD, des RKI sowie das Modus-Covid-Team.
- <sup>36</sup> Hier schloss sich das BVerfG den Einschätzungen des Helmholtz-Instituts für Infektionsforschung an.
- <sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 228 und 229: Dies insbesondere deswegen, weil es an einem ausreichenden Schutz durch Impfung und an Möglichkeiten medikamentöser Behandlung an Covid-19 Erkrankter weitgehend fehlte und insbesondere der Lebens- und Gesundheitsschutz als auch das Aufrechterhalten eines funktionsfähigen Gesundheitssystems erfolversprechend lediglich durch eine Begrenzung der Infektionszahlen erreicht werden konnte. Kontaktbeschränkungen waren demnach ein „nach insoweit gesicherten fachwissenschaftlichen Erkenntnissen dazu (...) hochwirksames Mittel“. Der Gesetzgebungsprozess sei in eine Phase flächende-

ckend exponentiell steigender Infektionsdynamik gefallen.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 233.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 250.

<sup>40</sup> Sachverständiger des Modus-Covid-Teams, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 279.

<sup>41</sup> Der Sachverständige riet damals sogar, eine ganztägige Ausgangsbeschränkung zur Verhinderung sämtlicher privater Zusammenkünfte im privaten Raum zu implementieren, wie es Großbritannien und Portugal mit gutem Erfolg (Absenkung des R-Wertes um 0,5) praktiziert hätten.

<sup>42</sup> So hatte sich eine Beschwerdeführerin für ihren Sohn darauf berufen, in ihrem Recht auf freie Bestimmung des Bildungsganges ihres Sohnes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt zu sein. So habe sie extra die Privatschule ihres Kindes danach ausgewählt, dass diese ein Bildungskonzept habe, welches besonderen Wert auf einen intensiven Dialog zwischen Schülern und Lehrern und die Interaktion der Schüler untereinander lege. Das BVerfG stellte klar, dass es zwar ein Recht der Eltern gebe, den von ihrem Kind einzuschlagenden Bildungsweg zu wählen. Dieses sei zwar auch durch den staatlich angeordneten Wegfall von Präsenzunterricht beeinträchtigt. Allerdings wiege dieses Recht auf Bestimmung des Bildungsganges nicht mehr als das Grundrecht der Persönlichkeitsentwicklung der Schüler. Die Eingriffe durch den Wegfall des Präsenzunterrichts seien jedoch (vgl.o.) verfassungsrechtlich vertretbar gewesen.

<sup>43</sup> Zwar gewährleiste dieses Recht den Eltern, ihr familiäres Leben nach ihren Vorstellungen zu planen und zu verwirklichen und in ihrer Erziehungsverantwortung zu entscheiden, ob und in welchem Entwicklungsstadium das Kind überwiegend von einem Elternteil allein, von beiden Eltern in wechselseitiger Ergänzung oder von einem Dritten betreut werden soll. Der Staat habe dies zu respektieren. Zudem komme dem Staat die Aufgabe zu, die Pflege und Erziehungstätig-

keit der Eltern durch geeignete wirtschaftliche Maßnahmen zu unterstützen und zu fördern. Allerdings lassen sich aus diesem Förder- und Schutzgebot keine konkreten Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen ableiten. Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 205. Die Eltern schulpflichtiger Kinder können sich nach dem BVerfG insbesondere nicht abwehrrechtlich gegen das Verbot von Präsenzunterricht unter Berufung auf Art. 6 Satz 1 GG wenden. Es fehle bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich des Familiengrundrechts. Betreuungsleistungen des Staates unterfallen grundsätzlich nicht dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG. Sie beruhen auch nicht auf einer freien Entscheidung der Eltern, ihr Kind durch Dritte betreuen zu lassen. Schließlich steht den Eltern aus Art. 6 Abs. 1 GG auch kein Recht im Hinblick auf zusätzliche Betreuungsleistungen zu, die in den Familien erbracht werden mussten wegen des Wegfalls von Präsenzunterricht bzw. wegen der weiteren verursachten Belastungen des Familienlebens und der hierdurch ggf. schwierigeren Vereinbarkeit mit der beruflichen Tätigkeit der Eltern im Homeoffice. Schließlich konnten die beschwerdeführenden Eltern auch keine Verletzung des staatlichen Förder- und Schutzgebots aus Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG geltend machen. Zwar hätte das Verbot von Präsenzunterricht Eltern schulpflichtiger Kinder schwerwiegend belastet. Der Staat habe allerdings wegen dieser Maßnahme seinen Verantwortlichkeiten für eine deren Folgen ausgleichende Familienförderung hinreichend Rechnung getragen. Dies geschah vorliegend insbesondere durch die Schaffung der Möglichkeiten einer Notbetreuung.

<sup>44</sup> Ein solcher individueller Anspruch auf die wunschgemäße Gestaltung von Schule wäre angesichts der Vielfalt von Bildungsvorstellungen der einzelnen Schülerinnen und Schüler auch schlicht nicht umzusetzen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 55.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 77.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 107.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 113.

- <sup>48</sup> So jedenfalls Bundesärztekammer, Charité, DGEpi/GMDS, DGPI, HZI und RKI.
- <sup>49</sup> So das RKI und das GPI damals, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 118.
- <sup>50</sup> So Bundesärztekammer, HZI, RKI, sowie DGEpi/GMDS.
- <sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 120.
- <sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 121.
- <sup>53</sup> Zumindest konnte dies nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit festgestellt werden. Interessant ist, dass die LMU München davon ausgegangen war, und zwar nach einer Analyse des Infektionsgeschehens in Bayern, in der auf die 2-wöchigen Osterferien folgenden Woche, dass eine Testpflicht an geöffneten Schulen einen Beitrag zur Pandemiebekämpfung leiste, weil symptomlose Infektionen aufgedeckt und dadurch Infektionsketten unterbrochen werden könnten. Dieser epidemiologische Nutzen von offenen Schulen mit verpflichtendem Testkonzept sei größer als das epidemiologische Risiko, das von in der Schule falsch negativ getesteten Schülern ausgehe. Der Vorteil der Unterbrechung von Infektionsketten durch Testungen überwiege auch noch dann, wenn unterstellt werde, dass Infektionen nur bei jedem zweiten infizierten Schüler durch Selbsttests entdeckt würden, solange diese unentdeckten Infektionen keine Ausbrüche mit mehr als drei Ansteckungen nach sich zögen. Diese Einschätzung wurde indes so von keinem der in den vorliegenden Verfahren angehörten sachkundigen Dritten geteilt. Die diesbezüglichen Aussagen der sachverständigen Dritten zu der Thematik waren insgesamt sehr vage. DGPI, Bundesärztekammer und HZI äußerten die Vorstellung, dass bei einer Aufrechterhaltung von Präsenzunterricht in den Schulen mindestens PCR-Tests stattfinden müssten, wobei eine flächendeckende Durchführung solcher PCR-Tests an Schulen aus Kapazitätsgründen nicht möglich sei. Demnach fehlt es an hinreichend gesicherten Erkenntnissen, welche die Einschätzung des Gesetzgebers als nicht mehr vertretbar erscheinen lassen könnte, Infektionen ließen sich bei hohen Inzidenzwerten und einer dann nur eingeschränkten oder fehlenden Möglichkeit der Nachverfolgung von Infektionsketten und mit Blick auf neue Virusvarianten mit höherer Übertragungswahrscheinlichkeit wirksamer durch Beschränkungen des Präsenzunterrichts eindämmen als durch eine Aufrechterhaltung des Schulbetriebs mit regelmäßigen Testungen und Hygienemaßnahmen. Die Erforderlichkeit eines Verbots von Präsenzunterricht kann auch nicht deswegen verneint werden, weil es etwa gleich wirksame, die Schüler nicht belastende Maßnahmen gegeben hätte mit demselben Effekt. Vgl. B. II Rn. 126 bis 120.
- <sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 132.
- <sup>55</sup> Nach den Ermittlungen des BVerfG waren bereits im ersten Lockdown vom 23.03.2020 bis 05.05.2020 an insgesamt 44 Tagen die Schulen weitgehend geschlossen. Im Mittel waren die Schulen bis zum 03.07.2020 an 59 Tagen partiell geschlossen. Für die meisten Kinder fand in einem Zeitraum von insgesamt zwischen eineinhalb und drei Monaten gar kein Präsenzunterricht statt. In der Zeit von Dezember 2020 bis Februar 2021 gab es weitgehend vollständige Schulschließungen an insgesamt 61 Tagen. Mehrere Millionen Kinder und Jugendliche haben in dieser Zeit vier oder fünf Monate keine Schule in Präsenz besucht. Nach Stand Mai 2021 waren seit März 2020 zwischen 350 und 800 Stunden Präsenzunterricht für jede Schülerin und jeden Schüler ausgefallen. Dies ist für jeden Schüler ein halbes Schuljahr. Soweit sich das BVerfG bei den sachkundigen Dritten danach erkundigt hat, ob der Präsenzunterricht durch Digitalunterricht ersetzt wurde, haben wohl die Schülerbefragungen ergeben, dass die Quote von 6% im Frühjahr 2020 immerhin auf 26% Anfang 2021 angestiegen war. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 139 bis 140.
- <sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 144.
- <sup>57</sup> So der Bundeselternrat, der BKJPP, dem DAKJ, der DGFE, der HIB und der KSB, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 146.
- <sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 153.
- <sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 155.
- <sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 156: das Einatmen virushaltiger, beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen entstehender

virushaltiger Partikel im Nahbereich und von virushaltigen Aerosolen in Räumen.

- <sup>61</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 159.
- <sup>62</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 165.
- <sup>63</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 173.
- <sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 183 bis 185.
- <sup>65</sup> DGKH, DGPI und GAeF, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 187.
- <sup>66</sup> So seien (BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 Rn. 189) im Rahmen des Digitalpakts Schule Finanzhilfen in Höhe von insgesamt 1,5 Mrd. Euro gewährt worden, „um die informationstechnischen Rahmenbedingungen zur Durchführung von digitalem Distanzunterricht zu verbessern“. Insoweit ging es also um die Ausstattung von Schülern mit mobilen Endgeräten wie Laptops, Notebooks und Tablets, mit Ausnahme von Smartphones. Auch habe der Bund die Implementierung von Luftreinigungsanlagen in Schulgebäuden finanziell gefördert, und zwar seit Mitte Oktober 2020 mit einem Gesamtvolumen in Höhe von 500 Mio. Euro (Rn. 190). Bemerkenswert Rn. 191: Nach dem BVerfG wäre jedoch bei neuerlichen Beschränkungen des Schulbetriebs durchaus in Betracht zu ziehen, wenn man deren Zumutbarkeit beurteilen musste, ob die naheliegenden Vorkehrungen, wie insbesondere eine weitergehende Digitalisierung des Schulbetriebs ergriffen wurden, um künftige Beschränkungen des Präsenzunterrichts grundrechtsschonender ausgestalten zu können.
- <sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 97.
- <sup>68</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.11.1989 - 2 BvR 3/88 - BVerfGE 81, 138, 140.
- <sup>69</sup> Im Sinne von BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17 - BVerfGE 154, 152, 212, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, 1 BvR 798/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 860/21 und 1 BvR 889/21 Rn. 78.
- <sup>70</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 - 1 BvR 2795/09, 1 BvR 3187/10 - BVerfGE 150, 309; BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 - 1 BvR 2835/17 - BVerfGE 154, 152.

## 2

### **Erstattungsfähigkeit des Off-Label-Use von Arzneimitteln und der Verordnung von Arzneimitteln gegen Verdachtsdiagnosen**

#### **Leitsätze:**

**1. Eine bloße Verdachtsdiagnose kann die Verordnung eines Arzneimittels als indikationsgerecht nur begründen, wenn der Arzt (u.a.) zuvor die praktisch mögliche Diagnostik ausgeschöpft hatte (Anschluss an BSG SozR 4-2500 § 106 Nr 43).**

**2. Das Arzneimittel Bondronat kann für Versicherte der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht im Off-Label-Use zur Behandlung einer nicht tumorinduzierten Hyperkalzämie verordnet werden.**

Anmerkung zu LSG Celle-Bremen, Urteil vom 29.09.2021, L 3 KA 24/17

von **Dr. Dr. Adem Koyuncu**, RA und Arzt, Covington & Burling LLP

#### **A. Problemstellung**

Das Urteil befasst sich mit der Erstattungsfähigkeit von Arzneimitteltherapien in der ambulanten Versorgung gesetzlich krankenversicherter Patienten. Es geht zum einen um die Frage, wann die Verordnung eines Arzneimittels erstattungsfähig ist, wenn ihr nur eine Verdachtsdiagnose zugrunde liegt. Zum anderen geht es um die Erstattungsfähigkeit von Arzneimittelbehandlungen, die einen Off-Label-Use darstellen, also zulassungsüberschreitend erfolgen.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Arzneimittelregresses. Die Klägerin betreibt eine internistische Praxis, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt. Seit 2006 verordnete ein bei der Klägerin tätiger Arzt einer gesetzlich krankenversicherten Patientin das Arzneimittel Bondronat zulasten der beigeladenen Krankenversicherung. Die Streit-