

pflege gegen eine einprozentige Wahrscheinlichkeit von Nebenwirkung nebst schmerzhaftem Einstich.

In Phase 2 wird dann das bezüglich Z1 „überschießende“ Maß an Freiheitseingriff („60“ [insgesamt durch gewähltes Mittel] – „20“ [hypothetisch ohnehin erforderlicher Eingriff] = „40“) mit den dadurch ersparten Kosten („80“ [Kosteneinsparung durch das gewählte Mittel] – „30“ [Kosteneinsparung durch das Alternativmittel] = „50“) ins Verhältnis gesetzt, da Z2 allein Grund für diesen überschießenden Eingriff ist. Zu bilden ist in Phase 2 mithin die Zweck-Mittel-Relation „50“ Z2 zu „40“ Freiheitseinbuße. In Phase 2 im *Liquorentnahme-Beispiel*⁵¹³ ist die von den Variablen abhängige Kostenersparnis gegen eine neunprozentige Wahrscheinlichkeit von Nebenwirkungen abzuwägen. Diese entscheidende Frage übergeht man, wenn man gewohnt einphasig bloß „100“ Z1 zu „60“ Freiheitseinbuße ins Verhältnis setzt, da man dann den überschießenden Eingriff in Höhe von „40“ mit der Bedeutung des „Hauptzwecks“ – etwa Strafrechtspflege – zu rechtfertigen droht und unterschlägt, dass ein anderer Zweck – der „Nebenzweck“ Kostenersparnis – diese Freiheitseinbuße hervorruft.

IV. Nachtrag: Weitere beispielhafte Betrachtung aus aktuellem Anlass

Nach der Fertigstellung des ursprünglichen Typoskriptes dieser Untersuchung gab es eine Entwicklung globalen, man wäre – wenn man dergleichen Bewertungen nicht besser dem späteren Rückblick vorbehalte – fast geneigt zu sagen: welthistorischen Ausmaßes, die auch juristisch begleitet und aufgearbeitet werden möchte. Die Rede ist von der „Corona-Pandemie“.⁵¹⁴ Während diese Überlegungen niedergelegt werden (Ende April bis Anfang Mai 2020), ist die fachwissenschaftliche (virologische, epidemiologische) Erforschung des fraglichen (neuartigen) Coronavirus in vollem Gange.⁵¹⁵ Schon

⁵¹³ Zum Sachverhalt siehe Abschnitt C. I.

⁵¹⁴ Zur Bezeichnung beispielsweise <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-corona-1744306> (zuletzt abgerufen am 22.4.2020). Durch das „severe acute respiratory syndrome coronavirus 2“ (SARS-CoV-2) wird zuweilen ein Schweres Akutes Respiratorisches Syndrom (SARS) hervorgerufen. Die Krankheit wird angesichts des verursachenden Virus „coronavirus disease 2019“ (COVID-19) genannt (siehe *R. Lassaunière u. a.*, Evaluation of nine commercial SARS-CoV-2 immunoassays, Vordruck unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.09.20056325v1.full.pdf> [zuletzt abgerufen am 23.4.2020], S. 2). Weitere Informationen unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵¹⁵ Zum Umgang mit der daraus resultierenden Unsicherheit auch *G. Frankenberg* unter <https://verfassungsblog.de/covid-19-und-der-juristische-umgang-mit-ungewissheit/> (zuletzt abgerufen am 5.1.2020).

aus diesem Grund sind endgültige juristische Aussagen zu „Corona-Maßnahmen“⁵¹⁶ momentan nicht sinnvollerweise zu treffen. Vorschläge über konkrete (vorläufige) Maßnahmen wären in diesem Medium⁵¹⁷ von der Realität überholt und überrundet, bevor sie irgendeinen Adressaten erreichen könnten. Es soll vielmehr gezeigt werden, dass die staatlichen Maßnahmen gegen die Coronavirusbreitung, von Ch. Möllers als „der massivste kollektive Grundrechtseingriff in der Geschichte der Bundesrepublik“ bezeichnet,⁵¹⁸ bruchlos mit dem vorgestellten Modell erfasst und verarbeitet werden können.⁵¹⁹ Die Coronavirus-Pandemie fungiert sogar als Brennglas,⁵²⁰ da anlässlich ihrer Maßnahmen getroffen wurden und werden, bei denen verhältnismäßigkeitsdogmatische Beziehungen besonders deutlich beobachtet werden können.

⁵¹⁶ So der teilweise durch die Bundesregierung verwendete Sammelbegriff (siehe beispielsweise <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-coro-an-1744306> [zuletzt abgerufen am 22.4.2020]).

⁵¹⁷ Recht kleinteilige Vorschläge (etwa zu möglichen Sitzordnungen in Kirchen [„jede zweite Reihe frei und mit Sitzabstand“ <durchaus realisierbar erscheinend>]) von O. Lepsius finden sich etwa in einem internetbasierten Medium unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵¹⁸ Ch. Möllers unter <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵¹⁹ Die Verhältnismäßigkeit ist, so viel ist schon absehbar, nur *ein* Maßstab für die Bewertung der Infektionsschutzmaßnahmen (§ 28 Abs. 1 IfSG, die zentrale Rechtsgrundlage, wird ferner teilweise als zu unbestimmt und nicht der Wesentlichkeitslehre genügend kritisiert [A. Edenharter plädiert unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> <zuletzt abgerufen am 24.4.2020> wohl für eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes; im Ergebnis ablehnend mit Nachweisen zur gegenteiligen Ansicht St. Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 <1098–1099>]). Das hiesige Modell kann schon aus diesem Grund nur einen Teil zur (verfassungs-)rechtlichen Aufarbeitung beitragen. Auch bestimmte verhältnismäßigkeitsdogmatische Fragestellungen, wie der Umgang mit faktischer Unsicherheit (man denke an die bestreitbare Wirksamkeit von Ausgangsbeschränkungen [siehe A. Edenharter unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> <zuletzt abgerufen am 24.4.2020>]) und die fragliche Immunisierung nach einmaliger Infizierung, allgemeiner die Ex-ante-Verhältnismäßigkeit gefahrenvorsorgender und -bekämpfender (vgl. zu diesem Charakter der epidemiologischen Maßnahmen mit weiterführenden Hinweisen St. Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 [1097, 1099–1100]) Mittel – relevant hierfür ist zum Beispiel der Entscheidungs- und Prognosespielraum des jeweils handelnden Staatsorgans (siehe Fn. 5) – mussten in dieser Untersuchung außen vor bleiben, bedürfen in der Coronavirus-Pandemie freilich nichtsdestominder der Aufmerksamkeit.

⁵²⁰ Diese Metapher bemüht auch H. Kube unter <https://verfassungsblog.de/leben-in-wuerde-wuerde-des-lebens/> (zuletzt abgerufen am 1.5.2020) für das gesamte Verfassungsrecht.

1. Sachverhalt

Die ungewisse Faktenlage erheischt die Formulierung eines vereinfachten, dafür eindeutigen Sachverhaltes, woran das Instrumentarium zur juristischen Begutachtung angelegt werden kann.⁵²¹

Coronavirus-Beispiel: Es bricht eine Coronavirus-Pandemie aus. Die durch das Virus ausgelöste übertragbare Krankheit nimmt teilweise einen Verlauf, der eine intensivmedizinische Behandlung mit einem Beatmungsgerät zur Verhinderung des Todes beansprucht. Ergriffe der Staat keine virus Eindämmenden Maßnahmen, infizierte sich nahezu die gesamte Bevölkerung innerhalb weniger Wochen. In diesem Fall reichten die medizinischen Ressourcen (bei weitem) nicht aus, um jedem Intensivpatienten die Versorgung zuteilwerden zu lassen, die den Exitus verhinderte. Es stürben dann zwei Millionen Menschen (oder ungefähr 2,4% der Bevölkerung, womöglich zu großen Teilen Angehörige der „Risikogruppe“ [im Wesentlichen über 60-Jährige und Vorerkrankte]).⁵²² Vor diesem Hintergrund erlässt der Bund⁵²³ ein (bis auf die in Frage stehende Verhältnismäßigkeit verfassungsgemäßes) Gesetz,⁵²⁴ wodurch und aufgrund dessen weitreichende Quarantänemaßnahmen

⁵²¹ Aus diesem Grund ist er nicht als Zynismus misszuverstehen.

⁵²² Vgl. zu einem ähnlichen hypothetischen Verlauf <https://www.quarks.de/gesellschaft/wissenschaft/darum-ist-die-corona-pandemie-nicht-in-wenigen-wochen-vorbei/> (zuletzt abgerufen am 23.4.2020).

⁵²³ Für den Vollzug der infektionsschutzrechtlich wohl wichtigsten Ermächtigungsgrundlage, des § 28 IfSG (BGBl. I 2000, S. 1045), sind nach Art. 83 GG, § 54 IfSG tatsächlich die Länder zuständig.

⁵²⁴ In Wirklichkeit wurden und werden auf allen föderalen Stufen Infektionsschutzmaßnahmen getroffen:

Das IfSG wurde durch das Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (BGBl. I 2020, S. 587) geändert. § 5 Abs. 2 IfSG enthält nunmehr eine (möglicherweise gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstoßende [§ 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG lässt beispielsweise Ausnahmen von dem gesamten IfSG durch Rechtsverordnung zu]) weitreichende Anordnungs- und Verordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Gesundheit (hierzu *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 [1102–1103]), die tatbestandlich die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag (§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG) voraussetzt. Der Bundestag hat diese Feststellung *vor*, aber „mit Inkrafttreten“ von § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG getroffen (siehe Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/154, S. 19169, C), was der Wirksamkeit der Feststellung nicht im Wege stehe (so zumindest *M. Meßling*, Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, NZS 2020, S. 321 [322]), obwohl es „noch keine gesetzliche Grundlage“ für den Bundestagsbeschluss gab. Das ist höchstens im Ergebnis richtig. Sicherlich hatte der Bundestag vor Inkrafttreten des § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine Rechtsgrundlage, einen entsprechenden Beschluss zu fassen: die Verfassung, man denke an „einfache“ oder „schlichte“ Parlamentsbeschlüsse [siehe nur *S. Magiera* in: Michael Sachs <Hrsg.>, Grundgesetz. Kommentar, 8. Auflage, 2018, Art. 42 Rn. 8]. Man könnte indes darüber diskutieren, ob die Tatbestandsvoraussetzung „Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ auch durch in der Vergangenheit

verhängt werden, in erster Linie eine (mit wenigen, zu vernachlässigenden Ausnahmen versehene) allgemeine Ausgangsbeschränkung (Ausgangssperre)⁵²⁵. Das Gesetz differenziert nicht zwischen Immunisierten und Nichtimmunisierten.⁵²⁶ In

gefasste Beschlüsse erfüllt ist – und damit einer erklecklichen Ermächtigung der Exekutive Bahn bricht. Man kann den Tatbestand von § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG in diesem Falle wohl bejahen, weil der Bundestag ausdrücklich den Willen gefasst und bekundet hat, eine entsprechende Feststellung mit Geltung für die Zukunft zu treffen, zumal der Bundestag auf das eben beschlossene Gesetz Bezug nahm, nach § 5 Abs. 1 S. 2 IfSG die Feststellung schlicht aufheben könnte und nichts kategorisch dagegen spricht, Rechtsfolgen an vergangene Sachverhalte zu knüpfen). Von der Ermächtigung aus § 5 Abs. 2 IfSG machte das Ministerium kurz nach Inkrafttreten mehrfach Gebrauch (vgl. nur die Anordnungen gemäß § 5 des Infektionsschutzgesetzes nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag vom 8.4.2020, BAnz AT 9.4.2020 B7, S. 1, I., wonach Einreisende und unter Absonderung nach § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG Stehende verpflichtet sind, unter anderem ihre Identität samt Geburtsdatum und Reisroute bekannt zu geben).

Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat mit § 4 Abs. 1 S. 2 der Verordnung der Landesregierung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Mecklenburg-Vorpommern vom 17.3.2020 (GVBl. M-V S. 82) „touristische Reisen in das Gebiet des Landes Mecklenburg-Vorpommern“ untersagt, um nur ein Beispiel dieser föderalen Stufe zu nennen.

Das Landratsamt Tirschenreuth (Bayern) hat eine allgemeine Ausgangssperre als Allgemeinverfügung (vgl. Amtsblatt des Landkreises Tirschenreuth 2020, Az. 093/1-21, S. 29) auf § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG a. F. in Verbindung mit § 65 S. 1 der bayerischen ZustV (GVBl. 2015 S. 184 [mit zwischenzeitlichen Änderungen] stützen wollen. *A. Edenharter* meint unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (zuletzt abgerufen am 24.4.2020), dass § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 IfSG a. F. nur vorübergehende Maßnahmen erfasse („bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“; dazu schon *A. Klafki* unter <https://www.juwiss.de/27-2020/> [zuletzt abgerufen am 24.4.2020]) und dieses Vorgehen, rechtsstaatlichen Grundsätzen genügend, nicht auf einer Generalklausel wie dem § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG a. F. beruhen dürfe. Die Einschränkung für Ausgangs- und Betretungsverbote „bis die notwendigen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind“ besteht für Ausgangs- und Betretungsverbote nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG n. F. nicht mehr. Siehe zum Vergleich von alter und neuer Fassung des § 28 Abs. 1 IfSG *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1098–1099), der auch nach alter Rechtslage langfristige Ausgangsbeschränkungen auf Grundlage der Generalklausel zulassen wollte; zur Möglichkeit, § 28 Abs. 1 IfSG mittels einer Allgemeinverfügung zu vollziehen, *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1100).

⁵²⁵ Der wirkliche Maßnahmenkatalog von Bund und Ländern ist deutlich vielgestaltiger (siehe Überblickshaft sowohl Fn. 524 als auch *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 [1098]). Die staatsorganisationsrechtlichen, nicht zuletzt die föderalen Zusammenhänge des Maßnahmenkataloges öffneten allerdings ein zu weites Feld, als dass es hier bestellt werden könnte. Eine Ausgangssperre mittels einer landesrechtlichen Rechtsverordnung wurde durch VerfGH Saarland, Beschl. v. 28.4.2020, L v 7/20, teilweise außer Vollzug gesetzt.

⁵²⁶ Eine Differenzierung wird tatsächlich immer wahrscheinlicher. So hat das Bundeskabinett am 29.4.2020 einen („als Formulierungshilfe für die Fraktionen der CDU/

Wirklichkeit sind einmal Infizierte vor einer zukünftigen Infektion geschützt und können das Virus auch nicht weiterverbreiten. Ist das Gesetz verhältnismäßig?⁵²⁷

CSU und SPD für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden“ [das heißt wohl der Sache nach: zur Umgehung des Art. 76 Abs. 2 GG]) Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (vgl. zum bereits in Kraft getretenen [ersten] so überschriebenen Gesetz] Fn. 524) beschlossen (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Entwurf_Zweites_Gesetz_zum_Schutz_der_Bevoelkerung_bei_einer_epidemischen_Lage_von_nationaler_Trageweite.pdf [zuletzt abgerufen am 5.5.2020]). Darin ist eine neuer § 22 Abs. 5 IfSG vorgesehen, der die reine Impfdokumentation um eine Immunitätsdokumentation erweitert (S. 20 des Entwurfs). Weiter schlägt der Entwurf (S. 21) eine Neufassung des § 28 Abs. 1 IfSG vor. Der einzufügende neue Satz 3 schreibt vor, dass bei der Anordnung und Durchführung von Schutzmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1, 2 IfSG (zu Beispielen von Maßnahmen auf dieser Grundlage Fn. 524) zu berücksichtigen ist, ob und inwieweit eine Person, die eine bestimmte übertragbare Krankheit, derentwegen die Schutzmaßnahmen getroffen werden, nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft wegen eines bestehenden Impfschutzes oder einer bestehenden Immunität nicht oder nicht mehr übertragen kann, von der Maßnahme ganz oder teilweise ausgenommen werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Werden solche Ausnahmen für Personen, welche die fragliche Krankheit nicht mehr übertragen können, geschaffen, haben diese Personen nach dem neuen § 28 Abs. 1 S. 4 IfSG mithilfe der Impf- oder Immunitätsdokumentation beziehungsweise eines ärztlichen Zeugnisses nachzuweisen, dass sie die Krankheit nicht oder nicht mehr übertragen können. Der Bundesgesundheitsminister hat, offenbar nicht ungerührt von Protesten der SPD (so zumindest *D. Neuerer* unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/kampf-gegen-corona-spahn-stoppt-plaene-fuer-immunitaetsausweis-nach-protesten/25801000.html?ticket=ST-2682741-YgeBIfyTgP0dku9eJg9f-ap6> [zuletzt abgerufen am 5.5.2020]) sowie der öffentlichen Kritik (siehe beispielsweise *V. Boehme-Nessler* unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-05/immunitaetsausweis-corona-virus-antikoerper-test-grundrechte-verfassungsrechtler-volker-boehme-nessler> [zuletzt abgerufen am 5.5.2020]), eine Stellungnahme durch den Deutschen Ethikrat zu einer Immunitätsdokumentation und ihren Konsequenzen erbeten (der Öffentlichkeit wurde dies [soweit ersichtlich] als erstes auf der Internetplattform „Twitter“ mitgeteilt [unter <https://twitter.com/jensspahn/status/1257316503185027083> <zuletzt abgerufen am 5.5.2020>]).

⁵²⁷ Art. 3 Abs. 1 GG wird hier (wie sonst auch in dieser Abhandlung) nicht als Maßstab für die Beispielsprüfung herangezogen, obwohl eine Tatbestandlichkeit (eine mögliche Ungleichbehandlung von Immunisierten und solchen Vergleichspersonen, die es nicht sind, könnte mithilfe des transitiven handlungsbezogenen Prädikats [siehe zu dieser Definition der Ungleichbehandlung *S. Kempny/Ph. Reimer*, Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 50–52; ablehnend zu sogenannten verbotenen Gleichbehandlungen, die manchen im dargestellten Beispiel in den Sinn kommen könnten, ebd. S. 68–71] „erlässt gegenüber [jemandem] eine Ausgangssperre mit Rücksicht auf dessen Ansteckungsrisiko“ bestimmt werden) nahe liegt; die Rechtfertigung hinge voraussichtlich von der freiheitsrechtlichen Beurteilung ab.

2. Legitimer Zweck, Geeignetheit

Gerade wenn es nahe liegt, der Staat „bekämpfe“⁵²⁸ mit jeder Maßnahme monumentale, existenzielle (oder anderweit superlative) Gefahren, und ein „typisch deutsch[es]“ Staatsvertrauen begrüßt wird⁵²⁹, ist eine umso präzisere, nüchternere Zweckbestimmung⁵³⁰ einer jeden Maßnahme von besonderer Bedeutung. Es wäre nämlich durchaus keine Kapitulation des Rechtes vor der Katastrophe, sondern Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgebotes, selbst tiefstgreifende Freiheitseingriffe als legitim anzusehen, wenn überragende Zwecke des Gemeinwohls sie geböten: je gewichtiger der Zweck, desto einschneidender darf das Mittel sein.⁵³¹ Vor der Anforderung, das Leben von zwei Millionen Menschen zu retten, wirken Vorbehalte gegenüber Grundrechtseingriffen daher schnell als „kleinliche Rückfrage[n]“⁵³² – dafür müsste es eben aber auch wirklich um den Lebensschutz gehen. Die Benennung der Zwecke, nicht nur von fiskalischen^{532a}, ist (mit-)entscheidend dafür, ob Eingriffe, die bekannte und erfahrene Intensitätsskalen sprengen, gerechtfertigt sind oder nicht. Verhältnismäßigkeitsdogmatisch ist es daher zwingend, den Zweck einer jeden Maßnahme gesondert festzustellen, gerade weil die vorsteuernde Wirkung groß ist und auch das Abwägungsergebnis beeinflusst.

⁵²⁸ Zur Unangebrachtheit der verbreiteten Kriegsrhetorik *P. Sloterdijk* im Interview mit *A. Soboczynski*, „Für Übertreibungen ist kein Platz mehr“, *Die Zeit* Nr. 16/2020, 8.4.2020, S. 47.

⁵²⁹ *J. Roß*, Captain Tom geht voran, *Die Zeit* Nr. 18/2020, 23.4.2020, S. 5, beschreibt wie die „Corona-Krise“ das Nationalgefühl wiederbelebt, während im nächsten Artikel (der Seitenzahlensprung ergibt sich durch eine doppelte Werbeanzeige) vom großen Aufschrei, der ob der Andeutung, „es könnten dieses Jahr vielleicht keine Bundesligaspiele mehr stattfinden“, aufkam, die Rede ist (siehe *E. Rafter*, Die Krise der Frauen, *Die Zeit* Nr. 18/2020, 23.4.2020, S. 8). Offenbar hat die deutsche Staatshörigkeit wenigstens das Nachsehen gegenüber dem Fußball. Man sieht, die ([rechts-]wissenschafts-)soziologischen (zum „Ausnahmestand im juristischen Denken“ *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich [zuletzt abgerufen am 22.4.2020]) und medientheoretischen (dazu das Interview mit *P. Sloterdijk* von *A. Soboczynski*, „Für Übertreibungen ist kein Platz mehr“, *Die Zeit* Nr. 16/2020, 8.4.2020, S. 47) Forschungsdesiderate werden durch die Coronavirus-Pandemie allenthalben aufgedeckt beziehungsweise geschaffen.

⁵³⁰ Dieses Grundanliegen dieser Schrift fordert auch *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020) prominent ein.

⁵³¹ Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG muss für eine Verfassungsmäßigkeit dabei unangetastet bleiben.

⁵³² *U. Di Fabio* unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-trifft-liberale-demokratie-grenzen-der-verfassung-16710755.html> (zuletzt abgerufen am 23.4.2020); Widerspruch von *C. M. Hofmann* unter <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-mit-der-holzhammermethode/> (zuletzt abgerufen am 28.4.2020).

^{532a} Allgemein zum fiskalischen Kostenvermeidungszweck Abschnitt B. IV.

Eine Zweckbestimmung für all die vielfältigen Glieder des Maßnahmenkatalogs muss an dieser Stelle unterbleiben, doch wäre die weitere Prüfung aus den eben genannten Gründen sinnlos, würde man den Zweck nicht wenigstens eingrenzen.

Es ist indes zweifelhaft, dass die allgemeine Ausgangssperre (oder eine vergleichbare Maßnahme) kategorisch dem Gesundheits- oder gar Lebensschutz verschrieben ist. Aussagen politischer Akteure sind kaum anders zu verstehen, als hätte man (zunächst)⁵³³ mit der „Beschränkung von sozialen Kontakten“ schlicht die Vermeidung weiterer Anstrengungen bezweckt.⁵³⁴ Man könnte ferner argumentieren, Leben würden nur mittelbar geschützt, „unmittelbar“ solle die Überforderung des Gesundheitssystems vermieden, der Pandemieverlauf optimal gesteuert werden, „weil sonst jedwedes staatliches Handeln immer auch dem Lebensschutz diene, dann aber kein grundrechtlich [...] handhabbares Ziel mehr wäre“.⁵³⁵ So sei das „Vermeiden von Ansteckungen“ auch nicht „Ziel der Eingriffe, sondern Mittel zur Steuerung“.⁵³⁶

⁵³³ So warnte der seinerzeitige Bundestagspräsident *W. Schäuble* in einem Interview mit *R. Birnbaum/G. Ismar*, Schäuble will dem Schutz des Lebens nicht alles unterordnen, Tagesspiegel vom 26.4.2020, online unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schaeuble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html> (zuletzt abgerufen am 27.4.2020) gut einen Monat nach Inkrafttreten der tiefstgreifenden Maßnahmen davor, dem Lebensschutz absolute Priorität einzuräumen – und vor einer Überlastung des Staates. Zu fiskalischen Aspekten der Maßnahmen noch D. IV. 3. und D. IV. 4.

⁵³⁴ Siehe nur <https://www.bundestkanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/vereinbarung-zwischen-der-bundesregierung-und-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-bundeslaender-angesichts-der-corona-epidemie-in-deutschland-1730934> (zuletzt abgerufen am 29.4.2020). Das bedeutet nicht, dass allein „subjektive“, vom „historischen Gesetzgeber“ verfolgte Zwecke beachtlich seien (siehe Fn. 450).

⁵³⁵ So *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020), der das Ziel „Lebensschutz“ überdies mit dem Argument ablehnt, dass dann zunächst alle Kraftfahrzeuge verboten werden müssten (anders als im Falle einer Virusinfektion liefert man sich den Gefahren durch Kraftfahrzeuge allerdings häufig selbstbestimmt aus, und sicherlich kennt die Rechtsordnung Eingriffe, die als Ziel den Lebensschutz verfolgen [man denke nur an die § 212, § 211 StGB], was bedeutet, dass auf die Gesetzeszwecke nicht durch einen Vergleich mit völlig unverbundenen unterlassenen „Alternativen“ geschlossen werden kann); ganz ähnlich *G. Lübke-Wolff* nach *H. Wefing*, In der Altersfalle, Die Zeit Nr. 17/2020, 16.4.2020, S. 4 (kein „Schutz der individuellen Gesundheit [...], sondern [...] aller, denen bei einer Überlastung des Gesundheitssystems nicht geholfen werden kann“); „das Ziel, die Seuche einzudämmen“ und die „drohend[...] Belastung des Gesundheitssystems“ erkennt *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1101).

⁵³⁶ *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

Was soll man aus dem Dickicht von denkbaren Maßnahmen und Zwecken, Nah- und Fernzielen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung als legitimen Zweck herausgreifen? Soziale Kontakte zu verhindern kann wohl kaum ernsthaft als Selbstzweck der Mittel bezeichnet werden, scheidet für die weitere Prüfung also aus. O. Lepsius trifft mit seinem „Steuerungszweck“ scheinbar die Strategie der Bundesregierung – die veraltete erste von bislang dreien.⁵³⁷ Er ersetzt das eine Fernziel (Gesundheits-/Lebensschutz) durch das nächste (Pandemiesteuerung); ist der „Lebensschutz [...] der mittelbare Effekt des Steuerungszwecks“⁵³⁸, ist die Pandemiesteuerung der mittelbare Effekt des Ansteckungsvermeidungszwecks.

Dass das Vermeiden von Ansteckungen nicht Mittel im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung sein kann, sieht man schon daran, dass der Staat sie nicht anordnen kann. Er kann nur Mittel *zur* Vermeidung von Ansteckungen ergreifen (mit welchem politischen Fernziel auch immer) – etwa Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen. Zumindest bei auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG gestützten Maßnahmen kommt man nicht umhin, sie an der „Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten“ zu messen.⁵³⁹ Normative Anknüpfungspunkte zu ergreifen ist keine Schande, sondern manchmal eine Wohltat.

Unmittelbarstes (Zwischen-)Ziel ist es daher, Ansteckungen mit einem bestimmten Virus in der Gegenwart (im räumlichen Geltungsbereich der ergehenden Maßnahme) zu verhindern; hieran ist die Eignung der Maßnahme zu beurteilen. Ist das nicht ohnehin das im Gegensatz zur „optimalen[n] Steuerung des Pandemieverlaufs am Maßstab der medizinischen Kapazitäten“ das „grundrechtlich [...] handhabbare[re] Ziel“⁵⁴⁰? Wären nicht ansonsten alle suboptimalen Maßnahmen ungeeignet? Und wie soll man – gerade bei größter Unsicherheit in einem dynamischen Prozess – wissen, was das ist, „optimal“? Bedenkenswert ist überdies, dass es – anders als im *Coronavirus-Beispiel*⁵⁴¹ – (je nach rechtspolitischen Standpunkt zum Föderalismus)

⁵³⁷ Siehe zu den (gemutmaßten) Strategien *M. Lau*, Versuch und Irrtum, Die Zeit Nr. 19/2020, 29.4.2020, S. 4. Inzwischen laute sie: „Mitigation“, also in Schach halten, moderate Schutzmaßnahmen aufrechterhalten, mit dem Virus leben lernen.“

⁵³⁸ O. Lepsius unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵³⁹ Siehe auch *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1101), der wegen § 1 Abs. 1 IfSG vertritt, dass „Hamsterkauf“-Verbote nicht auf das IfSG, aber unter Umständen auf andere sicherheitsrechtliche Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden könnten.

⁵⁴⁰ Vgl. O. Lepsius unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵⁴¹ Zum Sachverhalt Abschnitt D. IV. 1.

einen Flickenteppich oder ein Mosaik *einzelner* Maßnahmen aller föderalen Ebenen zu beurteilen gilt.⁵⁴² Die Verhältnismäßigkeit der einen Maßnahmen kann nicht anhand von Maßnahmen unabhängiger Rechtsträger gemessen werden.⁵⁴³ Beispielsweise wollte das Landratsamt Tirschenreuth Ansteckungen in der Stadt Mitterteich,⁵⁴⁴ nicht die Überlastung des Städtischen Krankenhauses Heinsberg verhindern⁵⁴⁵. Man muss – insofern ist die beispielhafte Auseinandersetzung mit der Coronavirus-Pandemie lehrreich und verallgemeinerbar – die einzelnen Maßnahmen folglich am nächstmöglichen Zweck messen.⁵⁴⁶

Allein, alle im weitesten Sinne dem Infektionsschutz dienenden Zwecke mögen es nicht zu rechtfertigen, nicht infektiösen Grundrechtsträgern⁵⁴⁷ etwa das Feiern von Gottesdiensten, Demonstrieren oder, so profan wie bedeutsam, Spazierengehen mit ihren Kindern⁵⁴⁸ zu verbieten. Gibt es, sobald ein verlässlicher Test verfügbar ist (bis dahin scheiterte jedwede Differenzierung

⁵⁴² Beispiele in Fn. 524. *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020) heißt den Föderalismus zur Pandemieeindämmung (mit beachtlichen Argumenten) gut.

⁵⁴³ Gleichheitsrechtlich ist es noch eindeutiger: Auch wenn nur manche Länder Buchhandlungen und Blumenläden schließen (vgl., wohl nicht streng dogmatisch gemeint, *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich [zuletzt abgerufen am 22.4.2020]), begeht Land A mit der Schließung dieser Läden keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, *weil* Land B sie nicht schließt; es besteht keine Zurechnungsbeziehung zwischen Land A und B (vgl. *S. Kempny/Ph. Reimer*, Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 60–61, mit Verweis auf die Eigenstaatlichkeit der Länder [ebd. S. 62]).

⁵⁴⁴ Siehe Fn. 524.

⁵⁴⁵ Der Kreis Heinsberg wies zu einem frühen Zeitpunkt der Pandemie eine vergleichsweise hohe Zahl von Angesteckten auf (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_im_Kreis_Heinsberg [zuletzt abgerufen am 22.6.2020]).

⁵⁴⁶ Der Ansteckungsvermeidungszweck mag einer „Primitivkausalität“ *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich [zuletzt abgerufen am 22.4.2020]) entsprechen, Folgefragen können jedoch in der Angemessenheit (auch mithilfe von Grundsätzen der normativen Zurechnung) beantwortet werden.

⁵⁴⁷ Es ist eine faktische Frage, die von Medizinem beantwortet werden muss, ob einmal Infizierte bis auf weiteres immun sind und das Virus auch nicht mehr weiterverbreiten können. Je größer die Unsicherheit, desto größer der gesetzgeberische Entscheidungsspielraum. Es spricht (dieser Tage) indes (wohl) einiges dafür, dass Infizierte immunisiert werden (siehe <https://www.ndr.de/nachrichten/info/15-Corona-virus-Update-Infizierte-werden-offenbar-immun,podcastcoronavirus136.html#gene> [zuletzt abgerufen am 25.4.2020]).

⁵⁴⁸ Unverständnis gegenüber einem solchen Verbot äußert *A. Edenharter* unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (zuletzt abgerufen am 24.4.2020).

wohl an der faktischen Erkennbarkeit), „schlicht keine Rechtfertigung [...], [Immunisten] Kontaktsperren oder Ausgangsrestriktionen aufzuerlegen“⁵⁴⁹? Es scheiterte jedenfalls nicht an einem legitimen Zweck. Jedes Testverfahren kostete Geld und bände Verwaltungspersonal für die Kontrolle (um nur die fiskalischen Zwecke für Maßnahmen gegenüber Immunisten zu nennen)⁵⁵⁰. Diese Ressourcen zu schonen ist genauso legitim, wie es das Verhindern von Ansteckungen ist – kurz gefasst: manche Maßnahmen verfolgen auch den unmittelbaren Zweck, Kosten zu vermeiden.⁵⁵¹ Seien (nachgewiesenermaßen) Immuniste auch infektionsschutzrechtliche „Nichtstörer“,⁵⁵² sind Eingriffe in ihre Grundrechte aus diesem Anlass doch grundsätzlich möglich.

Kosten zu vermeiden ist aber nicht nur Ziel von Maßnahmen gegenüber Immunisten – die Einhaltung von kategorischen (etwa: Versammlungs-)

⁵⁴⁹ So wird *G. Lübke-Wolff* von *H. Wefing*, In der Altersfalle, Die Zeit Nr. 17/2020, 16.4.2020, S. 4, wiedergegeben. Wenn ein funktionstüchtiger Test Bedingung dafür ist, dass Grundrechtsträger ihre Freiheit ausüben, liegt es (das nur am Rande) spiegelbildlich nicht fern, dass der Staat eine (Schutz-)Pflicht besitzt, die Entwicklung von Testverfahren zu fördern und, im Erfolgsfalle, anzuschaffen.

⁵⁵⁰ Eine Bevorzugung von Immunisten setzte überdies den Anreiz, sich zu infizieren, und provozierte gegebenenfalls starken Unmut und Gesetzesnichtbefolgungslust bei Nichtimmunisten. Dem vorzubeugen könnte ebenso bezweckt werden.

⁵⁵¹ Siehe zum Kostenvermeidungszweck Abschnitt B. IV. Altbekannte Ansätze, die Schonung der Staatsfinanzen greifbar zu machen, tauchen während der Coronavirus-Pandemie (dem Publikationsmedium geschuldet knapp und wenig belegt) bei *L. Munaretto* unter <https://verfassungsblog.de/die-wiederentdeckung-des-moeglichkeitshorizonts/> (zuletzt abgerufen am 1.5.2020) wieder auf: Zum Einen müsse der „Vorbehalt des Möglichen“ (dazu in dieser Studie Fn. 148 sowie bei und mit Fn. 493) wiederentdeckt werden, „wenn in einer konkreten Entscheidungssituation die Rettung aller Patienten nicht miteinander kompossibel ist“. Es stimmt, wer faktisch nicht alle retten kann, kann faktisch nicht alle retten (wie genau der „Vorbehalt des Möglichen“ zu aktivieren“ sei, die nötigen Rückschlüsse auf rechtliches Dürfen und Können, werden dem Leser überlassen). Dogmatisch gemeint ist wohl der Wegfall von beiden Erfüllungsalternativen eines Gleichheitssatzes (siehe dafür *S. Kempny/Ph. Reimer*, Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, 2012, S. 161–162). Zum Zweiten solle die „Funktionsfähigkeit“ des Staates“, wohinter die „aggregierten Individualinteressen“ stünden, gewahrt werden; mitabzuwägen sei, ob die Triage von heute die Triage von morgen verhindere – wie *L. Clérico* spricht sich der Autor dafür aus, einen aktuellen Grundrechtseingriff mit einem virtuellen zu rechtfertigen (umfassend dazu Abschnitt B. I.).

⁵⁵² Die pauschale Ablehnung von Grundrechtseingriffen gegenüber Nichtstörern geht deshalb zu weit; allein Gefahrerforschungseingriffe zuzulassen, während die Gefahr doch konkret, gemein und gegenwärtig ist (vgl. *Th. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht. Mit Versammlungsrecht, 10. Auflage, 2018, § 8 Rn. 21), leuchtet nicht ein (zu beiden gefahrenabwehrrechtlichen Anleihen *O. Lepsius* unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich [zuletzt abgerufen am 22.4.2020]; vgl. Fn. 569).

Verboten gegenüber Nichtimmunisierten ist deutlich kostengünstiger zu kontrollieren als Erlaubnisse mit (Hygiene-)Auflagen. Daher verfolgt beispielweise ein kategorisches Versammlungsverbot über den Infektionsschutz hinausgehende Zwecke, wenn (strenge) Hygienemaßnahmen und solche zur Abstandssicherung ausreichen, Infektionen zu vermeiden.⁵⁵³ Angesichts des „[g]rößte[n] Hilfspaket[s] in der Geschichte Deutschlands“⁵⁵⁴ verdienen die Staatsfinanzen eine ebenso vorausschauende Steuerung wie der Pandemieverlauf.⁵⁵⁵

Die allgemeine Ausgangssperre bezweckt nach alledem nicht nur das Vermeiden von Ansteckungen, sondern auch die Schonung von finanziellen und Verwaltungsressourcen. Wird die Vermeidung von Ansteckungen und nicht (unmittelbar) der Gesundheitsschutz als „Hauptzweck“ festgesetzt, kann (zumindest) die Eignung der Ausgangsbeschränkung auch nicht mit dem Argument, die Isolierung habe überwiegende negative Folgen für die Gesundheit,⁵⁵⁶ bestritten werden. Es ist abermals Ausdruck der gesetzgeberischen Zwecksetzungshoheit,⁵⁵⁷ zu befinden, dass Mittel gegen die Coronavirusbreitung ergriffen werden müssen, etwa weil die Gefahren durch das Coronavirus größer als die durch soziale Isolation auftretenden eingeschätzt werden.

Abschließend ist festzuhalten, dass Maßnahmen gegenüber Immunisierten *überhaupt nicht* zum Erreichen eines (wie auch immer definierten) Infektionsschutzzweckes geeignet sind, während dies noch der „Hauptzweck“ der Mittel zu Lasten der Nichtimmunisierten ist. Die umfassenden Maßnahmen während der Coronavirus-Pandemie sind deshalb paradigmatisch für die oben⁵⁵⁸ getroff-

⁵⁵³ Ein striktes Versammlungsverbot zur „Verhinderung der weiteren Ausbreitung einer Virus-Erkrankung“ (Rn. 24) verwirft BVerfG, Beschl. v. 17.4.2020, 1 BvQ 37/20, da die Behörde wenigstens Infektionsschutzauflagen zu prüfen habe.

⁵⁵⁴ <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-03-13-Milliarden-Schutzschild-fuer-Deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 1.5.2020).

⁵⁵⁵ Damit ist weder gesagt, dass die Steuerungen verhältnismäßigkeitsdogmatische Zwecke seien, noch dass Kostenvermeidung und Vermeidung von Ansteckungen gleichrangige Zwecke seien.

⁵⁵⁶ Laut A. Edenharter unter <https://verfassungsblog.de/freiheitsrechte-ade/> (zuletzt abgerufen am 24.4.2020) dient die Tirschenreuther Ausgangssperre (dazu Fn. 524) dem Schutz des Lebens und des Leibes besonders anfälliger Personen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), stellt aber zugleich einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG der betroffenen Stadtbewohner dar. Die Autorin spezifiziert nicht, auf welcher Stufe die Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitert, sie argumentiert allerdings unter anderem mit einer Schwächung der Immunabwehr, sodass „man die Widerstandsfähigkeit der Bevölkerung durch eine Maßnahme, die sie eigentlich schützen solle, erst schwächt“; daher müsste A. Edenharter bereits die Geeignetheit verneinen.

⁵⁵⁷ Siehe zum Beispiel Abschnitt D. III. 2.

⁵⁵⁸ Siehe Abschnitt D. I.

fene Feststellung, dass von mehreren Tatbestandsalternativen auf mehrere Gesetzeszwecke geschlossen werden kann. Schon hier deutet sich eine Aufspaltung in verschiedene gedankliche Zweck-Mittel-Relationen an.^{558a}

3. Erforderlichkeit⁵⁵⁹

Damit ist die Erforderlichkeit einer allgemeinen Ausgangssperre vorgesteuert. Mildere Alternativmittel sind Legion, sie einzufordern vielleicht „sträflich vernachlässigt“⁵⁶⁰, jedoch ist die Milde der Alternative eben nur eine Seite der (Erforderlichkeits-)Medaille. Alternativen ziehen nur dann eine Nichterforderlichkeit des gewählten Mittels nach sich, wenn sie *alle* Zwecke mindestens in demselben Maße fördern wie das gewählte Mittel und zugleich freiheitsschonender sind. Gäbe man noch so milderen Alternativen den Vorzug, obwohl sie einen Zweck der Maßnahme mit einem geringeren Zweckerreichungsgrad förderten, verabschiedete man sich von der Rationalität der herkömmlichen Erforderlichkeitsprüfung und missachtete die parlamentarische Zwecksetzung (die eben nicht rechtlich ableitbar, sondern vom dafür zuständigen, unmittelbar demokratisch legitimierten Organ zu treffen ist).⁵⁶¹ – Und Alternativen zur Ausgangssperre dürften häufig mit stärkerem Infektionsrisiko und/oder Kosteneinsatz verbunden sein. Lockerungen der Ausgangssperre auch gegenüber Ansteckungsgefährdeten, etwa durch die Öffnung öffentlicher Gebäude bei gleichzeitiger Einführung von Abstands- und Hygienemaßnahmen, wären mit einem (zumindest marginal) höherem Infektionsrisiko verbunden, folglich in Bezug auf den Ansteckungsvermeidungszweck weniger geeignet. Darüber hinaus müsste vielerorts mehr Personal abgestellt werden, um die Einhaltung der Vorgaben sicherzustellen. Derartige Lockerungen wären infolgedessen weder zur Erreichung des Ansteckungs- noch zum Kostenvermeidungszweck gleich geeignet; es sei denn, man könnte durch noch höheren Ressourceneinsatz Ansteckungen genauso effektiv verhindern wie im Fall der gewählten Maßnahme (Ausgangssperre), dann säne nur der Zweckerreichungsgrad im Hinblick auf die Kostenvermeidung (und die Lage stellte sich wie folgt dar). Eine gesetzliche Aus-

^{558a} Siehe ausführlicher D. IV. 4. c).

⁵⁵⁹ Ausführlich zur Erforderlichkeitsprüfung Abschnitt D. III. 2.

⁵⁶⁰ O. Lepsius unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020).

⁵⁶¹ Siehe auch Abschnitte C. II. 4. d) aa) (1) und D. III. 2. Aus dem zuletzt genannten Grund sind auch den Bedenken gegenüber einer Kompetenzverschiebung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit durch die Änderung des IfSG von O. Lepsius unter https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/#primary_menu_sandwich (zuletzt abgerufen am 22.4.2020) beizupflichten.

gangsbeschränkung, die Immunisierte tatbestandlich ausnähme (was Feststellungsmöglichkeiten erforderte)⁵⁶², bürge zwar im Vergleich zu einer allgemeinen Ausgangssperre keine höhere Ansteckungsgefahr (keine Gefahr für das Gesundheitssystem), weshalb sie zur Erreichung des Ansteckungsvermeidungszwecks gleich geeignet wäre. Dabei wäre sie freiheitsschonender. Doch erforderte der Vollzug einen höheren Kosteneinsatz (zur Anschaffung und Anwendung der Immunitätstests). Mithin litte die Förderung des fiskalischen Zwecks.⁵⁶³ Eine Ausgangsbeschränkung mit einer Ausnahme für Immunisierte wäre dementsprechend freiheitseffizienter, aber kostenineffizienter.⁵⁶⁴ Somit fehlt es an einer in jeder Hinsicht gleichgeeigneten Alternative: Die Ausgangssperre ist erforderlich.

4. Angemessenheit⁵⁶⁵

Die letzte Hürde wird den Maßnahmen im Prüfungsschritt der Angemessenheit gestellt – nicht selten könnten die aktuellen Maßnahmen hieran scheitern. Eine ausführliche Angemessenheitsprüfung besteht aus einer abstrakten und einer konkreten Bewertung der Zwecke (welchen rechtlichen Stellenwert besitzt der Zweck, und wie stark wird er gefördert?) und des Eingriffs (wie tief wird in welche grundrechtliche Freiheit eingegriffen?), um kontextualisierten Zweck und Eingriff sodann zueinander ins Verhältnis zu setzen. Eine Abwägung, die pauschal auf den (tages-)politisch gewichtigsten Zweck abhebt, um eine Angemessenheit anzunehmen, würdigt die Grundrechtseingriffe unzureichend.⁵⁶⁶ Wenn die bisherigen Stufen der Verhältnis-

⁵⁶² Falls verlässliche, schnell Ergebnisse liefernde Testverfahren auf dem freien Markt erhältlich wären, könnte man von Immunisierten, die sich in der Öffentlichkeit aufhalten wollten, auch verlangen, Tests mit sich zu führen. Dadurch würde ein weiterer Eingriff zu Kostenvermeidungszwecken den Immunisierten gegenüber begangen.

⁵⁶³ Erlaubnisse unter Auflagen, etwa von Versammlungen, vereinen beide Nachteile in sich: das Ansteckungsrisiko stiege, obwohl mehr (Finanz- und Verwaltungs-) Mittel für die Einhaltung der Auflagen aufgewendet würden.

⁵⁶⁴ So verhält es sich auch im *Liquorentnahme-Beispiel* bei dem Mittelvergleich zwischen Lumbal- (gewähltes Mittel) und Okzipitalpunktion (Alternative): letztere ist zur Erreichung des „Hauptzwecks“ (Strafrechtspflege) genauso geeignet wie die gewählte Maßnahme, zugleich ist sie für den Betroffenen milder, doch ist sie teurer und damit im Hinblick auf den fiskalischen „Nebenzweck“ weniger geeignet. Siehe zum Sachverhalt Abschnitt C. I. und zur Lösung Abschnitt D. III.

⁵⁶⁵ Ausführlich zur Angemessenheitsprüfung Abschnitt D. III. 3.

⁵⁶⁶ Es drängt sich *C. M. Hofmann* unter <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-mit-der-holzhammermethode/> (zuletzt abgerufen am 28.4.2020), der Eindruck auf, das Verhältnismäßigkeitsprinzip würde in Bayern „ähnlich wie in einer juristischen Anfängerklausur“ umgesetzt und fordert (berechtigterweise), „die jeweiligen Eingriffe in unterschiedliche betroffene Grundrechtsposten einzeln [zu] gewichte[n] und in Verhältnis zur Zielsetzung der Maßnahme“ zu setzen (also gleich-

mäßigkeit konsequent behandelt werden, insbesondere wenn erkannt wird, dass Alternativmitteln im Rahmen der Erforderlichkeit ihre fiskalischen Implikationen vorgehalten werden können, ist die Angemessenheitsprüfung die erste ernst zu nehmende und zugleich letzte Bastion des Freiheitsschutzes. Deswegen sei sie im Folgenden beispielhaft ausgeführt.

a) *Bewertung des Ansteckungsvermeidungszwecks*

Der Wert des Ansteckungsvermeidungszwecks ist kontextabhängig; auf abstrakter Ebene lassen sich quantifizierende Argumente wohl höchstens aus der Behauptung einer Nähe zu einer anerkannten Schutzpflicht gewinnen. Die Verfolgung des Ansteckungsvermeidungszwecks könnte man als Versuch der Erfüllung einer Pflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das Leben und die körperliche Unversehrtheit (auch vor Gefährdungen durch Naturkatastrophen) zu schützen,⁵⁶⁷ ansehen und somit als eher gewichtig einstufen.⁵⁶⁸

Bestimmende Faktoren für die (für die Argumentation fruchtbringendere) konkrete Wertigkeit des Ansteckungsvermeidungszwecks liegen dagegen teilweise auf der Hand: Wie letal ist die übertragbare Krankheit? Wie wahrscheinlich ist die Übertragung? Wie weit ist das Virus schon verbreitet?⁵⁶⁹ Aber auch: Wie gut lassen sich Infizierte behandeln, wie ist es um die Auslastung der Krankenhäuser bestellt? Können von der Krankheit (besonders) Bedrohte geschützt und behandelt werden?⁵⁷⁰ Ist der Infektionsstand niedrig, sinkt der konkrete Wert des Ansteckungsvermeidungszwecks. Gibt es aber

sam eine *gute* Anfängerklausur) – und diese Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes „transparent zu machen“.

⁵⁶⁷ Dazu *H. Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band I, 3. Auflage, 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 76.

⁵⁶⁸ Vgl. *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 6. Auflage, 2017, Rn. 624, nach denen der Schutz von Verfassungsgütern „[d]en höchsten Rang verdient“.

⁵⁶⁹ Im gefahrenabwehrrechtlichen Jargon: Wie wahrscheinlich ist der Schadenseintritt? Welchen Rechtsgütern droht Schaden? Wie groß ist der Schaden, falls sich die Gefahr realisiert? Vgl. *Th. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht. Mit Versammlungsrecht, 10. Auflage, 2018, § 8 Rn. 21–27, die bei besonderem Schädigungsgewicht intensive Eingriffe und solche gegenüber Nichtstörern zulassen (vgl. dazu in dieser Schrift Fn. 552).

⁵⁷⁰ Sobald das Wissen bezüglich des neuartigen Coronavirus steigt und die Sorgen um die wirtschaftliche und soziale Lage größer werden, ist es durchaus denkbar, dass nur noch die Gesundheit Angehöriger der Risikogruppe geschützt werden soll. Eine auf diese Weise angepasste Zielsetzung veränderte insbesondere die Erforderlichkeitsprüfung (etwa einer Ausgangssperre): Ausgangsbeschränkungen *nur* für besonders Gefährdete könnte zum Schutz dieser Personen gleich geeignet und im Vergleich zu einer *allgemeinen* Ausgangssperre zugleich deutlich milder sein. Letztere wäre nicht erforderlich. Daran änderte sich wohl kaum etwas, betrachtete man auch einen fiskalischen Zweck (siehe sogleich im Haupttext).

im Geltungsbereich einer Maßnahme auffällig viele Infizierte mit einer tödlichen und leicht übertragbaren Krankheit, steigt das Gewicht dieses Zwecks.

Währenddessen vertieft sich ein Grundrechtseingriff (fast immer, eine Ausgangssperre gewiss) mit der zeitlichen Dauer. Hiermit wird erklärlich, warum die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit dynamisch ist:⁵⁷¹ Wenn der Zweck an Gewicht verliert (übrigens regelmäßig nicht zuletzt *wegen* der Maßnahme, schließlich ist sie, so viel weiß man an dieser Stelle der Prüfung schon, zur Vermeidung von Ansteckungen ja geeignet), das Mittel aber verschärft wird, verschiebt sich das Verhältnis (Zweck-Mittel-Relation) zu Lasten des Zwecks.

b) Bewertung des Kostenvermeidungszwecks

In Szenarien, worin, wie im hier betrachteten Beispiel, eine freiheitsschonendere alternative Maßnahme zu dem gewählten Mittel besteht, die nicht mit höherem Ansteckungsrisiko einher geht, aber mit höherem Finanzmittelaufwand verbunden ist, tritt neben den Ansteckungs- ein Kostenvermeidungszweck. Beispiele für derartige Alternativen sind zum einen Abstands- und Hygieneauflagen, etwa für eine Versammlung, die Infektionen so unwahrscheinlich wie bei einem Verbot machen, und zum anderen eine Ausgangsbeschränkung, die Immunisierte ausnimmt. In beiden Fällen ist zumindest Kontrollpersonalaufwand vonnöten.

Auch die Wertigkeit des Kostenvermeidungszwecks ist kontextabhängig.⁵⁷² Maßgeblichen Einfluss hierauf hat die Haushaltslage, wobei berücksichtigt werden kann, wie diese sich wahrscheinlich in naher Zukunft unter dem Einfluss von zunehmenden Zinszahlungen (zur Bedienung von Krediten, die für Entlastungsmaßnahmen verwendet werden)⁵⁷³ bei Abnahme der Steuereinnahmen entwickeln könnte. Den konkreten fiskalischen Zweckerreichungsgrad zu bestimmen setzt überdies voraus, die Kosten des gewählten Mittels von denen der Alternative abzuziehen (das Subtraktionsverfahren).⁵⁷⁴ Hiermit wird lediglich der Zweckerreichungsgrad der gewählten Maßnahme ermittelt, nicht das Zweck-Mittel-Verhältnis von gewähltem Mittel und Alternativen verglichen. Die Zweckerreichungsgrade des gewählten Mittels werden nicht in Frage gestellt.⁵⁷⁵ Damit folgt man dem weit verbreiteten Dogma, den Zweckerreichungsgrad zumindest bezüglich des „Hauptzwecks“ unangetastet zu lassen; Alternativmittel, selbst wenn sie mit einem verschwindend geringen

⁵⁷¹ VerfGH Saarland, Beschl. v. 28.4.2020, Lv 7/20, Rn. 30: „begleitende[...] Rechtfertigungskontrolle“.

⁵⁷² Siehe ausführlich Abschnitte B. IV. und D. III. 3.

⁵⁷³ Siehe Fn. 554.

⁵⁷⁴ Ausführlicher unter Abschnitt D. III. 3.

⁵⁷⁵ Ausführlicher unter Abschnitt D. III. 3.

höheren Ansteckungsrisiko verbunden sind (etwa Lockerungen von allgemeinen Verboten, verbunden mit laxen Abstands- und Hygieneauflagen) können *nicht* zur Beweisführung, das gewählte Mittel sei unangemessen, herangezogen werden – Alternativmittel sollen in der Angemessenheit ja außen vor bleiben.⁵⁷⁶ Im Hinblick auf die „Nebenzweck“-Verfolgung bedeutet das, dass durch eine allgemeine Ausgangssperre das gespart wird, was aufgewendet werden müsste, um Immunierte mittels eines Testverfahrens festzustellen. Die Höhe der Einsparungen hängt nicht zuletzt davon ab, wie viele Nichtimmunisierte die ihnen gegenüber noch bestehende Ausgangsbeschränkung missachteten: Je mehr Personen sich im öffentlichen Raum aufhielten, desto mehr „Freigänger“ hätte die Verwaltung auf ihre Immunisierung hin zu testen.

Zur Schärfe des Mittels ist schon viel geschrieben worden: die Grundrechtseingriffe sind zumindest in Sichtweite des Wesensgehalts. Manche Eingriffe können durch finanzielle Kompensationen abgemildert werden (Geldzahlungen für geschlossene Betriebe oder von der Arbeit abgehaltene Arbeitnehmer),⁵⁷⁷ andere Freiheiten sind inkommensurabel⁵⁷⁸.

c) Gegenüberstellung des jeweiligen Zwecks mit der auf ihn entfallenden Freiheitsbeschränkung

Beide Zwecke müssen im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation berücksichtigt und dem ihnen entsprechenden Freiheitsschwund gegenübergehalten werden. Dächte man sich den Kostenvermeidungszweck weg, wäre es nur erforderlich, eine Ausgangsbeschränkung allein für Nichtimmunisierte zu verhängen. Nur dieser Freiheitseingriff kann mit dem Infektionsschutz („Hauptzweck“) gerechtfertigt werden (Phase 1 der Zweck-Mittel-Relation). Jedweder Eingriff in die Grundrechte Immunisierter verfolgt gänzlich andere Zwecke;

⁵⁷⁶ Siehe Abschnitt D. III. 3. Damit wäre eine Ausgangsbeschränkung, die Immunisierte tatbestandlich ausnimmt, nicht im Vergleich zu einer allgemeinen Ausgangssperre gleich förderlich darin, Ansteckungen zu vermeiden, verfügte der Staat nicht über die notwendigen Kapazitäten, um Ausgang nur von Immunisierten sicherzustellen (und könnte sich auch nicht [etwa durch die Anstellung von Personal] in die Lage dazu versetzen). Solche weniger zweckfördernden Alternativen müssten Vertreter der herrschenden Meinung in der Angemessenheit ignorieren.

Darüber hinaus gölte, dass, wenn jeglichen Alternativen ein geringerer „Hauptzweck“-Erreichungsgrad innewohnt, keine klare Korrespondenz zwischen einem Teil der Freiheitseinbuße und einem fiskalischem „Nebenzweck“ bestünde: Wenn der mit dem gewählten Mittel erwirkte „Hauptzweck“-Erreichungsgrad auch unter höchsten finanziellen Anstrengungen nicht mit Alternativmitteln erreichbar ist, kann nicht gesagt werden, dass der Freiheitseingriff *nur* zugunsten fiskalischer Vorteile vertieft werde.

⁵⁷⁷ Vgl. *St. Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelung des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1101).

⁵⁷⁸ Ausführlich Abschnitt C. II. 2. c) bb) (1).

Immunisierte werden (grob formuliert)⁵⁷⁹ zur Vermeidung von Kosten in ihren Freiheiten beschränkt (Phase 2).⁵⁸⁰ Wenn die Gefahr durch das Virus für Nichtimmunisierte gering ist (geringer Infektionsstand, nur wenige wahrlich davon bedroht und so fort), der Freiheitseingriff ihnen gegenüber indes tief, ist schon die Zweck-Mittel-Relation in Phase 1 („Hauptzweck“ zu Freiheitseinbuße, die auch von einem freiheitseffizienteren, aber kostenineffizienteren [sprich: milderem, aber teureren] Alternativmittel verursacht würde) unangemessen. Das Mittel wäre insgesamt verfassungswidrig. Vorausgesetzt, der Freiheitsschwund gegenüber den Nichtimmunisierten wahrte im Angesicht der Ansteckungsvermeidung noch das zu duldende Maß, käme es bei der endgültigen Beurteilung des gewählten Mittels entscheidend darauf an, ob es die Kostenvermeidung wert wäre, die Freiheit der Immunisierte zu begrenzen⁵⁸¹.

Das *Coronavirus-Beispiel* unterscheidet sich von dem *Liquorentnahme-Beispiel* insofern nur dadurch, dass die Aufspaltung des Eingriffs in erstgenanntem Beispiel deutlich leichter fällt. Im *Coronavirus-Beispiel* kann man die gesamte Freiheitseinbuße nach Eingriffsadressaten (Nichtimmunisierte und Immunisierte) aufspalten, was die Zweiphasigkeit der Zweck-Mittel-Relation verdeutlicht.

Den Maßnahmen zur Eindämmung der Coronavirus-Pandemie – und manchen ihrer Beurteilungen durch Gerichte und Rechtsgelehrte – leiden nicht unbedingt an zu viel Differenzierung. Handgreifliche Überforderung vieler politischer Akteure,^{581a} so verständlich sie ist, kann nicht auf Dauer vorgeschützt werden. Genauso wenig, wie es ein Allheilmittel gegen eine kontinentübergreifende Bedrohung fast aller Menschen gibt, ist der Lebensschutz Rechtfertigungsgrund für jede Maßnahme. Vor der Komplexität die Augen zu verschließen und auf die Erlösung durch einen Impfstoff oder ein verständnisvolles Gericht zu warten wäre ein Versagen. Abhilfe könnte (für den schmalen Korridor der Verhältnismäßigkeit) eine im Gange dieser Untersuchung mehrfach gestellte Leitfrage sein: Welcher Freiheitsschwund korrespondiert mit welchem Zweck(erreichungsgrad)?

⁵⁷⁹ Realiter dürfte ein Bündel von Zwecken, die mit dem Freiheitseingriff zu Lasten von Immunisierten korrespondieren, vorliegen (siehe dazu die Erwägungen bei und in Fn. 550).

⁵⁸⁰ Auf eine solche zweiphasige Abwägung ließe es hinauf, falls der Staat eine Ausgangssperre nur für Nichtimmunisierte erlasse, Immunisierten aber aufgabe, Tests bei sich zu führen.

⁵⁸¹ Auf die Gefahr des Saloppen hin von *Ph. Reimer*, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015, S. 60 (68), so formuliert.

^{581a} Sicherlich schneidet das deutsche Personal im internationalen Vergleich noch überwiegend gut ab.