

# BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 1295/21 -

In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde

der (...) GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer Herrn (...),

- Bevollmächtigte: (...) -

gegen das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch  
die Richterinnen Baer,

Ott

und den Richter Radtke

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)

am 23. März 2022 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung  
angenommen.

## Gründe:

I.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021 (BGBl I S. 802), insbesondere gegen den dadurch in das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) eingefügten § 28b IfSG (im Folgenden § 28b IfSG a.F.) und

dessen Absatz 1 Satz 1 Nr. 7, mit dem die Öffnung von Gaststätten untersagt wurde.

1. Die Beschwerdeführerin betreibt in Berlin ein Restaurant mit Außenbereich in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). 2

2. a) Am 23. April 2021 trat das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in Kraft. Zentraler Gegenstand des Gesetzes war der durch Art. 1 in das Infektionsschutzgesetz eingefügte § 28b IfSG a.F., der bei Überschreiten eines Werts von 100 Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner an drei aufeinanderfolgenden Tagen in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt zu gesetzesunmittelbaren Beschränkungen des privaten und öffentlichen Lebens führte (näher dazu BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 14 – Bundesnotbremse I [Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen] –). Die Beschränkungen waren an die Feststellung einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ durch den Bundestag gebunden und liefen mit dem 30. Juni 2021 aus; das Land Berlin galt insgesamt als kreisfreie Stadt, § 28b Abs. 8 und 10 Satz 1 IfSG a.F. Die Regelungen entfalteten dort zwischen dem 24. April und dem 18. Mai 2021 Wirkung. 3

b) § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 IfSG a.F. untersagte die Öffnung von Gaststätten. Die Vorschrift beschränkte Gaststätten, Speiselokale und ähnliche Betriebe bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der „Bundesnotbremse“ auf die Auslieferung und den Außer-Haus-Verkauf von Speisen und Getränken (letzteren mit Ausnahme der Zeit von 22 bis 5 Uhr), sofern nicht ein Ausnahmetatbestand vorlag. 4

3. Die Beschwerdeführerin greift das gesamte Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite an, insbesondere aber § 28b IfSG a.F. und dessen Abs. 1 Satz 1 Nr. 7. Sie rügt eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 19 Abs. 4 sowie von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. 5

a) Der Eingriff in ihre Berufsfreiheit sei nicht gerechtfertigt. Die Schließung von Gaststätten sei nicht geeignet, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu fördern. Diese sei schon nicht bedroht. Auch existiere kein Nachweis dafür, dass Gaststättenbesuche zu vermehrten Infektionen führten. Die Sieben-Tage-Inzidenz sei kein geeignetes Kriterium; der Schwellenwert von 100 sei willkürlich gewählt. 6

Das Verbot der Öffnung von Gaststätten, insbesondere der Außengastronomie, sei nicht erforderlich. Es existierten mildere und gleich geeignete Mittel, um dessen Effekt zu erreichen. Dazu gehörten die verpflichtende Umsetzung von Hygienekonzepten und der Aufbau einer umfassenden Testinfrastruktur. 7

Die Maßnahme sei auch unangemessen. Sie habe keinen nennenswerten Nutzen gehabt. Dem stünde eine enorme Betroffenheit der Beschwerdeführerin und des Gastgewerbes gegenüber. Die Umsatzrückgänge der Beschwerdeführerin gegenüber dem Vorjahreszeitraum betrügen seit November 2020 monatlich zwischen 70 % und 93 %. Angesichts der Dauer schon der bisherigen Beschränkungen seien weitere Maßnahmen nicht zu rechtfertigen. Die in Aussicht gestellten und teils bereits ausgezahlten Wirtschaftshilfen seien ohne Öffnungsperspektive nicht geeignet, den Eingriff abzumildern; ebenso wenig sei dies die Befristung der Maßnahme. Der Gesetzgeber habe es zudem unterlassen, Gefahrerforschungsmaßnahmen zu ergreifen. Es sei auch kein Grund dafür ersichtlich, der Beschwerdeführerin eine einzelfallbezogene Prüfung einer Öffnungsmöglichkeit zu verwehren. 8

b) Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der sie als Gastronomin besonders treffe, sei ebenfalls nicht gerechtfertigt. Das Fehlen eines gesetzlichen Entschädigungsanspruchs sei mit der Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht vereinbar. Aufgrund der Dauer schon der bisherigen Beschränkungen, auf die die aktuellen Beschränkungen aufsetzten, sei der Eingriff nicht kompensationslos zumutbar. Auch habe sie im Vertrauen auf Ankündigungen der Bundesregierung, es werde keinen neuerlichen „Lockdown“ geben, in betriebliche Hygienemaßnahmen investiert. Die erneute Schließungsanordnung verstoße insoweit gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Wirtschaftshilfen des Staates führten nicht zur Rechtfertigung des Eingriffs. 9

c) Durch die selbstvollziehende Wirkung des Gesetzes, die eine Überprüfung von Einzelakten durch Verwaltungsgerichte unmöglich mache, werde das Recht der Beschwerdeführerin auf effektiven Rechtsschutz verletzt. 10

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Annahmegründe nach § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Sie ist teils bereits unzulässig (1), teils jedenfalls unbegründet (2). 11

1. Die Verfassungsbeschwerde ist weitgehend unzulässig. Die Unzulässigkeit betrifft gegenständlich sämtliche angegriffenen Regelungen mit Ausnahme von § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 IfSG a.F. und inhaltlich die behaupteten Verletzungen von Art. 19 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. 12

a) Mit Ausnahme von § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 IfSG a.F. ist die Beschwerdeführerin hinsichtlich sämtlicher Bestimmungen des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht beschwerdebefugt, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Als juristische Person des Privatrechts, die eine Gaststätte betreibt, ist die Beschwerdeführerin nicht Adressatin derjenigen Bestimmungen des Gesetzes, die sich nicht auf Gaststätten beziehen. 13

b) Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 19 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG entsprechen nicht den Substantiierungsvoraussetzungen von § 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG. 14

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Art. 19 Abs. 4 GG beschränken sich im Wesentlichen auf die bloße Feststellung, dass gegen die „Bundesnotbremse“ der Verwaltungsrechtsweg nicht offenstehe. Sie berücksichtigt insoweit nicht, dass Akte der parlamentarischen Gesetzgebung vom Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG schon nicht umfasst sind (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 136 m.w.N.; stRspr). 15

Auch die Darlegungen zu Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG genügen nicht. Soweit sich die Beschwerdeführerin insoweit auf den Vertrauensgrundsatz und eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung beruft, fehlt eine hinreichende Auseinandersetzung mit deren Voraussetzungen. Des Weiteren geht die Beschwerdeführerin ohne nähere Erläuterungen davon aus, dass die angegriffene Regelung in ein durch Art. 14 GG geschütztes Recht am eingerichte-

ten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen habe, ohne sich damit auseinanderzusetzen, dass das Bundesverfassungsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung offengelassen hat, ob diese einfachrechtlich anerkannte Position vom Schutzzumfang des Art. 14 GG überhaupt erfasst wird (vgl. zuletzt BVerfGE 143, 246 <331 f. Rn. 240>; 155, 238 <274 Rn. 86>). Ausführungen dazu, inwiefern sie sonst in ihrer Eigentumsgarantie betroffen sein könnte, enthält die Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist jedenfalls unbegründet, soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer in Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG gewährleisteten Berufsfreiheit durch § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 IfSG a.F. geltend macht. Die Regelung griff zwar in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin ein, war jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. 17

a) Die Bestimmungen der „Bundesnotbremse“ waren formell verfassungsgemäß (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. -, Rn. 88 ff. – Bundesnotbremse II [Schulschließungen] –). 18

b) Auch in materieller Hinsicht stellt sich der Eingriff in die Berufsfreiheit als gerechtfertigt dar. Insbesondere genügte die angegriffene Regelung den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. 19

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Hinblick auf die allgemeinen Kontaktbeschränkungen des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG a.F. die Legitimität der Zwecke sowie die Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme festgestellt (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 168 ff.). Diese Einschätzung gilt auch für die hier angegriffene Beschränkung der Berufsfreiheit durch die Untersagung der Öffnung von Gaststätten. 20

Der Schutz von Gesundheit und Leben ist ein legitimer Zweck, dessen Verfolgung selbst schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen vermag (vgl. BVerfGE 7, 377 <414>; 126, 112 <140 f.>). 21

Auch an der Eignung einer Schließung von Gaststätten bestehen keine Zweifel. Dort treffen Gäste unweigerlich auf Personal und weitere Gäste. Die Schließung von Gaststätten ist insoweit eine spezifische Form der Kontaktbeschränkungen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 128; vgl. auch BTDrucks 19/28444, S. 8). 22

Desgleichen sind die Erwägungen zur Erforderlichkeit der allgemeinen Kontaktbeschränkungen auf die hier angegriffene Regelung zu übertragen. Die Beschwerdeführerin hat weder dargelegt, noch ist sonst ersichtlich, dass der Gesetzgeber seinen diesbezüglichen Beurteilungsspielraum überschritten und in unvertretbarer Weise eine gleich geeignete, aber weniger grundrechtsbelastende Maßnahme übergangen hätte. Soweit die Beschwerdeführerin auf die Einhaltung von Hygienemaßnahmen als milderer Mittel verweist, besteht die Besonderheit, dass gerade die als für den Infektionsschutz wirksam anerkannte Maßnahme des Tragens von Mund-Nase-Bedeckungen in gastronomischen Betrieben nicht durchgängig befolgt werden kann. Der Gesetzgeber durfte auch vertretbar annehmen, dass eine auf die Innengastronomie beschränkte Schließungsanordnung nicht im gleichen Umfang zur Förderung der von ihm verfolgten Zwecke geeignet gewesen wäre. Zwar ist die Wahrscheinlichkeit einer indirekten Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 über Aerosole im Freien erheblich reduziert. Ein Risiko einer direkten Infektion besteht aber nach in den Fachwissenschaften verbreiteter und vom Gesetzgeber plausibel zugrundgelegter Auffassung auch dort (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 193, 209). 23

bb) Die angegriffene Regelung war trotz ihres erheblichen Eingriffsgewichts auch angemessen. 24

(1) Dem Eingriff in die Berufsfreiheit durch die angegriffene Regelung kommt erhebliches Gewicht zu. Der Beschwerdeführerin war es mehr als drei Wochen lang verwehrt, ihren Betrieb, der auf die Vor-Ort-Bewirtung von Gästen mit Speisen und Getränken ausgerichtet ist, zu öffnen. Eine berufliche Betätigung in der von der Beschwerdeführerin gewählten Form war in dieser Zeit nicht möglich. Verstärkt wurde die Eingriffswirkung dadurch, dass die Beschwerdeführerin ihren Betrieb bereits seit November 2020 unter ähnlichen Bedingungen geschlossen halten musste (vgl. zu aneinander anknüpfenden Eingriffen BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 223). 25

Das Gewicht des Eingriffs wurde dadurch erhöht, dass dieser durch ein selbstvollziehendes Gesetz erfolgte, welches der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit beließ, von den Beschränkungen ausgenommen zu bleiben (vgl. dazu BVerfG, a.a.O., Rn. 222). Die Ausnahmetatbestände, die § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 IfSG a.F. insoweit vorsah, waren von allgemein zugänglichen Gaststätten nicht zu erfüllen. Sie erfassten ausschließlich Sonderkonstellationen wie die Bewirtung in Krankenhäusern oder von Betriebsangehörigen. 26

Gemindert wurde das Eingriffsgewicht demgegenüber durch den tatbestandlich 27  
vorgesehenen regional differenzierenden Ansatz, der auf das pandemische Ge-  
schehen am jeweiligen Ort Bezug nahm sowie darüber hinaus durch die Befristung  
der Maßnahme (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021  
- 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 226, 233). Eine gewisse Minderung des Eingriffsgewichts  
wurde zudem dadurch bewirkt, dass der Außer-Haus-Verkauf außerhalb der Nacht-  
stunden und die Auslieferung von Speisen und Getränken von der Schließungsan-  
ordnung nicht erfasst waren. Gleichwohl hatte der Eingriff ein erhebliches Ausmaß,  
da die vorrangig auf die Bewirtung an Ort und Stelle ausgerichtete Tätigkeit der  
Gaststättenbetreiber für mehrere Wochen nicht ausgeübt werden konnte.

Das Eingriffsgewicht wurde allerdings durch die für die von den Schließungen 28  
betroffenen Betriebe vorgesehenen staatlichen Hilfsprogramme gemindert. Nach-  
dem bereits vor Verabschiedung der hier angegriffenen Regelung mehrere derar-  
tige Hilfsprogramme aufgelegt worden waren, bestand während ihres Geltungszeit-  
raums insbesondere die Möglichkeit, Zahlungen aus dem Programm der sogenann-  
ten „Überbrückungshilfe III“ zu erhalten. Aus dem Programm wurden gestaffelt nach  
dem Ausmaß des individuellen Umsatzrückgangs Zuschüsse von bis zu 100 % der  
förderfähigen Fixkosten gewährt. Bei langandauernden Umsatzrückgängen von  
mehr als 50 % wurde zusätzlich ein sogenannter Eigenkapitalzuschuss gewährt  
(vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz und Bundesministerium der  
Finanzen, Überbrückungshilfe III, [www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de](http://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de)).  
Zwar ist das Grundrecht der Berufsfreiheit in erster Linie persönlichkeitsbezogen,  
konkretisiert also im Bereich der individuellen beruflichen Leistung und Existenzer-  
haltung das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (vgl. BVerfGE 110,  
226 <251> m.w.N.; stRspr). Daher kann eine finanzielle Kompensation für sich ge-  
nommen dem Bedeutungsgehalt der Berufsfreiheit nicht gerecht werden. Gleich-  
wohl vermindern Hilfsprogramme die Wahrscheinlichkeit einer existenzbedrohen-  
den Lage und unterstützten die Betroffenen darin, die ausgeübte Tätigkeit künftig  
weiterhin wirtschaftlich ausüben zu können.

(2) Dem somit gewichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit ist gegenüberzustellen, 29  
dass angesichts der Dynamik des Infektionsgeschehens im April 2021 eine beson-  
dere Dringlichkeit bestand, zum Schutz der überragend bedeutsamen Rechtsgüter  
Leben und Gesundheit sowie der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems tätig  
zu werden (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021  
- 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 229 f.). Dabei ist der grundsätzliche Ansatz, den Schutz  
dieser Gemeinwohlbelange primär durch Maßnahmen der Kontaktbeschränkung an

Kontaktorten zu erreichen – wozu auch die Schließung von Gaststätten zu zählen ist – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 230).

(3) In der geforderten Abwägung zwischen dem Eingriff in Grundrechte und entgegenstehenden Belangen auch der Beschwerdeführerin hat der Gesetzgeber einen verfassungsgemäßen Ausgleich gefunden. Angesichts dessen war die angegriffene Regelung unter den während ihres Geltungszeitraums herrschenden Bedingungen angemessen. 30

Für die Beurteilung der Angemessenheit einer in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifenden gesetzlichen Maßnahme ist nicht die Interessenlage der Einzelnen maßgebend; vielmehr ist eine generalisierende Betrachtungsweise geboten, die auf den betroffenen Wirtschaftszweig als Ganzen abstellt (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 68, 193 <219>; 70, 1 <30>). Daher vermittelt das Grundrecht insoweit auch keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Ausnahmen. 31

Hier ist der Wirtschaftszweig der Gastronomie auch insgesamt stark belastet worden. Doch sorgten die Vorschrift und die sie begleitenden staatlichen Aktivitäten für einen hinreichenden Ausgleich zwischen den verfolgten besonders bedeutsamen Gemeinwohlbelangen und den erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen. Durch die Befristung und die am jeweiligen örtlichen Pandemiegeschehen ausgerichtete Differenzierung wurde die Belastung durch die angegriffene Regelung begrenzt und bewirkt, dass die Regelung faktisch in keinem Gebiet Deutschlands die Höchstdauer von zwei Monaten erreichte (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 233). 32

Ein teilweiser Ausgleich der Belastungen wurde zudem durch die in der Regelung verankerte weiterhin bestehende Möglichkeit zum Außer-Haus-Verkauf und der Lieferung von Speisen und Getränken geschaffen. Zwar führte dies nicht dazu, dass Gaststättenbetreiber weiterhin ihrer beruflichen Tätigkeit als solcher hätten nachgehen können. Doch konnten sie jedenfalls einen grundsätzlich bedeutenden Teil ihrer Tätigkeit – die Zubereitung von Speisen und Getränken und deren Verkauf – weiterhin ausüben. Auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Schließungsanordnung wurden zumindest begrenzt. 33

Darüber hinaus wurden die wirtschaftlichen Auswirkungen der angegriffenen Regelung auf die Möglichkeit der Betroffenen, auch künftig der von ihnen ausgeübten beruflichen Tätigkeit nachgehen zu können, durch die von der Bundesregierung 34

aufgelegten Hilfsprogramme, insbesondere die „Überbrückungshilfe III“ einschließlich des Eigenkapitalzuschusses, gedämpft. Zwar waren diese nicht mit einem gesetzlich geregelten Anspruch der Betroffenen verknüpft. Jedoch führten die auf ihrer Grundlage bewirkten Zahlungen tatsächlich zu einer Minderung der Belastungswirkung, welche vom Gesetzgeber in seine Überlegungen zur Gestaltung der Maßnahme einbezogen und von ihm vorausgesetzt wurde (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 13).

Die vorübergehende Schließung der Gaststätten war daher als Maßnahme zur 35  
Pandemiebekämpfung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat  
den ihm zustehenden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum insoweit nicht  
überschritten.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 36

Baer

Ott

Radtke