

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

1. der (...) GmbH,
vertreten durch: (...),
2. der (...) GmbH,
vertreten durch: (...),
3. des Herrn (...),

- Bevollmächtigte: (...) -

- gegen
1. entschädigungslose und in der Folge existenzbedrohende Beschränkungen insbesondere aus §§ 28, 28a und 28b des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung vom 18. November 2020 Bundesgesetzblatt I Seite 2397 (Nr. 52) sowie untergesetzliche Normen und weitere Maßnahmen des Bundes und der Bundesländer auf der Grundlage der §§ 28, 28a, 28b und 32 Infektionsschutzgesetz im Zusammenhang mit der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wegen der Verbreitung des Severe-Acute-Respiratory-Syndrome-Coronavirus-2 (SARS-CoV-2 auch Corona-Pandemie bzw. Coronavirus genannt),
 2. den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 13. April 2021 - 20 NE 21.848 -,
 3. die derzeit laufenden staatlichen Hilfsprogramme, wie die Überbrückungshilfe III, im Zusammenhang mit den Corona-Einschränkungen,
 4. die Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung aufgrund der staatlichen existenzgefährdenden Eingriffe ohne angemessene und ungleich verteilte Entschädigungen,
 5. Beschränkungen aus §§ 28, 28a und 28b des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung vom 18. November 2020 Bundesgesetzblatt I Seite 2397 (Nr. 52), soweit sie auch Geimpfte und Genesene betreffen

und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Paulus,

Christ

und die Richterin Härtel

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)
am 10. Februar 2022 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos (§ 40 Abs. 3 GOBVerfG).

G r ü n d e :

I.

Die Beschwerdeführerin zu 1) ist die Muttergesellschaft einer Hotel-Unternehmensgruppe mit insgesamt 58 Hotels in Deutschland, die als Eigen- oder Franchisebetriebe sowie auf Grundlage eines Betriebsmanagementvertrags betrieben werden. Darüber befindet sich noch eine Konzernobergesellschaft. Die Beschwerdeführerin zu 2) ist eine Hotelbetriebgesellschaft in der Unternehmensgruppe. Die meisten der Hotels der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerinnen verfügen auch über Restaurants, Bars, Sport- und Wellnessbereiche. Der Beschwerdeführer zu 3) hat eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin zu 1) übernommen.

1

Die Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) machen geltend, durch die COVID-19-Pandemie und den erlassenen Beherbergungs-, Gastronomie- und Veranstaltungseinschränkungen ihrer Betriebe wirtschaftlich in ihrer Existenz bedroht zu sein.

2

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführenden mit der Rüge einer Verletzung in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG gegen § 28a Abs. 1 Nr. 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14 und 17 und bei sachgerechter Auslegung auch gegen § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 in der bis zum 30. Juni 2021 anwendbaren Fassung des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG), soweit Geimpfte und Genesene hiervon erfasst werden und keine Entschädigungen der Beschwerdeführenden für die Beschränkungen erhalten. Weiter wenden sich die Beschwerdeführenden gegen eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofs, die einen gegen § 5, § 11 Abs. 5, § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1 sowie § 15 Abs. 1 der aufgrund des § 32 Satz 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1, § 28a IfSG erlassenen Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (12. BayIfS-

3

MV) vom 5. März 2020 gerichteten Eilantrag der Beschwerdeführerin zu 2) abwies. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich zudem gegen die in § 15a der Insolvenzordnung (InsO) normierte und bis zum 30. April 2021 auch zunächst gemäß § 1 des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes (COVInsAG) ausgesetzte Insolvenzantragspflicht, soweit die Insolvenzgründe auf der Pandemie beruhen.

Die Beschwerdeführenden bringen vor, die im Zuge der Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie angeordneten Betriebsschließungen griffen intensiv in die Berufsfreiheit der Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. In Gestalt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigten länger andauernde Betriebsschließungen zudem die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsfreiheit. Von Hotelbetrieben, aber auch von Reisen zu touristischen Zwecken gehe – anders als vom Einzelhandel und körpernahen Dienstleistungen – generell ein sehr geringes Risiko aus. Verfassungsrechtlich bestehe aufgrund der Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG eine Ausgleichspflicht für den Gesetzgeber.

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, ihr Unternehmensverbund werde gleichheitswidrig durch die in den Förderprogrammen der staatlichen Hilfsmaßnahmen vorgesehenen absoluten Obergrenzen gegenüber kleineren und mittleren Unternehmen benachteiligt, die ihre nicht gedeckten Kosten nahezu vollständig erlangen könnten, während sie einer Existenzgefährdung ausgesetzt seien. Die gewährten Hilfen würden nicht proportional zum Schaden zugewiesen, sondern nähmen unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG degressiv zur Unternehmensgröße ab. Dies ließe sich auch beihilferechtlich nicht rechtfertigen, insbesondere habe es der Bundesregierung obliegen, Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 Buchstabe b AEUV zu beantragen.

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG zur Entscheidung anzunehmen. Sie hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, da sie unzulässig ist (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>).

1. Dem Beschwerdeführer zu 3) mangelt es bereits an der Beschwerdebefugnis. Dieser ist als Bürge für Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin zu 1) durch keine der angegriffenen Hoheitsakte selbst betroffen. Die Selbstbetroffenheit setzt eine rechtliche Betroffenheit voraus; eine nur faktische Beeinträchtigung im Sinne einer Reflexwirkung genügt nicht (vgl. BVerfGE 108, 370 <384> m.w.N.).

2. Soweit sich die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) unmittelbar gegen die Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes wendet, ist sie unzulässig, da sie eine Verletzung in ihren Grundrechten durch die angegriffenen Vorschriften entgegen der sich aus § 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG ergebenden Begründungsanforderungen nicht schlüssig aufzeigt (a) und darüber hinaus dem Gebot der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität nicht genügt (b).

a) Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG ist zur Begründung der Verfassungsbeschwerde das angeblich verletzte Recht zu bezeichnen und der seine Verletzung enthaltende Vorgang substantiiert darzulegen (vgl. BVerfGE 9, 109 <114 f.>; 81, 208 <214>; 99, 84 <87>). Die Verfassungsbeschwerde muss sich mit dem zugrundeliegenden einfachen Recht sowie mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung des vorgetragenen Sachverhalts auseinandersetzen (vgl. BVerfGE 89, 155 <171>; 101, 331 <345 f.>). Die Beschwerdeführenden müssen darlegen, mit welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die angegriffene Maßnahme kollidiert; sie müssen das Grundrecht in Bezug zu dem Lebenssachverhalt setzen und die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung verdeutlichen (vgl. BVerfGE 79, 203 <209>; 108, 370 <386 f.>; 120, 274 <298>). Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung, bedarf es einer ins Einzelne gehenden argumentativen Auseinandersetzung mit ihr. Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen eine gesetzliche Vorschrift, muss der Beschwerdeführer ausreichend substantiiert geltend machen, durch die angegriffene Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt zu sein (vgl. BVerfGE 40, 141 <156>; 60, 360 <370>; 72, 39 <43>; 79, 1 <13>; stRspr).

9

Danach zeigt die Verfassungsbeschwerde eine Verletzung der Beschwerdeführerinnen in ihren Grundrechten nicht ausreichend auf.

10

aa) Soweit sie eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG rügt, lässt die Verfassungsbeschwerde eine hinreichende Darlegung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe vermissen. Dabei fehlen substantiierte Ausführungen insbesondere zu der Frage, inwieweit die Beschränkungen des Hotelbetriebs der Beschwerdeführenden in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen. Insbesondere gilt dies für die Frage, ob das im Fachrecht als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB anerkannte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 GG genießt (vgl. BVerfGE 143, 246 <331 f. Rn. 240> m.w.N.; 155, 238 <274 Rn. 86>). Das Bundesverfassungsgericht hat bei einer Regelung im Bundesseuchengesetz bisher offengelassen, ob längerfristige und existenzgefährdende Maßnahmen möglicherweise das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG berühren (vgl. BVerfGE 57, 107 <117>).

11

bb) Das Beschwerdevorbringen zeigt eine Verletzung der Berufsfreiheit ebenfalls nicht schlüssig auf. Insbesondere legen die Beschwerdeführerinnen zu 1) und 2) nicht dar, dass die angegriffenen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes oder ihre Anwendung auf geimpfte und genesene Personen unverhältnismäßig sind.

12

Die Beschwerdeführerinnen setzen sich bereits nicht hinreichend substantiiert mit dem Gesetzeszweck der allgemeinen Kontaktreduzierung und den mit einer touristischen Beherbergung verbundenen Risiken nach den Handlungsempfehlungen des Robert Koch-Instituts (RKI) auseinander (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 167 – Bundesnotbremse I; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 2021 - 1 BvR 928/21 -, Rn. 167 – Bundesnotbremse II).

13

Rn. 19 ff.). Insbesondere geht die Verfassungsbeschwerde nicht auf die Bedeutung des Hotelbetriebs für die allgemeine Kontaktreduzierung in der Gesamtkonzeption des Gesetzgebers unter Berücksichtigung dessen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums ein (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 290 – Bundesnotbremse I).

Auch soweit die Verfassungsbeschwerde rügt, die angegriffenen Regelungen seien unverhältnismäßig, soweit sich diese auf vollständig geimpfte oder genesene Personen beziehen, sind die gesetzlichen Begründungserfordernisse nicht erfüllt. Es hielt sich im gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum, einen von vornherein vorgesehenen Ausschluss geimpfter und genesener Personen von den Beschränkungen nicht als milderer aber gleich effektives Mittel zu betrachten. Bei Verabschiedung der angegriffenen Regelungen bestand noch Unklarheit zur Immunitätsdauer und der Wahrscheinlichkeit einer erneuten Infektion auch geimpfter oder genesener Personen. Zudem hat der Gesetzgeber mit § 28c IfSG dafür Sorge getragen, dass er auf neue Erkenntnisse reagieren konnte (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 u.a. -, Rn. 211 – Bundesnotbremse I). Auf entsprechende Erkenntnisse reagierte die Bundesregierung schließlich zeitnah mit der am 8. Mai 2021 erlassenen Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (SchAusnahmV; BAnZ AT 08.05.2021 V1).

14

Mit dem jeweiligen Wissens- und Prognosestand setzt sich die Verfassungsbeschwerde ebensowenig auseinander wie damit, inwieweit von der in § 11 Satz 1 SchAusnahmV vorgesehenen Möglichkeit, Erleichterungen und Ausnahmen für geimpfte und genesene Personen vorzusehen, in der Folge Gebrauch gemacht wurde. Ebenso fehlt eine Auseinandersetzung mit der Beschränkung von Übernachtungsangeboten zur Reduzierung von physischen Kontakten (vgl. BTDrucks 19/23944, S. 32 f.).

15

cc) Die Verfassungsbeschwerde legt auch nicht hinreichend dar, inwiefern das Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein soll. Dafür muss plausibel dargelegt werden, wer in Bezug auf wen in welcher Weise benachteiligt wird. Die Verfassungsbeschwerde muss erkennen lassen, worin konkret ein individueller Nachteil liegt. Richtet sich der Angriff gegen eine Regelung, muss vorgetragen werden, zwischen welchen konkreten Vergleichsgruppen eine auch individuell nachteilig wirkende Ungleichbehandlung bestehen soll. Dabei ist auch auf naheliegende Gründe für und gegen die angegriffene Differenzierung einzugehen (vgl. BVerfGE 131, 66 <82 f. >).

16

Bei ihrem Vergleich zwischen Inlandsreisen und Reisen nach Mallorca setzen sich die Beschwerdeführerinnen schon nicht näher mit dem zugrundeliegenden Sachverhalt auseinander. Soweit sie eine Ungleichbehandlung gegenüber den Erleichterungen aus der Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung geltend machen, werden aus der Verfassungsbeschwerde bereits die konkreten Vergleichsgruppen nicht deut-

17

lich. Insbesondere aber setzen sie sich nicht mit naheliegenden Gründen für eine Differenzierung auseinander.

dd) Die Rüge, die Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung aufgrund der staatlichen existenzgefährdenden Eingriffe verletze ohne angemessene und ungleich verteilte Entschädigungen die Grundrechte der Beschwerdeführerinnen aus Art. 12 und Art. 3 GG, genügt den gesetzlichen Begründungserfordernissen ebenfalls nicht. Es fehlt bereits an der erforderlichen sachhaltigen Auseinandersetzung mit der in § 15a InsO normierten Insolvenzantragspflicht und deren Zweck, den Rechtsverkehr vor insolventen Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu schützen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 - II ZR 390/03 -, NZI 2006, 58 <60> m.w.N.).

18

Die Verfassungsbeschwerde geht auch nicht darauf ein, inwieweit die Insolvenzantragspflicht überhaupt in den Schutzbereich der Grundrechte der juristischen Person selbst eingreift (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04 -, NZI 2005, S. 547 <549> m.w.N.). Die Verfassungsbeschwerde setzt sich im Rahmen der Grundrechtsabwägung auch nicht mit Gläubigerinteressen auseinander. Sie geht insbesondere nicht auf §§ 4 f. COVInsAG ein, die bis Ende 2021 die Insolvenzgründe als auch das Insolvenzverfahren zu Gunsten pandemiebedingt insolvenzreifer Unternehmen abmildernd ausgestalteten. Schließlich begründet die Verfassungsbeschwerde nicht, warum der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 143, 246 <395 Rn. 404 f.>) auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht reduziert sein sollte.

19

b) Die Verfassungsbeschwerde wird darüber hinaus auch dem aus § 90 Abs. 2 BVerfGG folgenden Grundsatz der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht gerecht.

20

aa) Auch vor der Erhebung von Rechtssatzverfassungsbeschwerden sind nach dem Grundsatz der Subsidiarität grundsätzlich alle Mittel zu ergreifen, die der geltend gemachten Grundrechtsverletzung abhelfen können (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 Rn. 41>). Unmittelbar gegen Gesetze steht der fachgerichtliche Rechtsweg in der Regel nicht offen. Die Anforderungen der Subsidiarität beschränken sich jedoch nicht darauf, nur die zur Erreichung des unmittelbaren Prozessziels förmlich eröffneten Rechtsmittel zu ergreifen, sondern verlangen, alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Damit soll erreicht werden, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen treffen muss, sondern zunächst die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts primär zuständigen Fachgerichte die Sach- und Rechtslage vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts aufgearbeitet haben. Auch soll das Bundesverfassungsgericht nicht Aussagen über den Inhalt einer einfachgesetzlichen Regelung treffen müssen, solange sich hierzu noch keine gefestigte Rechtsprechung der Fachgerichte entwickelt hat. Entscheidend ist, ob die fachgerichtliche Klärung erforderlich ist, um zu vermei-

21

den, dass das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidungen auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage trifft. Ein solcher Fall wird regelmäßig dann gegeben sein, wenn die angegriffenen Vorschriften auslegungsbedürftige und -fähige Rechtsbegriffe enthalten, von deren Auslegung und Anwendung es maßgeblich abhängt, inwieweit Beschwerdeführende durch die angegriffenen Vorschriften tatsächlich und rechtlich beschwert sind (vgl. BVerfGE 145, 20 <54 f. Rn. 86>; 150, 309 <326 f. Rn. 44> m.w.N.; stRspr).

Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz, kann gegebenenfalls die Erhebung einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage zu den zuvor zu ergreifenden Rechtsbehelfen gehören. Das ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Vorschriften abschließend gefasst sind und die fachgerichtliche Prüfung für den Beschwerdeführer günstigstenfalls dazu führen kann, dass das angegriffene Gesetz gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wird (vgl. BVerfGE 150, 309 <326 f. Rn. 41 f., 44>). Dabei ist allerdings die Anrufung der Fachgerichte nicht schon dann als von vornherein aussichtslos anzusehen, wenn Rechtsprechung zugunsten der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs für die gegebene Fallgestaltung noch nicht vorliegt (vgl. BVerfGE 145, 20 <54 Rn. 85>).

bb) Die Beschwerdeführerinnen waren danach gehalten, zunächst fachgerichtlichen Rechtsschutz in der Hauptsache gegen die auf Grundlage des § 28a IfSG erlassenen Vorschriften der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmen-verordnung zu suchen.

(1) Die Verweisung auf eine vorrangige Erschöpfung des Normenkontrollverfahrens in der Hauptsache ist nicht deshalb unzumutbar, weil in diesem Verfahren keine Klärung der Vereinbarkeit der angegriffenen Normen mit den Grundrechten zu erwarten ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch nach dem zwischenzeitlichen Außerkrafttreten der von vornherein nur auf eine kurze Geltungsdauer ausgerichteten Normen eine nachträgliche Klärung erfolgen wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits entschieden, dass ein Normenkontrollantrag auch gegen eine bereits aufgehobene Rechtsnorm zulässig sein kann, wenn während des Normenkontrollverfahrens eine auf kurzfristige Geltung angelegte Norm etwa wegen Zeitablaufs außer Kraft getreten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Juni 2001 - 6 CN 1.01 -, juris, Rn. 10).

Die in den sogenannten „Corona-Verordnungen“ enthaltenen Verbote und Gebote sind gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie typischerweise auf kurze Geltung angelegt sind mit der Folge, dass sie regelmäßig außer Kraft treten, bevor ihre Rechtmäßigkeit in Verfahren der Hauptsache abschließend gerichtlich geklärt werden kann. Es kommt hinzu, dass die Ge- und Verbote die grundrechtliche Freiheit häufig schwerwiegend beeinträchtigen. Da sie – wie hier das Verbot touristischer Beherbergung – zudem in der Regel keines Verwaltungsvollzugs bedürfen, liegt eine nachträgliche Klärung ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nahe (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Juni 2020 - 1 BvR 990/20 -, Rn. 8; Beschluss der 2. Kammer

des Ersten Senats vom 15. Juli 2020 - 1 BvR 1630/20 -, Rn. 9).

(2) Die Beschwerdeführerinnen können aus der angegriffenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO, in der die angegriffene Regelung nach summarischer Prüfung nicht außer Kraft gesetzt wurde, auch nicht herleiten, dass ein Normenkontrollverfahren in der Hauptsache offensichtlich aussichtslos wäre (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11. Januar 2021 - 1 BvR 2582/20 -, Rn. 8 m.w.N.). Denn die Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich der Überprüfung von Verboten in den Corona-Verordnungen der Länder auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten selbst dann gegenüber dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 VwGO subsidiär, wenn einstweiliger Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO nicht nur summarisch, sondern nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage abgelehnt wurde. Auch dann ist es möglich, dass das Gericht im Hauptsacheverfahren zu einem anderen Ergebnis gelangt, zumal zur Rechtmäßigkeit der verschiedenen Corona-Verbote noch keine gefestigte obergerichtliche oder höchstgerichtliche Rechtsprechung besteht. Jedenfalls ist nicht ausgeschlossen, dass die Vereinbarkeit der Verbote mit den Grundrechten des Grundgesetzes noch in einem Revisionsverfahren überprüft wird (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Juni 2020 - 1 BvR 990/20 -, Rn. 9).

26

In der angegriffenen Entscheidung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auch den Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO nur teilweise als unzulässig und im Übrigen nach summarischer Prüfung nur hinsichtlich § 13 Abs. 1 der 12. BayIfSMV als voraussichtlich unbegründet zurückgewiesen, die Erfolgsaussichten in der Hauptsache hinsichtlich § 14 Abs. 1 Satz 2 12. BayIfSMV hingegen als offen bezeichnet.

27

cc) Der Verfassungsbeschwerde steht auch insoweit der Grundsatz der Subsidiarität entgegen, als geltend gemacht wird, die angegriffenen Regelungen der § 28a, § 28b IfSG seien mit dem Grundgesetz insoweit unvereinbar, als sie die Beschränkungen entschädigungslos anordneten.

28

Ist Rechtsschutzziel der Verfassungsbeschwerde die Feststellung, dass der Gesetzgeber gehalten ist, zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eine Entschädigung vorzusehen, bedarf es grundsätzlich der Klärung, inwieweit das Infektionsschutzgesetz so ausgelegt werden kann, dass es Entschädigungsansprüche bereits enthält (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. März 2012 - 1 BvR 3023/11 -, Rn. 15; in dem Sinne auch zu § 28a IfSG bereits BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 28. Dezember 2020 - 1 BvR 2692/20 -, Rn. 10).

29

(1) Aus dem Wortlaut der §§ 56, 65 IfSG folgt nicht ausdrücklich, dass hiervon auch die Beschränkungen aufgrund §§ 28a, 28b IfSG erfasst sind. Ob und in welchen hiervon erfassten Fallkonstellationen eine unmittelbare Anwendung der §§ 56, 65 IfSG – gegebenenfalls bei verfassungskonformer Auslegung – möglich ist, ist indes noch nicht höchststrichterlich abschließend geklärt und Gegenstand laufender fachgerichtli-

30

cher Verfahren (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 1. Juni 2021 - 2 U 13/21 -, juris, Rn. 27 ff., die zugelassene Revision ist beim Bundesgerichtshof unter dem Az. III ZR 79/21 anhängig). Daher ist vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde auch eine fachgerichtliche Klärung geboten, ob den Beschwerdeführenden Entschädigungsansprüche zustehen (vgl. bereits BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 28. Dezember 2020 - 1 BvR 2692/20 -, Rn. 10).

Inzident wäre die im Rahmen der Normenkontrolle gegen eine auf § 28a IfSG gestützte Corona-Verordnung gemäß § 47 VwGO oder auf dem auf Entschädigung gerichteten Fachrechtsweg zu erlangende Klärung zudem auch zum Umfang der wirtschaftlichen Auswirkungen der Grundrechtseingriffe unter Berücksichtigung zu erlangender Kompensation möglich – wie sie sich etwa auch mit Blick auf den Umfang der staatlichen Hilfen stellt. Derartige Sekundäransprüche können zwar nicht die Integrität der betroffenen grundrechtlich geschützten Interessen sicherstellen, die Eingriffsintensität jedoch mindern (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18. November 2020 - 2 BvR 477/17 -, Rn. 25). Auch in der fachgerichtlichen Rechtsprechung zu den Corona-Verordnungen haben die staatlichen Hilfen bei der Frage der Verhältnismäßigkeit der Verordnungen eine Rolle gespielt (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 22. März 2021 - 1 S 649/21 -, juris, Rn. 82).

31

(2) Hinsichtlich der auf § 28a IfSG gestützten Verordnungen könnten inzident dann auch die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Einwände geltend gemacht werden. Erforderlichenfalls können Fachgerichte gemäß Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen. Dabei wäre es den Fachgerichten insbesondere auch möglich, das Verfahren unter dem Aspekt des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses vorzulegen, etwa wenn Unternehmen durch die bestehenden infektionsschutzrechtlichen Entschädigungsansprüche gleichheitswidrig benachteiligt würden (vgl. Shirvani, NVwZ 2020, S. 1457 <1462> mit Bezug auf BVerfGE 74, 182 <195>; 121, 108 <115 f. >; vgl. auch zu Entschädigungsregelungen des Bundesseuchengesetzes BVerfGE 57, 107 <111>) und eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich wäre.

32

(3) Dieser fachgerichtliche Rechtsweg ist nicht erschöpft. Soweit die Beschwerdeführerinnen weiter vorbringen, all ihre zivilrechtlichen Klagen seien abgewiesen worden, tragen sie weder zu den Verfahren noch zur jeweiligen landesrechtlichen Regelung vor.

33

3. Die Verfassungsbeschwerde ist auch unzulässig, soweit sie sich gegen die Versagung des Eilrechtsschutzes durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof wendet. Der formelle Rechtsweg ist zwar erschöpft. Den verfassungsrechtlichen Einwänden steht jedoch der Grundsatz der materiellen Subsidiarität entgegen.

34

Bei Verfassungsbeschwerden, die sich gegen Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren richten, gebietet der Grundsatz der materiellen Subsidiarität regelmäßig die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache, wenn Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen (vgl. BVerfGE 77,

35

381 <401>; 79, 275 <278 f.>; 86, 15 <22 f.>; stRspr). Anders liegt es, wenn der Beschwerdeführer eine Rechtsverletzung geltend macht, die das Fachgericht gerade durch die Art und Weise der Bearbeitung seines Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes verursacht hat, beispielsweise weil es den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 12. März 2019 - 1 BvR 2721/16 -, Rn. 16). Ansonsten scheidet die Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsweg nur dann aus, wenn die Durchführung des Hauptsacheverfahrens unzumutbar ist, wenn der Hauptsache-rechtsbehelf in der Fachgerichtsbarkeit von vornherein aussichtslos ist oder die tatsächliche oder einfachrechtliche Lage zur verfassungsrechtlichen Beurteilung ausreichend geklärt ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung abgesehen werden kann (vgl. BVerfGE 77, 381 <401 f.>; 78, 290 <301 f.>; 79, 275 <278 f.>; 104, 65 <70 f.>).

Die Grundrechtsrügen beziehen sich bereits überwiegend auf die Hauptsache, soweit die Beschwerdeführerinnen ihre Grundrechte dadurch verletzt sehen, dass die Corona-Beschränkungen für rechtmäßig erkannt wurden, ohne dass eine angemessene Entschädigung gesichert wäre. Zwar machen die Beschwerdeführenden in der Sache eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG geltend, da der Bayerische Verwaltungsgerichtshof Vortrag übergangen beziehungsweise verkannt habe. Allerdings wäre hierfür zunächst eine Anhörungsrüge zu erheben gewesen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. April 2005 - 1 BvR 644/05 -, Rn. 9).

36

4. Auch soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, die betragsmäßige Obergrenze der staatlichen Hilfsprogramme benachteilige sie als großen Unternehmensverbund in Ansehung der Höhe ihrer monatlichen Verluste gleichheitswidrig gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen, die einen prozentual höheren Ausgleich ihrer Verluste erzielen könnten, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil der Rechtsweg nicht erschöpft ist.

37

a) Ob die gesetzlich normierten Entschädigungsregelungen für Maßnahmen aufgrund des Infektionsschutzgesetzes nur eine Billigkeitsregelung darstellen oder eine Entschädigung oder ein Ausgleich geboten ist, hat das Bundesverfassungsgericht bislang offengelassen (vgl. BVerfGE 57, 107 <117>). Ergreift der Normgeber Maßnahmen, um die wirtschaftlichen Auswirkungen von Gesundheitsschutzmaßnahmen zu kompensieren, dürfen diese jedenfalls einzelne Adressaten nicht gleichheitswidrig benachteiligen (vgl. BVerfGE 121, 317 <370>).

38

Die Beschwerdeführenden setzen sich mit diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben bereits nicht hinreichend auseinander und zeigen bereits nicht substantiiert auf, inwieweit naheliegende Gründe für eine Differenzierung bestehen können (vgl. BVerfGE 131, 66 <82>). Insbesondere gehen sie nicht auf die Hilfen aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds ein, die sich nur an größere Unternehmen richten.

39

Schließlich legen sie die wirtschaftlichen Vorteile nicht dar, die ein Unternehmensverbund bietet, dem entsprechend auch die Tragung eines wirtschaftlichen Nachteils infolge der pandemiebedingten Beschränkungen weitergehend zuzumuten sein könnte.

b) Die Beschreitung des Rechtswegs wäre den Beschwerdeführerinnen nicht wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit unzumutbar (vgl. BVerfGE 134, 106 <115 Rn. 28> m.w.N.). 40

Die Beschwerdeführenden haben bereits nicht dargetan, Leistungen aus den staatlichen Hilfsprogrammen in weitergehender Höhe beantragt zu haben. Ob gegebenenfalls verfassungsrechtlich unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und des im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten Gebots des Vertrauensschutzes ein Anspruch auf weitergehende Hilfen in Ansehung der Fördervorgaben und der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel besteht, bedarf zunächst fachgerichtlicher Klärung. Die Fachgerichte können selbst inzident darüber entscheiden, ob eine staatliche Förderungen gewährende Richtlinie mit dem Verfassungsrecht vereinbar ist (vgl. BVerfGE 12, 180 <199>). 41

c) Auch das Unionsrecht macht ein solches Vorgehen nicht aussichtslos. Zwar ist der Subventionsgeber an das aus Art. 107 Abs. 1 AEUV folgende Verbot staatlicher Beihilfen und das für tatbestandliche Beihilfen geltende Notifizierungserfordernis gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV gebunden (vgl. BVerfGE 155, 378 <397 Rn. 40>). Die Beschwerdeführerinnen nehmen indes den Rechtsstandpunkt ein, bei staatlichen Hilfen, welche die durch Maßnahmen nach §§ 28a, 28b IFSG bewirkten Auswirkungen ausgleichen, handele es sich um Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 2 Buchstabe b AEUV zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden und ohne Ermessen der Europäischen Kommission zu genehmigen seien. Diesbezüglich geht die Kommission in Ziffer 15 des „Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19“ davon aus, dass die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 107 Abs. 2 Buchstabe b AEUV Unternehmen in besonders stark betroffenen Sektoren – beispielhaft genannt werden unter anderem Tourismus und Gastgewerbe – für Verluste entschädigen können, die diesen infolge der Pandemie entstanden oder unmittelbar auf ihren Ausbruch zurückzuführen sind. Eine höhere Gewährung von Zuwendungen erscheint daher nicht von vornherein beihilferechtlich ausgeschlossen. 42

5. Mit der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenstandslos (§ 40 Abs. 3 GOBVerfG). 43

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. 44

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

45

Paulus

Christ

Härtel

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom
10. Februar 2022 - 1 BvR 1073/21**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 - 1 BvR 1073/21 - Rn. (1 - 45), http://www.bverfg.de/e/rk20220210_1bvr107321.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2022:rk20220210.1bvr107321