



P.St. 2861 e.A.

Staatsgerichtshof des Landes Hessen

Beschluss

In dem Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 26a der von der Hessischen Landesregierung erlassenen Verordnung zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV 2 (Coronavirus-Schutzverordnung - Co-SchuV -) vom 22. Juni 2021 (GVBl. S. 282) in der Fassung der Fünften Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung vom 11. Oktober 2021 (GVBl. S. 642)

auf den Antrag

der Mitglieder des Hessischen Landtags

1. A.,
2. B.,
3. C.,
4. D.,
5. E.,
6. F.,
7. G.,
8. H.,
9. I.,
10. J.,

11.K.,
12.L.,
13.M.,
14.N.,
15.O.,
16.P.,

alle: Hessischer Landtag, Schlossplatz 1-3, 65183 Wiesbaden,

Antragsteller,

- Verfahrensbevollmächtigter: Prof. Dr. Michael Elicker, Saarbrücken -

an dem sich beteiligt haben:

1. die Hessische Landesregierung, vertreten durch den Hessischen Ministerpräsidenten, Staatskanzlei, Georg-August-Zinn-Straße 1, 65183 Wiesbaden,

2. die Landesadvokatur bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Luisenstraße 9-11, 65185 Wiesbaden,

hier: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat der Staatsgerichtshof des Landes Hessen

in seiner Sitzung vom 26. Januar 2022

gemäß § 26 Abs. 1 bis 3 StGHG einstimmig beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird als unzulässig zurückgewiesen.

Gerichtskosten werden nicht erhoben, außergerichtliche Kosten nicht erstattet.

A

Die Antragsteller haben mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz die vorläufige Außervollzugsetzung von § 26a der von der Hessischen Landesregierung erlassenen Verordnung zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV 2 (Coronavirus-Schutzverordnung - CoSchuV -) vom 22. Juni 2021 (GVBl. S. 282) in der Fassung der Fünften Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung vom 11. Oktober 2021 (GVBl. S. 642) beantragt. Die angegriffene Bestimmung enthielt eine Regelung im Sinne eines sog. 2G-Optionsmodells. § 26a CoSchuV wurde nach Eingang des Antrags bei dem Staatsgerichtshof am 22. Oktober 2021 zum 6. November 2021 und zum 11. November 2021 geändert und schließlich mit Wirkung vom 25. November 2021 vollständig aufgehoben. Die Antragsteller halten auch nach einem entsprechenden Hinweis des Staatsgerichtshofes an ihrem Eilantrag fest.

I.

1. Am 22. Juni 2021 beschloss die Hessische Landesregierung die Verordnung zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV 2 (Coronavirus-Schutzverordnung - CoSchuV -), die die hessische Corona-Einrichtungsschutzverordnung sowie die hessische Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung - CoKoBeV - vom 26. November 2020 (GVBl. S. 826, 832 bzw. 837), jeweils zuletzt geändert durch Verordnung vom 26. Mai 2021 (GVBl. S. 272), ersetzte. Vor dem Hintergrund der zum damaligen Zeitpunkt eingetretenen Entspannung des Pandemiegeschehens enthielt die Coronavirus-Schutzverordnung differenzierende Regelungen für den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen. Einschränkungen des Zugangs bestanden insbesondere in Form von Pflichten zum Tragen einer Maske, zur Führung eines sog. Negativnachweises vor Einlass, zur Kontaktdatenerfassung, von Kapazitätsbegrenzungen sowie aufzustellenden Abstands- und Hygienekonzepten.

2. In der Folge wurde die Coronavirus-Schutzverordnung immer wieder geändert. Mit der Dritten Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung - 3. ÄndV-CoSchuV - vom 13. September 2021 (GVBl. S. 571) wurde § 26a in die Verordnung

eingefügt. Zu diesem Zeitpunkt galt in Hessen grundsätzlich – mit Ausnahmen im Einzelnen – das sog. 3G-Zugangsmodell (Zugang zu öffentlichen Einrichtungen und Veranstaltungen für Geimpfte, Genesene und Getestete). § 26a CoSchuV sah vor diesem Hintergrund vor, dass im Falle der freiwilligen Beschränkung des Zugangs zu Veranstaltungen und Angeboten nach § 16 Abs. 1 und 4, den §§ 17 bis 20 sowie §§ 22 bis 26 CoSchuV – d. h. für Veranstaltungen und den Kulturbetrieb (§ 16), Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften, Trauerfeierlichkeiten und Bestattungen (§ 17), Freizeiteinrichtungen (§ 18), Schlösser, Museen, Galerien und Gedenkstätten (§ 19), Sportstätten (§ 20), Gaststätten (§ 22), Übernachtungsbetriebe (§ 23), Tanzlokale, Clubs, Diskotheken (§ 24), Dienstleistungen (§ 25) und Prostitutionsstätten und ähnliche Einrichtungen (§ 26) – ausschließlich auf Personen mit Negativnachweis nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (Geimpfte) oder Nr. 2 (Genesene) und Kinder unter zwölf Jahren mit Negativnachweis nach § 3 (sog. 2G-Zugangsmodell) die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske nach § 2 Abs. 1 Satz 1 CoSchuV, die Pflicht zur Erstellung und Beachtung eines Abstands- und Hygienekonzepts nach § 5 CoSchuV sowie Kapazitätsbegrenzungen entfielen. Die Entscheidung über die Anwendung des 2G-Modells war den Betreibern als eine Option überlassen (2G-Optionsmodell).

3. Mit der Fünften Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung - 5. ÄndV-CoSchuV - vom 11. Oktober 2021 (GVBl. S. 642) wurde der Anwendungsbereich des § 26a CoSchuV auf § 21 CoSchuV und damit auf Verkaufsstätten und ähnliche Einrichtungen erweitert.

§ 26a CoSchuV in der von den Antragstellern angegriffenen Fassung der 5. ÄndV-CoSchuV vom 11. Oktober 2021 lautete:

§ 26a

Option für den Zugang ausschließlich für Geimpfte und Genesene

Sind bei Veranstaltungen und Angeboten nach § 16 Abs. 1 und 4, den §§ 17 bis 26 ausschließlich Personen mit Negativnachweis nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 und Kinder unter zwölf Jahren mit Negativnachweis nach § 3 zugegen, entfallen die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske nach § 2 Abs. 1 Satz 1, die Notwendigkeit eines Abstands- und Hygienekonzepts nach § 5 sowie Kapazitätsbegrenzungen (2G-Zugangsmodell). Die Veranstalterin oder der Veranstalter oder die Betreiberin oder der Betreiber haben sicherzustellen, dass nur nach Satz 1 berechnete Personen eingelassen werden und dass auf den Ausschluss anderer Personen durch gut sichtbare Aushänge hingewiesen wird.

Gemäß § 28 Nr. 23 CoSchuV handelte ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG -), wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 26a Satz 2 CoSchuV nicht berechnigte Personen einließ oder die gebotenen Ausgänge unterließ.

4. Nach Antragseingang erfuhr § 26a CoSchuV zunächst weitere Änderungen durch die Sechste Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung vom 5. November 2021 (GVBl. S. 678) und die Siebte Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Schutzverordnung vom 9. November 2021 (GVBl. S. 690).

Als Artikel 1 der Verordnung zur Anpassung der Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 24. November 2021 (GVBl. S. 742) verkündete die Landesregierung mit Wirkung zum 25. November 2021 eine insgesamt neue Fassung der Coronavirus-Schutzverordnung. Hierbei wurde § 26a CoSchuV und das in diesem geregelte 2G-Optionsmodell aufgehoben und der Zugang zu Freizeitveranstaltungen und -einrichtungen, Kulturveranstaltungen und -einrichtungen, Sportveranstaltungen und -ausübungen und weiteren Veranstaltungen sowie gastronomischen Einrichtungen regelhaft auf Geimpfte und Genesene beschränkt (flächendeckende 2G-Regelung).

- Vgl. auch die Begründung der Verordnung, GVBl. 2021, 742 (754 f.) -

Zugleich wurde mit einem neu gefassten § 27 CoSchuV ein sog. 2G-plus-Optionsmodell in die Verordnung aufgenommen (Möglichkeit, den Zugang ausschließlich auf Geimpfte und Genesene zu beschränken, die zugleich negativ getestet waren; damit Entfallen der Maskenpflicht und der Notwendigkeit eines Abstands- und Hygienekonzepts). Auch diese Regelung wurde aber mit Inkrafttreten der (ersten) Verordnung zur Anpassung der Coronavirus-Schutzverordnung - AnpV-CoSchuV - vom 30. November 2021 schon zum 5. Dezember 2021 wieder aufgehoben.

5. Weitere Verschärfungen der Bestimmungen zur Bekämpfung der Pandemie, insbesondere der Regelungen zur Kontaktbeschränkung, enthielten die erste, Zweite, Dritte und Vierte Verordnung zur Anpassung der Coronavirus-Schutzverordnung vom 30. November 2021 (GVBl. S. 770), vom 13. Dezember 2021 (GVBl. S. 827), vom 27. Dezember 2021 (GVBl. 2022, S. 2) und vom 11. Januar 2022 (GVBl. S. 40). An der

die Verordnung im Grundsatz durchziehenden Differenzierung zwischen Geimpften und Genesenen auf der einen und Nichtgeimpften (und -genesenen) auf der anderen Seite wurde hierbei festgehalten.

Die Verordnung in der bei Beschlussfassung vorliegenden Fassung ist bis zum 10. Februar 2022 gültig.

II.

1. Die 16 Antragsteller sind Mitglieder des Hessischen Landtags und gehören der Fraktion der Alternative für Deutschland - AfD - an. Mit Antrag vom 22. Oktober 2021 haben sie ein Normenkontrollverfahren gegen § 26a CoSchuV in der Fassung der 5. ÄndV-CoSchuV vom 11. Oktober 2021 bei dem Staatsgerichtshof anhängig gemacht und diesen zugleich mit dem hier streitgegenständlichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden.

Die Antragsteller sind der Auffassung, dass § 26a CoSchuV bereits gegen den Grundsatz des Parlamentsvorbehalts bzw. gegen das Rechtsstaatsgebot in Gestalt des Wesentlichkeitsgrundsatzes, außerdem gegen das Zitiergebot des Art. 63 Abs. 2 HV, gegen den in Art. 1 Abs. 1 HV normierten allgemeinen Gleichheitssatz sowie gegen durch die Hessische Verfassung gewährleistete Freiheitsrechte, insbesondere die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 HV, das Recht auf Ehe und Familie, Art. 4 HV, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 3 HV, die Religionsfreiheit, Art. 48 HV, sowie – durch den von der Regelung ausgehenden „indirekten Impfzwang“ – gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 3 HV, verstoßen habe.

Die Antragsteller haben beantragt,

§ 26a der Coronavirus-Schutzverordnung - CoSchuV - vom 22. Juni 2021 in der Fassung der am 14. Oktober 2021 in Kraft getretenen Änderungen durch Verordnung vom 11. Oktober 2021 (GVBl. S. 642) vorläufig außer Vollzug zu setzen.

2. Mit Schreiben vom 30. November 2021 hat der Staatsgerichtshof die Antragsteller darauf hingewiesen, dass die von ihnen angegriffene Vorschrift mit Wirkung zum 25. November 2021 aufgehoben wurde.

Die Antragsteller haben darauf mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2021 mitgeteilt, dass die 2G-Regelung, um die es hier gehe, ihrer Auffassung nach trotz aller Änderungen nicht überholt sei. Das 2G-Modell sei lediglich in einer der nun implementierten neuen Regelungstechnik geschuldeten Weise verteilt worden auf § 1 Abs. 2 und 3, § 7 Abs. 7 Nr. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 17 Satz 1, § 18 Abs. 1, 2, 3 und 4, § 19, § 20 Sätze 2 und 3, § 21 Satz 1, § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, § 23 Nr. 1 und 2, § 24 Abs. 1 und 2, § 25 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1, § 26, § 27 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 6, 7 und 8 CoSchuV. Das 2G-Modell sei unverhältnismäßig eingriffsintensiv und könne sachlich nicht gerechtfertigt werden. Die Zweifel an den Wirkungen der Impfstoffe als Übertragungshemmer würden überdies immer offenkundiger. Der Grundsatz der Verfahrensfairness bzw. des fairen Verfahrens sowie die verfassungssichernde Funktion des hessischen Verfassungsprozessrechts würden es hier, bei ständig in kurzer Folge in Geltung und außer Geltung gesetzten Regelungen, gebieten, im Eilverfahren in entsprechender Anwendung von § 91 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - davon auszugehen, dass das Antragsbegehren ohne Weiteres auf während des Verfahrenslaufs in Kraft tretende neue, im Kern inhaltsgleiche Nachfolgeregelungen umgestellt werden solle. Die bloße Regelungstechnik, die hier zu einer Aufspaltung bzw. regelrechten Zersplitterung des § 26a CoSchuV geführt habe, könne dem nicht entgegenstehen.

Einen neuen Antrag haben die Antragsteller nicht formuliert.

III.

Die Landesregierung und die Landesanwältin haben zu den Verfahren am 18. bzw. 19. November 2021, mithin zu einem Zeitpunkt Stellung genommen, als § 26a CoSchuV noch nicht außer Kraft getreten war.

Die Landesregierung hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu diesem Zeitpunkt für zulässig, aber unbegründet erachtet. § 26a CoSchuV sei erkennbar rechtmäßig und das Hauptsacheverfahren damit offensichtlich unbegründet.

Auch die Landesanwältin hat die Auffassung vertreten, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig, aber unbegründet sei. Jedenfalls falle die Folgenabwägung, die im Falle offener Erfolgsaussichten der Hauptsache im Eilverfahren geboten sei, eindeutig gegen die Anordnung einer vorläufigen Außervollzugsetzung aus.

Der Hessische Landtag hat von der ihm gegebenen Gelegenheit zur Äußerung keinen Gebrauch gemacht.

B

I.

Der Eilantrag im Normenkontrollverfahren ist unzulässig.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, der sich ausweislich der Ausführungen der Antragsteller ursprünglich gegen § 26a CoSchuV richtete und nunmehr gegen die „während des Verfahrenlaufes in Kraft getretenen neuen, im Kern inhaltsgleichen Nachfolgeregelungen“ gerichtet sein soll, ist unzulässig. Als außer Kraft getretene Regelung stellt § 26a CoSchuV keinen tauglichen Antragsgegenstand für das Eilverfahren mehr dar. Ihn ersetzende, im Kern inhaltsgleiche Vorschriften enthält die Coronavirus-Schutzverordnung in ihrer gegenwärtigen Fassung entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht.

1. Nach § 26 Abs. 1 StGHG kann der Staatsgerichtshof, um im Streitfall einen Zustand vorläufig zu regeln, für eine sechs Monate nicht übersteigende Frist eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn es zur Abwendung schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist und ein vorrangiges öffentliches Interesse nicht entgegensteht. § 26 StGHG gibt dem Staatsgerichtshof diese Eilzuständigkeit in allen ihm zugewiesenen Verfahrensarten.

- StGH, Urteil vom 9. Mai 2018 - P.St. 2670 e.A. -, StAnz. 2018, 717 (720) = juris, Rn. 39 -

Die Antragsteller haben in der Hauptsache ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle anhängig gemacht, für das der Staatsgerichtshof gemäß Art. 131 Abs. 1, 132 HV i. V. m. §§ 15 Nr. 3, 39 ff. StGHG zuständig ist. Die angegriffene Vorschrift des § 26a CoSchuV war im Zeitpunkt der Antragstellung als Teil einer geltenden Rechtsverordnung der Hessischen Landesregierung tauglicher Antragsgegenstand der abstrakten Normenkontrolle.

- Vgl. StGH, Urteil vom 12.02.2020 - P.St. 2610 -, StAnz. 2020, S. 253 (258) = juris, Rn. 76 -

2. Zwar ist der Fortbestand der angegriffenen Norm nicht zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Normenkontrolle. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist demgegenüber auf die Gewährung nur vorläufigen Rechtsschutzes ausgerichtet. Die vorläufige Außervollzugsetzung einer bereits nicht mehr anwendbaren Vorschrift kommt ebenso wenig in Betracht wie die nur vorläufige Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm. Mit seinem Außerkrafttreten stellt § 26a CoSchuV damit keinen geeigneten Antragsgegenstand für das verfassungsgerichtliche Eilverfahren mehr dar.

3. § 26a CoSchuV wurde in der Verordnung auch nicht durch andere, im Kern inhaltsgleiche Vorschriften ersetzt. Die aktuell geltende Coronavirus-Schutzverordnung enthält auch in der Gesamtschau der von den Antragstellern aufgelisteten Vorschriften keine dem § 26a CoSchuV vergleichbare Regelung. Insofern kommt es auf die von den Antragstellern geäußerte Rechtsauffassung, dass in einem solchen Fall von einem Wechsel des Antragsgegenstandes im Normenkontroll-Eilverfahren auszugehen sei und der Staatsgerichtshof dies zudem von Amts wegen zu beachten habe, nicht an.

a) Der von den Antragstellern ursprünglich angegriffene § 26a CoSchuV enthielt mit dem sog. 2G-Optionsmodell eine Regelung, die vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt im Grundsatz flächendeckend geltenden 3G-Regelung einen Ausnahmetatbestand darstellte. Betreibern, Veranstaltern und Anbietern von Dienstleistungen war es zu diesem Zeitpunkt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung möglich, Leistungen bzw. den Zugang zu ihren Einrichtungen nach dem 2G-Modell zu beschränken. § 26a CoSchuV sah insofern lediglich vor, dass bei Einhaltung der dort vorgesehenen zusätzlichen Voraussetzungen die Betreiber von anderen Auflagen befreit wurden und ihnen damit ein dem Normalbetrieb annähernd ähnlicher Geschäftsbetrieb ermöglicht wurde.

b) Die gegenwärtige Fassung der Coronavirus-Schutzverordnung enthält demgegenüber kein vergleichbares Optionsmodell, sondern ein weitgehend flächendeckendes 2G-Modell, das von einer für alle Beteiligten obligatorischen Zugangsbeschränkung zugunsten Geimpfter und Genesener geprägt ist und lediglich durch vereinzelt hinzutretende Testerfordernisse ergänzt wird. Insbesondere gilt dies für die Mehrzahl der von den Antragstellern genannten Vorschriften, namentlich § 16 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 18 Abs. 1, 2, 3 und 4, § 19, § 20 Sätze 2 und 3, § 21 Satz 1, § 22 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, § 23 Nr. 1 und 2, § 24 Abs. 1, § 25 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1, § 26, § 27 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 6,

7 und 8 CoSchuV. § 1 CoSchuV enthält daneben differenzierende Regelungen für Kontaktbeschränkungen im öffentlichen Raum, § 7 CoSchuV eine abweichende Quarantäneregelung für Geimpfte und Genesene.

Die gegenwärtigen Regelungen dienen damit ebenso wie die früheren Fassungen der Verordnung und auch § 26a CoSchuV der Bekämpfung der Pandemie und der Vermeidung der ungehinderten Ausbreitung des Virus. Darüber hinaus sind sie jedoch in ihrer konkreten Zielrichtung, in ihrer Wirkungsweise und in ihrer Eingriffsintensität nicht mit § 26a CoSchuV vergleichbar. Mit diesem stimmen sie nur noch insofern überein, als sie sich desselben Differenzierungskriteriums bedienen und zwischen Geimpften (und Genesenen) auf der einen und Nichtgeimpften auf der anderen Seite unterscheiden. Von einer im Kern inhaltsgleichen Regelung kann insofern nicht die Rede sein.

Ein für die Fortsetzung des verfassungsgerichtlichen Eilverfahrens hinreichender inhaltlicher Zusammenhang kann schließlich auch nicht mit Blick darauf angenommen werden, dass es den Antragstellern möglicherweise darum geht, grundsätzlich jede Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften in Frage zu stellen bzw. entsprechend differenzierende Regelungen vorläufig untersagen zu lassen. Eine diesbezügliche gerichtliche Entscheidung käme nur in Betracht, wenn das Differenzierungskriterium des Impfstatus von vornherein in jedem denkbaren Zusammenhang unzulässig wäre, etwa weil es gänzlich ungeeignet zur Förderung der Pandemiebekämpfung oder, den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverboten vergleichbar, prinzipiell unzulässig wäre, so dass es auf eine Abwägung und Beurteilung im Einzelfall gar nicht mehr ankäme. Eine solche Behauptung stellen indes auch die Antragsteller nicht auf.

II.

Das Verfahren des Staatsgerichtshofes ist gemäß § 28 Abs. 1 StGHG kostenfrei. Veranlassung für die Anordnung der vollen oder teilweisen Erstattung von Kosten und Auslagen gemäß § 28 Abs. 7 StGHG besteht nicht.

Poseck

Sacksofsky

Böhme

Detterbeck

Fachinger

Falk

Gasper

Kilian-Bock

Liebermann

Metzner

Wolf