

Antrag

der Abgeordneten Stephan Brandner, Fabian Jacobi, Jens Maier, Roman Johannes Reusch, Tobias Matthias Peterka, Thomas Seitz, Peter Boehringer, Marcus Bühl, Siegbert Droese, Peter Felser, Nicole Höchst, Jörn König, Ulrich Oehme, Dr. Dirk Spaniel und der Fraktion der AfD

Antrag auf abstrakte Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht gemäß Artikel 93 Absatz 1 Nummer 2 des Grundgesetzes wegen des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Es bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG) mit dem Grundgesetz. Durch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wurde die Bestimmung des § 28b neu in das IfSG aufgenommen. Überschreitet demnach auf Kreisebene die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmte Schwellenwerte innerhalb eines definierten Zeitraums, sind bundeseinheitliche Maßnahmen zur Eindämmung der Virusausbreitung vorgeschrieben. Die Bestimmung durchbricht damit die Vollzugskompetenz der Länder, denen kein Auswahlermessen bei der Wahl geeigneter Maßnahmen mehr verbleibt. Auch verkürzt sie ohne Not den Rechtsschutz, weil betroffenen Bürgern nur noch der Gang zum Bundesverfassungsgericht offensteht. Aufgrund der ausschließlichen Orientierung am Inzidenzwert und dem daran geknüpften Maßnahmen-Automatismus erfüllt § 28b IfSG zudem die grundgesetzlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen nicht. Der Inzidenzwert leidet an einer immanenten Schwäche der Aussagekraft, die es unmöglich macht, die Erforderlichkeit und Angemessenheit der angeordneten Maßnahmen im konkreten Einzelfall zu begründen. Mit dem Instrument der Ausgangssperre sieht § 28b Absatz 1 Nr. 2 IfSG außerdem einen grundrechtlich bedenklichen Eingriff in die persönliche Freiheit vor. Schließlich regelt das Gesetz einen verfassungsrechtlichen Ausnahmezustand. Die Grundrechte gesunder Menschen, von der körperlichen Freiheit über die persönliche Freiheit und Freizügigkeit bis zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, werden im Namen des Gesundheitsschutzes massiv beschränkt. Der Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion sprach in seiner Rede am 21. April 2021 anlässlich der Verabschiedung des Gesetzes selbst von einer „Notstandsregelung“. Eine solche Notstandsregelung, die zahlreiche Grundrechtspositionen und Freiheiten von Millionen Menschen tangiert, kann nicht im Rahmen eines einfachen Bundesgesetzes, sondern nur

auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgen, das den Grundrechten gleichrangig ist. Wie andere Notstandsregelungen auch (Artikel 115a ff.: Verteidigungsfall) muss der „epidemische Notstand“ daher im Grundgesetz selbst geregelt sein.

II. Der Deutsche Bundestag begrüßt,

wenn sich Abgeordnete des Deutschen Bundestages in ausreichender Zahl zusammenfinden, um beim Bundesverfassungsgericht die Feststellung zu beantragen, dass die Bestimmung des § 28b IfSG mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig ist.

Berlin, den 4. Mai 2021

Dr. Alice Weidel, Dr. Alexander Gauland und Fraktion

Begründung

Durch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wurde u.a. die Bestimmung des § 28b neu in das IfSG aufgenommen. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„§ 28b Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen, Verordnungsermächtigung

(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt;

2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:

a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,

b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,

c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,

d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,

e) der Versorgung von Tieren,

f) aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken oder

g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen;

3. die Öffnung von Freizeiteinrichtungen wie insbesondere Freizeitparks, Indoorspielplätzen, von Einrichtungen wie Badeanstalten, Spaßbädern, Hotelschwimmbädern, Thermen und Wellnesszentren sowie Saunen, Solarien und Fitnessstudios, von Einrichtungen wie insbesondere Diskotheken, Clubs, Spielhallen, Spielbanken, Wettannahmestellen, Prostitutionsstätten und Bordellbetrieben, gewerblichen Freizeitaktivitäten, Stadt-, Gäste- und Naturführungen aller Art, Seilbahnen, Fluss- und Seenschiffahrt im Ausflugsverkehr, touristischen Bahn- und Busverkehren und Flusskreuzfahrten, ist untersagt;

4. die Öffnung von Ladengeschäften und Märkten mit Kundenverkehr für Handelsangebote ist untersagt; wobei der Lebensmittelhandel einschließlich der Direktvermarktung, ebenso Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörakustiker, Tankstellen, Stellen des Zeitungsverkaufs, Buchhandlungen, Blumenfachgeschäfte, Tierbedarfsmärkte, Futtermittelmärkte, Gartenmärkte und der Großhandel mit den Maßgaben ausgenommen sind, dass

a) der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, untersagt ist,

b) für die ersten 800 Quadratmeter Gesamtverkaufsfläche eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 20 Quadratmeter Verkaufsfläche und oberhalb einer Gesamtverkaufsfläche von 800 Quadratmetern eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 40 Quadratmeter Verkaufsfläche eingehalten wird, wobei es den Kundinnen und Kunden unter Berücksichtigung der konkreten Raumverhältnisse grundsätzlich möglich sein muss, beständig einen Abstand von mindestens 1,5 Metern zueinander einzuhalten und

c) in geschlossenen Räumen von jeder Kundin und jedem Kunden eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder eine medizinische Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz) zu tragen ist;

abweichend von Halbsatz 1 ist

a) die Abholung vorbestellter Waren in Ladengeschäften zulässig, wobei die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe a bis c entsprechend gelten und Maßnahmen vorzusehen sind, die, etwa durch gestaffelte Zeitfenster, eine Ansammlung von Kunden vermeiden;

b) bis zu dem übernächsten Tag, nachdem die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinander folgenden Tagen den Schwellenwert von 150 überschritten hat, auch die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum zulässig, wenn die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe a und c beachtet werden, die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 40 Quadratmeter Verkaufsfläche, die Kundin oder der Kunde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Leistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt hat und der Betreiber die Kontaktdaten der Kunden, mindestens Name, Vorname, eine sichere Kontaktinformation (Telefonnummer, E-Mail-Adresse oder Anschrift) sowie den Zeitraum des Aufenthaltes, erhebt;

5. die Öffnung von Einrichtungen wie Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Musikclubs, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten sowie entsprechende Veranstaltungen sind untersagt; dies gilt auch für Kinos mit Ausnahme von Autokinos; die Außenbereiche von zoologischen und botanischen Gärten dürfen geöffnet werden, wenn angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden und durch die Besucherin oder den Besucher, ausgenommen Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Beginn des Besuchs mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt wird;

6. die Ausübung von Sport ist nur zulässig in Form von kontaktloser Ausübung von Individualsportarten, die allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands ausgeübt werden sowie bei Ausübung von Individual- und Mannschaftssportarten im Rahmen des Wettkampf- und Trainingsbetriebs der Berufssportler und der Leistungssportler der Bundes- und Landeskader, wenn

a) die Anwesenheit von Zuschauern ausgeschlossen ist,

b) nur Personen Zutritt zur Sportstätte erhalten, die für den Wettkampf- oder Trainingsbetrieb oder die mediale Berichterstattung erforderlich sind, und

c) angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden;

für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ist die Ausübung von Sport ferner zulässig in Form von kontaktloser Ausübung im Freien in Gruppen von höchstens fünf Kindern; Anleitungspersonen müssen auf Anforderung der nach Landesrecht zuständigen Behörde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor der Sportausübung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen;

7. die Öffnung von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes ist untersagt; dies gilt auch für Speiselokale und Betriebe, in denen Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle abgegeben werden; von der Untersagung sind ausgenommen:

a) Speisesäle in medizinischen oder pflegerischen Einrichtungen oder Einrichtungen der Betreuung,

b) gastronomische Angebote in Beherbergungsbetrieben, die ausschließlich der Bewirtung der zulässig beherbergten Personen dienen,

c) Angebote, die für die Versorgung obdachloser Menschen erforderlich sind,

d) die Bewirtung von Fernbusfahrerinnen und Fernbusfahrern sowie Fernfahrerinnen und Fernfahrern, die beruflich bedingt Waren oder Güter auf der Straße befördern und dies jeweils durch eine Arbeitgeberbescheinigung nachweisen können,

e) nichtöffentliche Personalrestaurants und nichtöffentliche Kantinen, wenn deren Betrieb zur Aufrechterhaltung der Arbeitsabläufe beziehungsweise zum Betrieb der jeweiligen Einrichtung zwingend erforderlich ist, insbesondere, wenn eine individuelle Speiseneinnahme nicht in getrennten Räumen möglich ist;

ausgenommen von der Untersagung sind ferner die Auslieferung von Speisen und Getränken sowie deren Abverkauf zum Mitnehmen; erworbene Speisen und Getränke zum Mitnehmen dürfen nicht am Ort des Erwerbs oder in seiner näheren Umgebung verzehrt werden; der Abverkauf zum Mitnehmen ist zwischen 22 Uhr und 5 Uhr untersagt; die Auslieferung von Speisen und Getränken bleibt zulässig;

8. die Ausübung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist, ist untersagt; wobei Dienstleistungen, die medizinischen, therapeutischen, pflegerischen oder seelsorgerischen Zwecken dienen, sowie Friseurbetriebe und die Fußpflege jeweils mit der Maßgabe ausgenommen sind, dass von den Beteiligten unbeschadet der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen und, soweit die Art der Leistung es zulässt, Atemschutzmasken (FFP2 oder vergleichbar) zu tragen sind und vor der Wahrnehmung von Dienstleistungen eines Friseurbetriebs oder der Fußpflege durch die Kundin oder den Kunden ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Dienstleistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzulegen ist;

9. bei der Beförderung von Personen im öffentlichen Personennah- oder -fernverkehr einschließlich der entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen samt Taxen und Schülerbeförderung besteht für Fahrgäste sowohl während der Beförderung als auch während des Aufenthalts in einer zu dem jeweiligen Verkehr gehörenden Einrichtung die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar); eine Höchstbesetzung der jeweiligen Verkehrsmittel mit der Hälfte der regulär zulässigen Fahrgastzahlen ist anzustreben; für das Kontroll- und Servicepersonal, soweit es in Kontakt mit Fahrgästen kommt, gilt die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz);

10. die Zurverfügungstellung von Übernachtungsangeboten zu touristischen Zwecken ist untersagt.

Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/inzidenzen> für alle Landkreise und kreisfreien Städte fortlaufend die Sieben-Tage-Inzidenz der letzten 14 aufeinander folgenden Tage. Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. Die Bekanntmachung nach Satz 3 erfolgt unverzüglich, nachdem aufgrund der Veröffentlichung nach Satz 2 erkennbar wurde, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 eingetreten sind.

(2) Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt.

(3) Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend.

(4) Versammlungen im Sinne des Artikels 8 des Grundgesetzes sowie Zusammenkünfte, die der Religionsausübung im Sinne des Artikels 4 des Grundgesetzes dienen, unterfallen nicht den Beschränkungen nach Absatz 1.

(5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt.

(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen:

1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19),
2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten.

Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.

(7) Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.

(8) Das Land Berlin und die Freie und Hansestadt Hamburg gelten als kreisfreie Städte im Sinne dieser Vorschrift.

(9) Anerkannte Tests im Sinne dieser Vorschrift sind In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind. Soweit nach dieser Vorschrift das Tragen einer Atemschutzmaske oder einer medizinischen Gesichtsmaske vorgesehen ist, sind hiervon folgende Personen ausgenommen:

1. Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben,
2. Personen, die ärztlich bescheinigt aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske tragen können und
3. gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen.

(10) Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. Dies gilt auch für Rechtsverordnungen nach Absatz 6.

(11) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden eingeschränkt und können auch durch Rechtsverordnungen nach Absatz 6 eingeschränkt werden.

Grundrechtseingriffe

Die Bestimmung des § 28b IfSG greift in vielfacher Weise in Grundrechtspositionen ein. Absatz 10 der Vorschrift zählt folgende Grundrechte auf, in die eingegriffen wird: die körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG)), die Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8 GG), die Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 GG) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 GG).

Entgegen der insoweit widersprüchlichen Behauptung im Gesetzentwurf (BT-Drs. 19/28444, dort Seite 12) handelt es sich bei der in § 28b Absatz 1 Nummer 2 IfSG angeordneten Ausgangsbeschränkung um einen Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person, dessen Rechtfertigung erhöhten Anforderungen unterliegt (s. u.), und nicht um einen bloßen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 GG. Das Grundrecht aus Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 GG schützt nach allgemeiner Ansicht die körperliche Bewegungsfreiheit, somit das Recht, jeden Ort aufzusuchen und sich dort aufzuhalten (Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Rn. 26). Ausgangssperren schränken diese Freiheit ein (Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, Art. 2. Abs. 2 Satz 2, Rn. 38).

Hinzu kommen in § 28b Absatz 11 IfSG nicht genannte, evident vorliegende Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Absatz 1 GG – vgl. § 28b Absatz 1 Nr. 3, 4, 5, 7, 8, 9 und 10), das Grundrecht auf Ehe und Familie (Artikel 6 Absatz 1 GG mit Blick auf die Kontaktbeschränkungen in § 28b Nr. 1) und die allgemeine Handlungsfreiheit des Artikel 2 Absatz 1 GG.

Fehlende gesetzliche Rechtfertigung aufgrund Eingriffs in die Vollzugskompetenz der Länder

§ 28b IfSG ist keine taugliche gesetzliche Rechtfertigung für die genannten Grundrechtseingriffe. Nach der Konzeption dieser Bestimmung erfolgen die Grundrechtseingriffe unmittelbar, d. h. ohne weitere Prüfung und ohne dass es eines Vollzugsaktes bedarf, sobald auf Kreisebene innerhalb eines definierten Zeitraums bestimmte Schwellenwerte im Hinblick auf die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 überschritten werden. Das Verbotssystem ist somit unmittelbar im Gesetz geregelt. Es handelt sich um eine „self-executing-Norm“, die keiner weiteren Umsetzung bedarf (Sachverständige Dr. Kießling in der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf am 16.4.2021, Seite 2 ihrer Stellungnahme; vgl. auch die Sachverständigen-Stellungnahmen Prof. Möllers, Seite 1; Prof. Kingreen, Seite 3). Damit wird die grundsätzlich bei den Ländern liegende Kompetenz zum Gesetzesvollzug (Artikel 83 GG) in rechtsstaatlich bedenklicher Weise ausgehebelt. Der Gesetzgeber ist vielmehr zugleich Exekutivorgan. Die Regelungstechnik als „Maßnahmegesetz mit allgemeiner Geltung“ (Möllers, a.a.O., Seite 1) ist im Hinblick auf die Schwere der angeordneten Maßnahmen bisher ohne Beispiel. Der Sachverständige Prof. Kingreen spricht von einem „Formenmissbrauch“ (a. a. O., dort Seite 3). Die Folge davon ist, dass das Gesetz dank des eingebauten Vollzugs-Automatismus unmittelbar in die Grundrechtspositionen aller Bürger eingreift, ohne dass im Rahmen eines Vollzugsakts die Tauglichkeit, Notwendigkeit und Angemessenheit der konkreten Maßnahme im Hinblick auf den konkreten Einzelfall durch die Verwaltung noch geprüft werden müsste. Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Umsetzung der Maßnahmen spielen somit keine Rolle. Die freiheitssichernde Funktion des föderalen Prinzips für den Bürger ist im Bereich des Infektionsschutzes abgeschafft. Die Bestimmung ist daher wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungswidrig. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Absatz 3 GG abgeleitet (Maunz/Dürig/Grzeszick, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 108). Dass Verhältnismäßigkeitserwägungen beim Gesetzesvollzug eine praktische Rolle spielen, zeigt die Überlegung, dass beispielsweise landkreisweite Schulschließungen wegen Überschreitung des gesetzlich definierten Inzidenzwerts unverhältnismäßig sein können, wenn das Überschreiten des Inzidenzwerts allein aus einem COVID-Ausbruch in einer großen Gemeinschaftseinrichtung (Altersheim etc.) herrührt und sich daher gut räumlich eingrenzen und beherrschen lässt.

Fehlende gesetzliche Rechtfertigung aufgrund einer Beschränkung der Rechtsweggarantie

§ 28b IfSG ist auch deshalb keine taugliche gesetzliche Rechtfertigung für die genannten Grundrechtseingriffe, weil die Bestimmung gezielt die Rechtsweggarantie des Grundgesetzes umgeht.

„Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen“ (Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 GG). Diese Rechtsweggarantie wird mit dem vorliegenden Gesetz für die dort geregelte Materie gezielt beschränkt. Dies geschieht dadurch, dass aufgrund des eingebauten Vollzugs-Automatismus kein (föderaler) Vollzugsakt notwendig ist, gegen den sich der rechtssuchende Bürger im Verwaltungsrechtsweg zur Wehr setzen könnte. Zudem verpflichtet das Gesetz nicht etwa die Länder, bei Überschreitung bestimmter Inzidenzwerte per Rechtsverordnung bestimmte Maßnahmen anzuordnen, sondern ordnet diese Maßnahmen unmittelbar im Gesetz (§ 28b Absatz 1 IfSG) an. Im Gegensatz zu Rechtsverordnungen der Länder, gegen die der Bürger üblicherweise im Verwaltungsrechtsweg vorgehen kann, besteht keine Rechtsschutzmöglichkeit des Bürgers gegen Gesetze. Der gegenteiligen Behauptung der Koalitionsfraktionen im Änderungsantrag zum Gesetzentwurf (Ausschuss-Drs. 19(14)325.3, Seite 18: „Feststellungsklage“) steht entgegen, dass sich die Feststellungsklage nicht auf die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm beziehen kann (Prof. Kingreen, Seite 5). Diese Prüfung ist allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten (Art. 100 Absatz 1 GG). Ob sich Gerichte in Eilfällen zu einer Verfassungsprüfung hinreißen lassen, erscheint zweifelhaft.

Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erfüllt nicht die Rechtsschutzgarantie (Prof. Möllers, Seite 3), schon weil die Verfassungsbeschwerde von der Annahme zur Entscheidung abhängig ist. Auch kann mit ihr keine Prüfung des Einzelfalls erreicht werden. Es handelt sich um eine gezielte Beschränkung der Rechtsweggarantie. Denn alle Instrumente zur Bekämpfung der Ausbreitung von SARS-CoV-2, die in der Bestimmung des neuen § 28b Absatz 1 IfSG für ein Überschreiten des Inzidenzwerts von „100“ enthalten sind, standen den Ländern gemäß den §§ 28a, 32 IfSG bereits zur Verfügung. Mit der neuen Bestimmung kann der Gesetzgeber also nur den Zweck verfolgen, für den Einsatz dieses Instrumentariums die Vollzugskompetenz der Länder und damit auch die Rechtsweggarantie der Bürger auszuhebeln. Dies hat die Bundeskanzlerin in einem Gespräch mit „Kunst- und Kulturschaffenden“ am 27. April 2021 freimütig eingeräumt (<https://www.bundestkanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/die-kanzlerin-im-gespraech-mit-kunst-und-kulturschaffenden-1898462!mediathek>, dort ab Minute 16:07: „Was können wir tun, damit es nicht durch Gerichte wieder in Frage gestellt wird? Dadurch dass wir jetzt ein Bundesgesetz gemacht haben, kann es nur durch das Bundesver-

fassungsgericht noch überprüft werden, das heißt also, man hat nicht die verschiedenen Verwaltungsgerichtsentscheidungen.“).

Fehlende gesetzliche Rechtfertigung wegen Verstoßes des Inzidenzwert-Automatismus gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

§ 28b IfSG ist auch deshalb keine taugliche gesetzliche Rechtfertigung für die genannten Grundrechtseingriffe, weil der darin angeordnete Inzidenzwert-Automatismus gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Demnach muss eine gesetzliche Bestimmung zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein (Maunz/Dürig, GG, Artikel 20 Rn. 110). Diese Anforderungen können mit der ausschließlichen Orientierung am Inzidenzwert und dem daran geknüpften Maßnahmen-Automatismus in § 28b IfSG nicht erfüllt werden. Bereits die Erforderlichkeit einer Maßnahme kann nicht allein mit der Überschreitung des Inzidenzwerts begründet werden. Der Inzidenzwert leidet an einer immanenten Schwäche der Aussagekraft, die u. a. darin begründet ist, dass er

- (a) keine zuverlässige Aussage darüber zulässt, ob die mittels der PCR-Methode als „positiv“ getesteten Personen überhaupt erkrankt bzw. in der Lage sind, Krankheitserreger weiter zu übertragen,
- (b) der gemessene Inzidenzwert als absoluter Wert von der Anzahl der durchgeführten Testungen abhängt und ohne Berücksichtigung dieser Zahl (Relation von positiven Ergebnissen zur Anzahl der Testungen) daher einen willkürlichen Wert darstellt, der insofern keine zuverlässige Aussage über das tatsächliche Infektionsgeschehen zulässt,
- (c) er aufgrund des vorgenannten Umstands durch gezielte oder ungewollte Veränderung der Anzahl der Testungen, unabhängig von der tatsächlichen Inzidenz, leicht nach oben oder unten verändert werden kann,
- (d) er als alleiniges Kriterium zur Beurteilung etwa der Gefahr einer drohenden Überlastung des Gesundheitssystems ungeeignet ist, weil diese Gefahr von einer Vielzahl Einflussfaktoren abhängig ist (z. B. Zahl der verfügbaren Intensivbetten, Alter und gesundheitlicher Zustand der positiv Getesteten, Impfstatus der Bevölkerung usw.).

Auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages äußert sich kritisch zur alleinigen Berücksichtigung des Inzidenzwerts als Auslöser für die in § 28b enthaltenen Maßnahmen (WD 3 – 3000 – 083/21, Seite 7). Selbst wenn diese grundsätzlichen Mängel der Aussagekraft nicht bestünden, wäre die alleinige Orientierung am Inzidenzwert nicht geeignet, die Erforderlichkeit einer Maßnahme in jedem Fall zu begründen. Wenn sich wie im obigen Beispiel ein Ausbruchsgeschehen z. B. in einer Gemeinschaftseinrichtung leicht kontrollieren lässt, besteht keine Notwendigkeit für weitergehende Maßnahmen, wie sie in § 28b Absatz 1 IfSG für den Fall der Überschreitung der Inzidenzwert-Schwelle jedoch automatisch vorgesehen sind. Schließlich kann die Anwendung des Automatismus zwangsläufig zu Maßnahmen führen, die unangemessen sind. Da die Maßnahmen auf die Ebene von Stadt- und Landkreisen bezogen sind, wäre dies beispielsweise der Fall, wenn sich das Ausbruchsgeschehen in einem räumlich ausgedehnten Landkreis auf einen einzelnen Ort konzentriert. In diesem Fall wäre es unangemessen, räumlich weit entfernte Ortschaften ohne Ausbruchsgeschehen den gleichen Maßnahmen zu unterstellen (z. B. Schulschließungen), nur weil sie dem gleichen Landkreis angehören. Es verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn in § 28b Absatz 1 IfSG zwar „ein Untermaß für den Schutz normiert [wird], aber kein Übermaßverbot für Freiheitseingriffe“ (Prof. Kingreen, Seite 2).

Im Besonderen: Ausgangssperren

Übersteigt die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, soll gemäß § 28b Absatz 1 Nr. 2 IfSG in dem betroffenen Kreis der Aufenthalt von Personen außerhalb ihrer Wohnung ohne triftigen Grund in der Zeit von 22 bis 5 Uhr untersagt sein. Wie dargelegt, ist diese Beschränkung ein Eingriff in das Recht auf Bewegungsfreiheit. Das Grundgesetz sieht vor, dass der Staat in dieses Recht nur „auf Grund eines Gesetzes“ eingreifen darf (Artikel 2 Absatz 2 Satz 3 sowie Art. 104 Absatz 1 Satz 1 GG). Der Stellenwert des Grundrechts verlangt somit eine Entscheidung im Einzelfall, die auf der Grundlage eines Gesetzes erfolgt. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Aspekte des konkreten Einzelfalls in der Entscheidung über den Eingriff in das Freiheitsrecht einer Person berücksichtigt werden. Damit sind abstrakt-generelle Eingriffe, die direkt aus dem Gesetz folgen, von vornherein nicht grundgesetzkonform.

Regelung des Ausnahmezustands durch einfaches Bundesgesetz: Vorrang der Verfassung

Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz bestehen schließlich im Hinblick darauf, dass § 28b IfSG einen massiven Eingriff in die Grundrechte von Millionen Menschen ermöglicht. Die per Inzidenzwert-Automatismus greifenden Maßnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung von SARS-CoV-2 nehmen nahezu sämtliche Lebensbereiche aller Bürger des Landes in den Griff: Ausgangsbeschränkungen, Beschränkungen der Kontakte mit anderen Personen, Einschränkungen des Handels und der Wirtschaft, Beschränkungen von Sport- und Freizeitaktivitäten usw. Wie oben dargelegt, sind zahlreiche Bürger betroffen. Bei den Betroffenen handelt es sich größtenteils um gesunde Menschen, die im Sinne der Weiterverbreitung des Virus keine unmittelbare Gefahr darstellen. Der Bürger wird aufgrund seiner normalen Lebensaktivität als potentielle Gefahr angesehen und hat Einschränkungen hinzunehmen, für die er keine gesetzliche Entschädigung erwarten darf (§ 56 IfSG gilt nur für den in Anspruch genommenen Träger der Erkrankung bzw. krankheitsverdächtige Personen).

Damit ist § 28b IfSG nicht vergleichbar mit herkömmlichen Gesetzen, auf deren Grundlage Eingriffe in die Grundrechte der Bürger vorgenommen werden. So finden etwa die Polizeigesetze der Länder nur punktuell dort Anwendung, wo eine konkrete Gefahr zu besorgen ist, d. h. ein Sachverhalt vorliegt, der nach allgemeiner Lebenserfahrung mit ziemlicher Sicherheit alsbald und unmittelbar einen Schaden für ein Rechtsgut verwirklichen wird. Im Höchstfall werden davon vielleicht einige Hundert Menschen betroffen sein, die regelmäßig als „Störer“ im Sinne der Gefahrenverursachung anzusehen sind. Die Inanspruchnahme von „Nichtstörern“ ist nach den Polizeigesetzen zwar möglich, aber der Ausnahmefall und verpflichtet die öffentliche Hand regelmäßig zur Entschädigung.

Anhand dieser Überlegungen wird deutlich, dass die Eingriffsbefugnisse gemäß § 28b IfSG (ebenso wie nach § 28a IfSG) etwas qualitativ anderes darstellen als die bekannten Regelungen zur Gefahrenabwehr. Sie begründen einen Ausnahmezustand im Sinne eines „epidemischen Notstands“, der allein es rechtfertigt, dass losgelöst von einer konkreten Gefahrenprognose millionenfach „Nichtstörer“ ohne Entschädigung in Anspruch genommen werden. Es findet keine punktuelle Beschränkung von Grundrechten statt. Die Grundrechte werden vielmehr großflächig suspendiert. Der Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion sprach in seiner Rede am 21. April 2021 anlässlich der Verabschiedung des Gesetzes betreffend von einer „Notstandsregelung“.

Die Regelung des Notstands wäre nur auf der Grundlage einer Vorschrift möglich, die den Grundrechten gleichrangig ist. Der Ausnahmezustand kann daher nicht durch einfachgesetzliche Bestimmungen angeordnet werden, sondern muss im Grundgesetz selbst geregelt sein (Sachverständiger Dr. Vosgerau, öffentliche Anhörung zur BT-Drs. 19/28444, Wortprotokoll, Seite 17). Dies hat etwa der Gesetzgeber der „Notstandsgesetze“ im Jahr 1968 als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt (Artikel 115a ff. des Grundgesetzes: Verteidigungsfall).

