

GTW · Benzenbergstraße 39-47 · 40219 Düsseldorf

 Bundesverfassungsgericht
 Postfach 1771

76006 Karlsruhe

Vorab per Fax ohne Anlagen

Datum: 28.04.2021

Unser Zeichen: 191/21

Verfassungsbeschwerde

der/des

Herrn Wilhelm Bies, Am Weidengraben 2, 47269 Duisburg

Herrn Constantin Borges, Erftstr. 72, 47443 Moers

Herrn Dietmar Brockes MdL, Brachter Mühle 26, 41379 Brüggen

Herrn Daniel Dick, Eduard-Mörke-Str. 4, 47829 Krefeld

Herrn Dirk Giesen, Auf dem Steinberg 7, 46487 Wesel,

Herrn Felix Grams, Hubertusstr. 38, 47906 Kempen

Herr Stephan Haupt MdL, Hebbenshof 45, 47551 Bedburg-Hau

Herrn Joachim C. Heitmann, Tiergartenstr. 20, 47800 Krefeld

Herrn Thomas Hommen, Bönninger Str. 61, 46519 Alpen

Frau Charline Kappes, Blumenstr. 13, 47057 Duisburg

Herrn Simon Kell, Reydter Str. 54, 41363 Jüchen

Herrn Peter Kelm, Nordwall 69, 47798 Krefeld

Herrn Holger Malenkowski, Barbarossastr. 22, 41061 Mönchengladbach

Herrn Michael Michalski, Hochstr. 39a, 40593 Düsseldorf

Herrn Florian Philipp Ott, Akazienstraße 84, 47829 Krefeld

Herrn Christian Peters, Voßheider Str. 144c, 47574 Goch

Herrn Eric Scheuerle, Albert-Schweitzer-Str. 2, 41747 Viersen

Herrn Timo Schmitz, Alte Rheinstr. 12, 47495 Rheinberg

Herrn Felix Schulz, Uerdinger Str. 128, 40474 Düsseldorf

Herrn Henrik Stachowicz, Nibelungenstr. 14, 47445 Moers

Herr Lucas van Stephoudt, Dypter Str. 29, 47608 Geldern

 Herrn Andreas Terhaag MdL, Viersener Str. 76, 41061 Mönchengladbach
 und

Herrn Dr. Michael Terwiesche, Welfenstr. 7, 47445 Moers

Düsseldorf

Grote-Terwiesche Rechtsanwälte PartGmbH

Jan-Marcel Grote

 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Michael Terwiesche LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Karsten Prote

 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Lehrbeauftragter an der TU Dortmund für
 Bau- und Architektenrecht

Jürgen F.-J. Mintgens

 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Lehrbeauftragter an der TH Köln für
 Bau- und Architektenrecht

Ulf Prechtel

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Roland Maria Schäfer

Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Birte Loleit-Dittrich

Rechtsanwältin

Dr. Marco Boksteen

Rechtsanwalt

Ina Lompa

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Christian Wolicki

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Luise Springer

Rechtsanwältin

Tobias Prevorsek

 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Fachanwalt für Verkehrsrecht

Niklas Janßen

Rechtsanwalt

Nora Uekermann

Rechtsanwältin

Krefeld

Wenning-Röttges GbR

Thorsten Wenning

 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Nils Röttges

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

David Georg Warnke

Rechtsanwalt


 Internet www.g-t-w.com

 E-Mail mail@g-t-w.com

USt-ID-Nr. DE 214318296

Bankverbindung

HypoVereinsbank Düsseldorf

BLZ 30220190 · Konto 44 66 900

BIC HYVEDEMM414

IBAN DE70 30220190 0004 4669 00

Benzenbergstraße 39-47

D-40219 Düsseldorf

T +49 211 93 88 99 11

F +49 211 93 88 99 22

Blumentalstraße 2

D-47798 Krefeld

T +49 2151 56 78 60

F +49 2151 56 78 620

– Beschwerdeführer –

Verfahrensbevollmächtigte: GTW Anwälte für Bau- und Immobilienrecht, Benzenbergstr. 39 – 47, 40219 Düsseldorf

gegen § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Infektionsschutzgesetz (BGBl. 2021 Teil I Nr. 18, Seite 802).

Wir erheben im Namen und mit Vollmacht der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde gegen § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InfektionsschutzG.

Gerügt wird die Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 1; 2 Abs. 2 S. 1 und 19 Abs. 4 GG durch § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG (BGBl. 2021 Teil I Nr. 18, Seite 802).

Die Beschwerdeführer haben ihren Wohnsitz in NRW. Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG normierte Ausgangssperre existierte in NRW bis zum Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG nicht. Jede Person durfte sich im Zeitraum zwischen 22.00 h und 5.00 h außerhalb seiner Wohnung aufhalten, ohne dass die Ausnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG vorlagen.

Beweis: CoranaSchVO NRW vom 05.03.2021 in der ab dem 29.03.2021 geltenden Fassung, **Anlage 1**

Der Art. 1 des 4. Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite hat das Infektionsschutzgesetz geändert und § 28b IfSG eingefügt. Das 4. Gesetz zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wurde am 22.04.2021 im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 18 verkündet. Dieses Gesetz ist gemäß seinem Art. 4 am 23.04.2021 in Kraft getreten.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG betrifft die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar.

Die Beschwerdeführer sind die Normadressaten des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG („Personen“). Sie sind also **selbst betroffen**.

Gegenwärtig ist der Beschwerdeführer von einer Norm betroffen, wenn sie ihre Wirkung aktuell und nicht nur virtuell entfaltet,

BVerfG, NJW 1998, 1385.

Diese Voraussetzung liegt vor. § 28b IfSG ist am 23.04.2021 in Kraft getreten. Die Inzidenzwerte in den Städten, in denen die Beschwerdeführer ihren Wohnsitz haben, bewegen sich im Sinne von § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG seit Wochen deutlich über dem Schwellenwert von 100. Die Ausgangsbeschränkungen gelten auch in den Landkreisen und kreisfreien Städten, die die Beschwerdeführer in den späten Abend- und Nachtstunden zumindest durchqueren. Die Beschwerdeführer sind damit **aktuell** von der normierten Ausgangssperre **betroffen**.

Die Gegenwärtigkeit der Betroffenheit der Beschwerdeführer liegt jedoch auch in dem angesichts der aktuellen Inzidenzwerte des Robert-Koch-Instituts derzeit unwahrscheinlichen Fall vor, dass im Zeitpunkt der Einreichung der Verfassungsbeschwerde an einzelnen Wohnorten der Beschwerdeführer die genannten Schwellenwerte nicht mehr erfüllt wären. Das Infektionsgeschehen kann sich angesichts der bisherigen Erfahrungen aufgrund lokaler Besonderheiten jederzeit schnell ändern, so dass jederzeit mit dem Wirksamwerden der Verbote des § 28b Abs. 1 IfSG gerechnet werden muss. Angesichts dieser Unwägbarkeiten ist es im Interesse der Rechtsklarheit und des effektiven Rechtsschutzes keinem Beschwerdeführer zumutbar, mit der Einlegung der Verfassungsbeschwerde zuzuwarten, bis die entsprechenden Schwellenwerte wieder überschritten wären.

Die Beschwerdeführer sind auch **unmittelbar** von dem Verbot in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG **betroffen**. Zur Umsetzung der Verbote des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG bedarf es weder eines Verwaltungsaktes, einer Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S. 2 VwVfG noch einer Rechtsverordnung. Bei den in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 IfSG angeordneten Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen handelt es sich um self-executing-Normen, deren Wirkungen automatisch kraft Gesetzes eintreten. Gerade dies ist der Unterschied zu den auf § 32 IfSG iVm. § 28a IfSG beruhenden Landesrechtsverordnungen, gegen die ein verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft ist, von dem auch vielfach Gebrauch gemacht worden ist.

So hat das Bundesverfassungsgericht eine unmittelbare Betroffenheit des Inhabers eines Geschäfts beim Ladenschlussgesetz mit folgender Begründung angenommen:

„Zwar gebietet diese Bestimmung nicht unmittelbar, dass der BeschF seinen Betrieb zu bestimmten Tageszeiten schließen müsse, doch hat sie zur Folge, dass er die Vergünstigung, seine Apotheke ständig offenhalten zu können, verliert und der für alle Apotheken geltenden Regelung unterworfen wird, also die Apotheke turnusmäßig schließen muss.“

BVerfG, NJW 1962, 100.

§ 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG entfaltet diese Wirkung. Jede Person verliert seit dem 23.04.2021 die Vergünstigung, ihre Wohnung zwischen 22.00 h und 5.00 h verlassen zu dürfen. Sie ist der für alle Personen geltenden Regelung unterworfen, also sich turnusmäßig in diesem Zeitraum in ihrer Wohnung aufhalten zu müssen, es sei denn, die Ausnahmefälle des in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG liegen vor.

Ein förmliches Bundesgesetz kann von einem Gesetzesbetroffenen weder vor einem ordentlichen noch vor einem Verwaltungsgericht zum Gegenstand einer Normenkontrolle gemacht werden. Selbst wenn man den Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Form der Erhebung einer Feststellungsklage in Betracht ziehen würde, sind jedenfalls die Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG erfüllt, die sinngemäß auch im Rahmen der Subsidiarität zu berücksichtigen sind. Danach kann das Bundesverfassungsgericht über eine Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung entscheiden, ohne dass der Rechtsweg erschöpft ist. Die vorliegende Verfassungsbeschwerde ist von allgemeiner Bedeutung, weil durch sie grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen geklärt werden und Grundrechtsbeeinträchtigungen der gesamten Bevölkerung vorliegen.

Für die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit ist erforderlich, dass die Beschwerdeführer im Einzelnen darlegen müssen, inwieweit sich ein Verbot gegenüber dem früheren Rechtszustand konkret zu ihren Lasten auswirkt,

BVerfG, NVwZ 2004, 977 (978).

Die Beschwerdeführer haben ihren Wohnsitz in NRW. Die in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG normierte Ausgangssperre existierte in NRW bis zum Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG nicht. Die Beschwerdeführer durften sich daher im Zeitraum zwischen 22.00 h und 5.00 h außerhalb ihrer Wohnung aufhalten. Sie mussten sich nicht auf die Ausnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG berufen.

Im Rahmen einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde ist ein Beschwerdeführer ausnahmsweise dann nicht zur vorherigen Anrufung der Fachgerichte verpflichtet, wenn die vorherige Anrufung der Fachgerichte zu unzumutbaren Ergebnissen führen würde,

BVerfGE 123, 148 (172 f.).

Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verlangt insbesondere nicht, dass ein Betroffener vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen eine straf- oder bußgeldbewehrte Rechtsnorm verstößt und dann im Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Norm geltend macht,

BVerfG, NJW 1998, 1385.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ist in § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG bußgeldbewehrt. In allen Fällen des Verlassens oder Nichtaufsuchens der Wohnung zwischen 22.00 h und 5.00 h müssten die Beschwerdeführer also nach Erhalt eines Bußgeldbescheids im Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 IfSG geltend machen.

Die Unzumutbarkeit der Wirkung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG ergibt sich insbesondere daraus, dass § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG von der Bußgeldbewehrung nicht die Ausnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG macht. Vielmehr liegt eine Ordnungswidrigkeit nach dem eindeutigen Wortlaut des § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG immer vor, wenn jemand den Tatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 IfSG verwirklicht, ohne dass zu prüfen ist, ob er eine der Ausnahmen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG für sich in Anspruch nehmen kann.

Damit begeht z.B. derjenige eine Ordnungswidrigkeit, der sich wegen Versorgung seiner Tiere um 22.00h vor seine Wohnung begibt.

Die Beschwerdeführer sind daher unmittelbar von der Wirkung des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG betroffen.

Auch die Voraussetzungen für die Annahme der Verfassungsbeschwerde i.S.v. § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen vor.

Der Verfassungsbeschwerde kommt zum einen eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu. Das Bundesverfassungsgericht hatte bisher noch nicht über die Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 GG durch nächtliche Ausgangssperren zum Zwecke des Gesundheitsschutzes entschieden.

Zum anderen ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung der Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 GG angezeigt. Das ist der Fall, wenn die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten besonderes Gewicht hat oder dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein besonders schwerer Nachteil entsteht.

BVerfG, NJW 1998, 443.

Diese Voraussetzungen liegen vor. Würde das Bundesverfassungsgericht nicht gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG den § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG für nichtig erklären, wären die Beschwerdeführer in ihrer persönlichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit im Zeitraum von 22.00 h bis 5.00 h des Folgetags erheblich beeinträchtigt. Sie dürften ihre Wohnung für sieben Stunden nicht verlassen. Da nicht absehbar ist, wann der Inzidenzwert auf unter 100 sinkt und die Ausgangssperre gem. § 28b Abs. 2 IfSG außer Kraft tritt, kann diese Ausgangssperre nicht nur die in § 28b Abs. 2 S. 1 IfSG erwähnten 5 Tage, sondern mehrere Wochen und sogar mehrere Monate dauern.

Zudem ist jede Person diesem Eingesperrtsein in die eigene Wohnung rechtsschutzlos ausgeliefert, da es gegen § 28b Abs. 1 S.1 Nr. 2 IfSG keinen Rechtsschutz gibt.

A. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

§ 28b Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 IfSG untersagt den Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum zwischen 22 Uhr und 5.00 Uhr des Folgetags.

Diese Vorschrift verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

I. Willkürliche Festsetzung ausschließlich einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100

Die Voraussetzung für die Ausgangssperre in § 28 Abs. 1 IfSG, nämlich ausschließlich das Überschreiten eines Schwellenwertes von 100 der 7-Tage-Inzidenz, ist willkürlich.

Eine aussagekräftige Begründung dafür, dass nur dieser Wert genannt wird, enthält der Gesetzesentwurf nicht,

Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsgesetzgebung, 15.04.2021, S. 5 (**Anlage 2**).

Für diesen Schwellenwert existieren keine wissenschaftlichen Studien o.ä., die belegen, dass ab diesem Wert eine Ausgangssperre zum Zwecke des Schutzes von Leben und Gesundheit unabdingbar ist.

Das ist bereits daraus ersichtlich, dass die Durchführung von Präsenzunterricht gem. § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG bei einem Überschreiten des Schwellenwertes erst von 165 untersagt wird.

Der Gesetzgeber macht also das Unterbinden von Kontakten von unterschiedlichen Schwellenwerten abhängig, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt, geschweige denn wissenschaftliche Studien o.ä., an denen sich diese Schwellenwerte nachvollziehbar und sachlich begründet festmachen lassen. Ein solches Vorgehen ist willkürlich.

Die Begründung für diesen Schwellenwert in der BT-Drs. 19/28444 auf Seite 9 am Ende,

„Insofern ist auch weiterhin damit zu rechnen, dass bei Neuinfektionszahlen oberhalb einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner eine Überlastung des Gesundheitswesens, zum Beispiel durch eine erneute Verschiebung planbarer Behandlungen anderer Krankheitsbilder, eintreten kann.“

stellt eine unsubstantiierte Behauptung ins Blaue hinein dar. Warum bereits bei einem Schwellenwert von 100 eine „Überlastung des Gesundheitswesens, zum Beispiel durch eine Verschiebung planbarer Behandlungen anderer Krankheitsbilder, eintreten kann“, und nicht erst bei 125 oder 150 oder 200, wird in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/28444) an keiner Stelle dargelegt. Der Gesetzgeber setzt damit einen Schwellenwert fest, ohne für diesen Wert irgendeinen sachlich nachvollziehbaren, geschweige denn wissenschaftlich nachgewiesenen Anhalt zu haben.

Dasselbe gilt für die weitere Begründung in der BT-Drs. 19/28444 auf Seite 10:

„Außerdem ist die Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Maßnahmen der Nachverfolgung von Kontaktpersonen ist bei einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 vielfach endgültig nicht mehr möglich.“

Warum die Eindämmung des Infektionsgeschehens durch Maßnahmen der Kontaktverfolgung bei einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 vielfach endgültig nicht mehr möglich sein soll, legt der Gesetzgeber nicht dar, weil auch dieser Schwellenwert willkürlich ist. Für diesen Wert gibt es keinen sachlich nachvollziehbaren Grund. Dementsprechend steht in der BT-Drs. 19/28444 kein Wort dazu, warum Ausgangssperren ab 100 und nicht erst ab 200 Platz greifen.

Hinzu kommt, dass die Erforderlichkeit von Infektionsschutzmaßnahmen nicht nur anhand der Sieben-Tage-Inzidenz beurteilt werden darf, sondern unter Einbeziehung aller anderen für das Infektionsgeschehen relevanten Umstände,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 15.02.2021 – 13 MN 44/21, Rn. 38; Beschluss vom 26.02.2021- 13 MN 63/21 Rn. 32.

Dazu zählt insbesondere die deutlich zunehmende Anzahl an Geimpften und Genesenen, die relativ konstante Zahl von Todesfällen, die Auslastung der Krankenhäuser, die Auslastung der Intensivbetten, die tatsächliche Zahl schwerer Verläufe (leichte Verläufe belasten nicht das Gesundheitswesen), die Anzahl der Corona-Test; Cluster-Ausbrüche.

Im Übrigen werden die Voraussetzungen für die Freiheitseinschränkungen nicht hinreichend bestimmt festgelegt. Der vom Gesetz verwendete Inzidenzbegriff lässt sich schon a priori empirisch nicht eindeutig bestimmen, weil er elementar von der Erhöhung oder Verringerung der Zahl der PCR-Tests sowie von der Bestimmung des Ct-Wertes, bis zu welchem ein PCR Test als positiv gilt, abhängt. Seitens der Exekutive lassen sich demnach durchaus die Voraussetzungen lenken und schlimmstenfalls manipulieren, unter denen gravierenden Freiheitseinschränkungen möglich sind.

II. Willkürliche Festsetzung des Zeitraums der Ausgangssperre

Willkürlich ist auch das Festsetzen des Zeitraums zwischen 22.00 h und 5.00 h des folgenden Tages. Für diesen Zeitraum fehlt auf Seite 12 der Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28444 jegliche Begründung; dieser Zeitraum wird noch nicht einmal erwähnt.

So war noch im Entwurf des § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG am 13.04.2021 ein Zeitraum „von 21 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags“ enthalten,

BT-Drs. 19/2844, Seite 3

also lediglich 8 Tage vor dem Gesetzesbeschluss am 21.04.2021.

Warum dieser Zeitraum auf zwischen 21.00 h bzw. 22.00 h und 5.00 h des Folgetags festgelegt wurde, ist nicht ersichtlich. Einen sachlich nachvollziehbaren Grund gibt es für diesen Zeitraum nicht. Er wurde willkürlich festgelegt.

III. Die Ausgangssperren sind zum Zwecke des Gesundheitsschutzes nicht geeignet

1. Kein zwangsläufiger Sozialbezug

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit muss durch den Sozialbezug der betroffenen Handlungsweise gerechtfertigt sein. Das beinhaltet die Prüfung, ob der betroffene Bürger durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre von Mitmenschen oder Belange des Gemeinschaftslebens berührt,

BVerfGE 6, 389 (433); 35 203 (220).

Das bedeutet die Prüfung, ob sich der Eingriff als geeignetes Mittel darstellt,

BVerfGE 29, 402 (410).

Legt man diesen Maßstab zugrunde, ist das Verbot des Aufenthalts von Personen außerhalb ihrer Wohnung zwischen 22.00 h und 5.00 h ein ungeeignetes Mittel, um das Recht auf Leben und kör-

perliche Unversehrtheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GG zu schützen. Wer seine Wohnung verlässt, wirkt nicht automatisch und zwangsläufig auf andere ein; er berührt damit nicht notwendigerweise die persönliche Sphäre von Mitmenschen oder Belange des Gemeinschaftslebens. Von einem Spaziergänger zur Nachtzeit, also ab 22.00 h, jedenfalls ab 24.00 h (§ 28b Abs. 1 Nr. 2g IfSG) gehen erfahrungsgemäß keine Gefahren für Dritte aus.

Die Ungeeignetheit nächtlicher Ausgangssperren zum Zwecke der Verhinderung des Ausbreitens der Pandemie ist in folgenden Untersuchungen belegt:

- Haas/Götz/Heim, Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre der Universität Gießen, Prüfung der Wirkungen einer nächtlichen Ausgangssperre im Rahmen der COVID-19-Pandemie: Empirische Erhebungen aus Deutschland, 21.04.2021 **(Anlage 3)**
Dort heißt es auf Seite 1 im *abstract* in nicht zu überbietender Deutlichkeit: „Wir finden keine statistischen Beweise dafür, dass die nächtlichen Ausgangssperren die Ausbreitung der Pandemie wirksam verlangsamt haben. (Deutsche Übersetzung)
- Gesellschaft für Aerosolforschung, Offener Brief vom 11.04.2021 **(Anlage 4)**

Nächtliche Ausgangssperren wurden über mehrere Monate in Bayern und Baden-Württemberg verhängt. Der VGH München hatte noch in seiner Fehlentscheidung vom 14.12.2020 – 20 NE 20.2907 die Meinung vertreten, nächtliche Ausgangsbeschränkungen seien rechtmäßig. Dennoch hat sich die Infektionslage in diesen Bundesländern während des Zeitraums der Ausgangssperren nicht verbessert. In NRW wurden keine Ausgangssperren verhängt. Bayern und Baden-Württemberg stehen allerdings nicht besser dar als NRW. Damit ist der praktische Gegenbeweis angetreten, dass Ausgangssperren ein ungeeignetes Mittel des Gesundheitsschutzes sind.

Die in der Gesetzesbegründung auf S. 12 genannten Studien sind ungeeignet, die Wirksamkeit von Ausgangssperren zum Schutze von Leben und Gesundheit zu begründen.

Bei *Sharma et. alii* kommen die Daten zu Ausgangssperren allein aus Italien, einigen Regionen in Deutschland und in Österreich. Sie beziehen sich nur auf einen kurzen Zeitraum.

Bei *Ghasemi et alii* wird die Auswirkung auf die COVID-Inzidenz nicht untersucht. Es bleibt bei der Beobachtung der nächtlichen Mobilität.

Bei *di Domenico* ist es nicht wirklich möglich, den Einfluss der Ausgangssperre von anderen Maßnahmen zu trennen,

Möllers, Stellungnahme zum Entwurf eines 4. Gesetzes zum Schutze der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage nach nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444, Ziffer III.2 Fußnote 2. **(Anlage 5)**

2. Die Kontrolle und Einhaltung allgemeiner Kontaktregeln ist kein verfassungsrechtlich anerkanntes Ziel

Die Begründung des § 28b Abs. 1 IfSG: „Die Ausgangsbeschränkung soll der Kontrolle und Beförderung der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln dienen und die Entstehung unzulässiger Kontakte und neuer Infektionsketten zu verhindern.“

BT-Drs. 19/28444, Seite 12.

ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Laut dieser Begründung ist Ziel und Zweck der Ausgangssperre die „Kontrolle und Beförderung der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln“.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss die in Rede stehende Grundrechtsbegrenzung jedoch geeignet sein, den Schutz eines Rechtsguts zu bewirken,

BVerfGE 67, 157 (173).

Ein Rechtsgut „Kontrolle und Beförderung der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln“ und „Entstehung unzulässiger Kontakte“ existiert nicht. Weder das Grundgesetz noch Gesetze normieren ein solches Rechtsgut. Die Kontrolle und Beförderung der Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln sowie die Entstehung unzulässiger Kontakte und neuer Infektionsketten sind im Gegensatz zum Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG) im Grundgesetz nicht als verfassungsrechtlich legitimes Ziel vorgesehen.

3. Personen stellen nicht deswegen eine Infektionsgefahr dar, weil sie sich außerhalb ihrer Wohnung befinden oder nach 22.00 h ihre Wohnung verlassen.

Von der Ausgangssperre sind auch diejenigen Personen betroffen, die in der Wohnung zusammenleben. Beispielsweise darf ein Ehepaar, welches eine gemeinsame Wohnung bewohnt, diese Wohnung ab 22.00 h selbst dann nicht verlassen, wenn es sich nicht mit Dritten trifft. Warum von diesem Ehepaar deswegen eine Infektionsgefahr ausgehen soll, weil es ab 22.00 h einen Spaziergang unternimmt, ist nicht nachvollziehbar.

Des Weiteren ist die Vermutung des Gesetzgebers abwegig, bis 21.59 h stelle eine Person keine Ansteckungsgefahr dar, und 1 Minute später sei dieselbe Person gefährlich, wenn und weil sie sich vor ihre Wohnung begibt. Anderenfalls wäre nicht nachvollziehbar, warum Personen bis 21.59 h ihre Wohnung verlassen dürfen.

Wer nach 22.00 h in seinem Auto von A nach B fährt, ohne sein Auto zu verlassen, stellt keine Infektionsgefahr dar. Zudem ist untersagt, von einem Landkreis mit einer Inzidenz von unter 100 in einen Landkreis mit einer Inzidenz von über 100 zu fahren.

4. Die Ausgangssperre ab 22.00 h ist zur Verhinderung privater Zusammenkünfte ungeeignet

Eine Ausgangssperre ist für die Erreichung eines bestimmten Ziels ungeeignet, soweit verboten wird, sich allein oder mit Haushaltsangehörigen in der Öffentlichkeit aufzuhalten. Ein Aufenthalt im Freien ist mit keinem relevanten Infektionsrisiko verbunden,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21.

In der Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28444 auf S. 12 heißt es im 2. Absatz:

„Insbesondere bei privaten Zusammenkünften dürften die durchgehende Einhaltung von Abstands- und Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken häufiger in Vergessenheit geraten, als dies bei anderen, z.B. beruflichen oder geschäftlichen, Kontakten der Fall ist.“

Zum einen existiert ein solcher, an der angeblichen Vergesslichkeit von Privatpersonen festmachender Erfahrungssatz nicht. Es ist nirgendwo belegt, dass die Vergesslichkeit einer Person im privaten Umfeld höher ist, als wenn sie beruflich unterwegs ist. Warum sich eine Person in ihrem privaten Umfeld weniger an die Rechtsordnung halten soll als im beruflichen Umfeld, ist nicht ersichtlich; in der Gesetzesbegründung findet man für diese unsubstantiierte Behauptung ins Blaue hinein keine Gründe. Der Gesetzesbegründung in der BT-Drs. 19/28444 auf S. 12 lässt sich auch nicht ansatzweise entnehmen, in welchem Umfang die von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD angeführten regelwidrigen, auf Vergesslichkeit beruhenden Regelverstöße im privaten Raum tatsächlich stattfänden. Nicht nachprüfbare Behauptungen reichen zur Rechtfertigung einer derart einschränkenden und weitreichenden Maßnahme nicht aus,

so OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21 für die ähnlich lautende Begründung einer Allgemeinverfügung.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, private Treffen vor 22.00 h zu terminieren und dann bis um 5.00 h zu übernachten. Schon diese Möglichkeit führt zur Ungeeignetheit der Ausgangssperre zwischen 22.00 h und 5.00 h,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21 Rn. 22 (juris)

In der Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/28444 heißt es auf S. 8:

„Es handelt sich um ein diffuses Geschehen, sodass oft keine konkrete Infektionsquelle ermittelt werden kann und von einer anhaltenden Zirkulation in der Bevölkerung auszugehen ist.“

Zum einen widerlegt der Gesetzgeber mit dem Einräumen eines diffusen Infektionsgeschehens seine Behauptung auf S. 12, bei privaten Zusammenkünften würden die Abstands- und Lüftungsregelungen sowie das Tragen von Masken nicht durchgehend eingehalten.

Zum anderen ist es nicht zielführend, ein diffuses Infektionsgeschehen ohne Beleg in erster Linie mit der fehlenden Disziplin der Bevölkerung im privaten Raum zu erklären. Nach mehr als einem Jahr Dauer des Pandemiegeschehens besteht die begründete Erwartung nach weitergehender wissenschaftlicher Durchdringung der Infektionswege. Der Erlass einschneidender Maßnahmen lediglich auf Verdacht lässt sich im fortgeschrittenen Stadium der Pandemie nicht mehr rechtfertigen,

so OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21 für die ähnlich lautende Begründung einer Allgemeinverfügung.

IV. Ausgangssperren sind zum Zwecke des Gesundheitsschutzes nicht erforderlich

Es existieren mildere Mittel als Ausgangssperren, um die Übertragung des Virus zu verhindern.

Insbesondere drängen sich folgende Maßnahmen auf:

- a) Betretensverbote an beliebten Treffpunkten in der Öffentlichkeit (OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21)
- b) Kontaktbeschränkungen wie etwa in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG vorgesehen
- c) Stärkere Durchsetzung der bereits geltenden Maßnahmen (Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung, 15.04.2021, Seite 9)

Wird in einem lokal begrenzten Bereich, etwa einem Großbetrieb der Fleischverarbeitung, die Inzidenz von 100 überschritten, ließe sich dieses Cluster auch ohne eine kreisweite Ausgangssperre in den Griff bekommen, und zwar durch die sofortige Quarantäne der dort Beschäftigten.

Das ist deutlich effektiver als die vielen kleinen Cluster im häuslichen, privaten Bereich.

V. Ausgangssperren sind zum Zwecke des Gesundheitsschutzes unverhältnismäßig

Die Ausgangssperre ab 22.00 h steht außer Verhältnis zu den daraus folgenden Eingriffen.

Die mit der Ausgangsbeschränkung verbundene freiheitsbeschränkende Wirkung ist ganz erheblich, denn der betroffenen Person wird für einen mehrstündigen Zeitraum an jedem Tag das Verlassen der eigenen Wohnung ohne triftigen Grund untersagt. Dieser Eingriff ist unter Berücksichtigung der nur begrenzten Eignung und der mangelnden Erforderlichkeit der Ausgangsbeschränkung unangemessen,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21.

Die Bundestagsfraktionen von CDU/CSU und SPD haben auf Seite 12 der Gesetzesbegründung behauptet:

„Angesichts der Intensität der Maßnahme ist sie tragfähig, weil die Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln gerade zur Abend- und Nachtzeit auf andere Art und Weise – nach einer Intensivierung der behördlichen Kontrollbemühungen – nicht sichergestellt werden

kann und dies die Effektivität der Kontaktregeln insgesamt in einem für die Zielerreichung relevanten Maß beeinträchtigt.“

Mit anderen Worten: Alle Bürgerinnen und Bürger sollen bis auf die Ausnahmetatbestände in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG in ihrer Wohnung festgehalten werden, weil es angeblich ein behördliches Vollzugsdefizit bei den Coronaschutzverordnungen gibt.

1. Angebliches Vollzugsdefizit rechtfertigt keine pauschale Ausgangssperre

Dass ein solches Vollzugsdefizit existiert, ist eine pauschale, unsubstantiierte Behauptung ins Blaue hin. Der Gesetzgeber legt keine Zahlen, Statistiken o.ä. über die Anzahl der abendlichen und nächtlichen Verstöße gegen Coronaschutzverordnungen vor, die nicht geahndet worden sind, und die Gründe für das Unterlassen dieser Ahndung.

Die Behauptung des Gesetzgebers auf S. 12, dass „die Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln gerade zur Abend- und zur Nachtzeit auf andere Art und Weise – nach einer etwaigen Intensivierung der behördlichen Kontrollbemühungen – nicht sichergestellt werden kann“, ist abwegig. Es existieren keine empirischen Erhebungen, Studien o.ä., dass die Effektivität der Normdurchsetzung von der Uhrzeit eines Regelverstoßes abhängig ist.

Die Ausgangsbeschränkung anzuordnen, um etwaige Defizite bei der Befolgung und nötigenfalls staatlichen Durchsetzung bestehender anderer Schutzmaßnahmen, insbesondere der Kontaktbeschränkungen, auszugleichen, ist jedenfalls so lange unangemessen, wie von den zur Durchsetzung berufenen Behörden nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen worden ist, um die Befolgung anderer Schutzmaßnahmen sicherzustellen. Bevor dies nicht geschehen ist oder nicht feststeht, dass solche Maßnahmen nicht erfolgversprechend ergriffen oder verbessert werden können, ist es nicht angemessen, alle in einem bestimmten Landkreis oder eine kreisfreien Stadt lebenden Personen einer Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen, nur weil einzelne Personen oder Personengruppen die geltenden allgemeinen Kontaktbeschränkungen nicht freiwillig befolgten oder nicht staatlicherseits alles Mögliche und Zumutbare unternommen worden ist, um gegenüber diesen Personen die Einhaltung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen durchzusetzen,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 06.04.2021 – 13 ME 166/21;

Es ist mit der freiheitlichen Verfassung des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren, allein deshalb die Mehrheit der rechtstreuen Bürger in ihrer Bewegungsfreiheit beschränken und an einem infektiologisch völlig ungefährlichen Verhalten zu hindern, weil einige Wenige die ohnehin bereits bestehenden Kontaktverbote überschreiten,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 20.04.2021 – 13 ME 173/21.

Es ist evident, dass die Ausgangsbeschränkung den staatlichen Stellen die Kontrolle und Durchsetzung der bereits bestehenden Kontaktbeschränkungen erleichtern soll. Es ist jedoch nicht die Aufgabe des sich rechtskonform verhaltenden Bürgers, den staatlichen Stellen diese Aufgabenwahrnehmung zu erleichtern. Der Eingriff wiegt umso schwerer als er dem Einzelnen die Beweislast

gegenüber staatlichen Stellen dafür aufbürdet, warum er sich bei einer elementaren Freiheitsausübung außerhalb der Wohnung bewegt.

OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 23.04.2021 – 1 KM 221/21; SaarVerfGH NVwZ-RR 2020, 514.

2. Bei lokalen Ausbrüchen werden Schutzmaßnahmen auf die *gesamte kreisfreie Stadt oder den Kreis* ausgedehnt

Die Ausgangssperre wird nach § 28b Abs. 1 IfSG auf die gesamte kreisfreie Stadt und den gesamten Landkreis ausgedehnt, wenn dort der Schwellenwert von 100 überschritten wird. Das Erstrecken von Schutzmaßnahme auf ein größeres Gebiet ist unverhältnismäßig, wenn dies – wie in § 28b IfSG geschehen - allein auf den Inzidenzwert in diesem Gesamtgebiet gestützt wird,

OVG Münster, Beschluss vom 06.07.2020, 13 B 940/20.NE Rn. 62 (juris); VGH München, Beschluss vom 28.07.2020, 20 NE 1609, Rn. 45 (juris); Beschluss vom 29.10.2020 – 20 NE 20.2360 Rn. 31 (juris); OVG Lüneburg, Beschluss vom 15.10.2020 – 13 MN 371/20 Rn. 59 (juris); Beschluss vom 18.01.2021 – 13 MN 11/21 Rn. 32 (juris).

Die statistische Größe der auf Kreisebene ermittelten 7-Tages-Inzidenz gibt zwar - vermittelt über die Zahl der Neuinfektionen - Aufschluss über die Dynamik des jeweiligen Infektionsgeschehens und damit auch über den Anteil möglicherweise ansteckender Personen. Dennoch kann sich allein aus der Überschreitung einer 7-Tages-Inzidenz von 50 pro 100.000 Einwohnern die Erforderlichkeit eines Verbots aus diesen Landkreisen und kreisfreien Städten nicht ergeben. Wie bereits aus dem Beschluss der Bund-Länder-Konferenz vom 6. Mai 2020 - in der sich Bund und Länder auf das Kriterium der 7-Tages-Inzidenz und den maßgeblichen Schwellenwert verständigt haben – hervorgeht, kann das Infektionsgeschehen auf Kreisebene nicht nur regional verteilt, sondern auch lokalisiert und klar eingrenzbar - etwa in einem Betrieb, einer Einrichtung oder einer Wohneinheit - verlaufen. Ein solches lokal begrenztes Infektionsgeschehen ist nach dem aktuellen Lagebericht des RKI vom 26. Juli 2020 sogar der Regelfall bei größeren Ausbruchsgeschehen. Eine entsprechend detaillierte Erkenntnislage vorausgesetzt, erlaubt ein solches lokales Ausbruchsgeschehen gezielte, räumlich beschränkte Eindämmungsmaßnahmen, die das gesamte Kreisgebiet weder betreffen müssen noch - aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – dürfen,

OVG Münster, Beschluss vom 06.07.2020 - 13 B 940/20.NE - juris Rn. 52 ff.

Es ist jedenfalls möglich, dass der maßgebliche Schwellenwert der 7-Tages-Inzidenz von 50 pro 100.000 Einwohner auf Kreisebene überschritten wird, ohne dass diesem Befund eine tatsächliche Gefährdungslage im gesamten Kreis- bzw. Stadtgebiet zugrunde läge. Die dem § 28b IfSG zugrunde liegende Annahme, mit einem Aufenthalt oder Wohnsitz in einem Landkreis bzw. einer kreisfreien Stadt, in denen der maßgebliche Schwellenwert überschritten wird, gehe ein erhöhtes Infektionsrisiko einher, trifft damit weder allgemein noch in der eindeutig überwiegenden Zahl der Fälle zu, die einen aus § 28b Abs. 1 S.1 Nr. 2 IfSG resultierenden Automatismus für eine Ausgangssperre rechtfertigen könnte. Daher ist es im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, die Überschreitung des Schwellenwerts auf der jeweiligen Kreisebene als alleiniges Kriterium für das

Entstehen eines Verbots auszugestalten bzw. das Verbot pauschal an die Anreise aus oder den Wohnsitz in einem solchen Landkreis/einer solchen kreisfreien Stadt zu knüpfen. Wenn der Gesetzgeber an der 7-Tages-Inzidenz auf Kreisebene und dem derzeitigen Schwellenwert festhalten wollte, wäre zusätzlich eine behördliche Feststellung im Einzelfall über die Wahrscheinlichkeit einer flächendeckenden Ausbreitung des jeweiligen Infektionsgeschehens erforderlich, um die Verhältnismäßigkeit des Aufnahmeverbots zu wahren,

VGH München, Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609 Rn. 45 für ein Beherbergungsverbot aufgrund einer Rechtsverordnung.

Wird in einem Gebiet eine bestimmte Grenze überschritten, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres, für alle Personen in diesem Gebiet eine einheitliche Gefahrenlage anzunehmen und diesen gegenüber unterschiedslos generalisierende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen zu treffen. Vielmehr können vorhandene oder zumutbar zu ermittelnde tatsächliche Erkenntnisse zum Infektionsgeschehen in dem betroffenen Gebiet zu einer differenzierten Betrachtung und zu unterschiedlichen infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen zwingen, etwa bei zu lokalisierenden und klar eingrenzba- ren Infektionsvorkommen,

OVG Lüneburg, Beschluss vom 29.10.2020 – 13 MN 393/20 Rn. 54; OVG Münster, Beschluss vom 06.07.2020 – 13 B 940/20.NE Rn. 54 ff.

Beispielsweise könnte ein Ausbruch in *einem* Altenheim zu einem Überschreiten des Schwellenwertes von 100 führen, und im *gesamten* Kreisgebiet griffe die Ausgangssperre, also auch dort, wo u.U. zwischen diesem Altenheim und einem davon weit entfernten Ort in diesem Kreis eine Entfernung von 50 Kilometer liegt (z.B. zwischen Moers und Schermbeck im Kreis Wesel = ca. 60 km).

§ 28b IfSG enthält keine Verpflichtung der lokalen Ordnungsbehörde, diese differenzierte Feststellung zu treffen, bevor die Ausgangssperre greift. § 28b IfSG verstößt daher gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3. Keine Herstellung der Verhältnismäßigkeit durch die Ausnahmetatbestände des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG

Die Verhältnismäßigkeit der Ausgangssperre lässt sich nicht mit dem Ausnahmetatbestand des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2f IfSG begründen. Der Gesetzeswortlaut „aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Zwecken“ ist derart unbestimmt, dass der Normunterworfenen sein Verhalten daran nicht ausrichten kann. Das ergibt sich aus der erheblichen Bandbreite zwischen „der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum“ i.S.v. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2a IfSG und „der Versorgung von Tieren“ i.S.v. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2e IfSG.

Der Gesetzeswortlaut „aus ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Gründen“ ist zudem einer Interpretation anhand der Gesetzesbegründung nicht zugänglich. Die Gesetzesbegründung nennt zwar auf S. 12 beispielsweise die „Wahrnehmung eines Termins zur Schutzimpfung“. Diese Begründung ist aber abwegig, weil Impfzentren im Zeitraum zwischen 22.00 h und 5.00 h geschlossen sind. Weitere „ähnlich gewichtige und unabweisbare Gründe“ außer Obdachlosigkeit findet man in der Gesetzesbegründung nicht.

Aus § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2g IfSG folgt nicht die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs. Dieser Bestimmung mangelt es an der erforderlichen Bestimmtheit. Aus § 28 Abs. 1 Nr. 2g) IfSG lässt sich nicht entnehmen, ob diese Ausnahmeregel auf sportliche körperliche Bewegungen wie etwa Joggen beschränkt ist. Eine solche Auslegung wird durch § 28 Abs. 1 Nr. 2g a.E. IfSG mit dem Hinweis auf Sportanlagen nahegelegt. Das hätte zur Folge, dass ein alleiniger Spaziergang ab 22.00 h verboten wäre. § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2g IfSG ließe sich auch so interpretieren, dass alleinige Spaziergänge ab 22.00 h zulässig sind, weil auch ein Spaziergang eine „ausgeübte körperliche Bewegung“ i.S.v. § 28b Abs. 2g IfSG darstellt. Die Gesetzesbegründung in der BT-Drs. 19/28444 auf Seite 12 schweigt dazu.

Die Unverhältnismäßigkeit des Verbots, die Wohnung zu verlassen, ergibt sich schließlich daraus, dass jedliches Verlassen der Wohnung im Zeitraum zwischen 22.00 h und 5.00 h bußgeldbewehrt ist. § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG macht von der Bußgeldbewehrung nicht die Ausnahmen des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG. Vielmehr liegt eine Ordnungswidrigkeit nach dem eindeutigen Wortlaut des § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG immer vor, wenn jemand den Tatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 1 IfSG verwirklicht, also auch dann, wenn er eine der Ausnahmen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 IfSG verwirklicht.

4. Keine zeitliche Befristung der Ausgangssperre

Zur Bewertung der zulässigen Dauer von Freiheitsbeschränkungen stellt Art. 104 Abs. 2 GG einen Vergleichswert zur Verfügung, und zwar 2 Tage. Aus Art. 104 Abs. 2 GG ist die Wertung zu entnehmen, dass kollektive, tiefgreifende Freiheitsbeschränkungen höchstens für die Dauer von jeweils 2 Tagen angeordnet und verlängert werden dürfen,

Schmitt, Die Verfassungswidrigkeit der landesweiten Ausgangsverbote, NJW 2020, 1626 (1627 f.).

Bei Erlass einer Ausgangssperre darf der Normgeber lediglich eine Geltungsdauer von 2 Wochen für erforderlich halten, damit diese ihre Wirkung entfaltet, aber auch um zu prüfen, ob sie ihre Wirkung entfaltet hat und ob die Voraussetzung für eine Verlängerung weiterhin gegeben seien,

VG Bremen, Beschluss vom 09.04.2021 – 5 V 652/21.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 28 Abs. 2 IfSG enthält keine derartige zeitliche Befristung. Die Ausgangssperre bleibt gem. § 28 Abs. 2 S. 1 IfSG so lange in Kraft, wie der Inzidenzwert mehr als 100 beträgt. Mit anderen Worten: auf unbestimmte Zeit. Bleibt die Inzidenz in den kommenden Wochen über 100, ist damit die Ungeeignetheit der Ausgangssperre belegt; dennoch bleibt sie in Kraft. Diese Vorgehensweise ist unverhältnismäßig.

VI. § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG verletzt den Grundsatz der Normenklarheit und Gesetzesbestimmtheit sowie das Rechtsstaatsprinzip

Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert,

BVerfGE 62, 169 (183); 83, 130 (145).

Dies gilt insbesondere bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des einzelnen,

BVerfGE 25, 216 (227); BVerfGE 47, 239 (247).

Wird eine Regelungswirkung erst durch Überschreiten bestimmter Infektionszahlen ausgelöst, gilt der in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip normierte Publizitätsgrundsatz,

VGH München, Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609 Rn. 42 und 43.

§ 28b Abs. 1 S. 3 IfSG verletzt diesen Grundsatz. Für den Normbetroffenen ist nicht klar, in welchem Medium er sich Klarheit darüber verschaffen kann, ab welchem Tage die in § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG erwähnten Maßnahmen greifen. Es ist unklar, ob es sich bei der in § 28b Abs. 1 S. 3 und S. 4 IfSG erwähnten Bekanntmachung um das Gesetzes- und Verordnungsblatt eines Landes, den Bundesanzeiger oder ein Amtsblatt oder ein anderes Medium wie etwa Rundfunk oder Fernsehen handelt.

Die hinlängliche Publizität von allgemeinverbindlichen, mit Außenwirkung ausgestatteten Rechtsregeln ist ein für alle Normsetzungsakte geltendes rechtsstaatliches Erfordernis,

BVerfGE 44, 350; 65, 283; BVerwG, NJW 1962, 506.

Dem Verkündungserfordernis des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG ist bei einem Gesetz, das die gesetzlichen Tatbestände nicht selbst festlegt, sondern auf andere Normen verweist, nur genügt, wenn die in Bezug genommene Regelung im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger verkündet worden ist,

Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 82 Nr. 30.

In § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG wird die Geltung der Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG von bestimmten Tagen abhängig gemacht. Diese Tage müssen laut § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG durch die nach Landesrecht zuständige Behörde in „geeigneter Weise“ bekannt gemacht werden. Eine Landesbehörde ist allerdings nicht befugt, eine Bekanntmachung im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger zu bewerkstelligen.

Hinzu kommt, dass die einschlägige Veröffentlichungsstelle des RKI aus § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG (www.rki.de/inzidenzen) nur in den jeweils neuesten Versionen von google Chrome, Mozilla Firefox, Apple Safari und Microsoft Edge ausgeführt werden kann und in der Bevölkerung ältere Versionen dieser Browser und Browser anderer Unternehmen durchaus nicht zu vernachlässigende Verbreitung finden,

VGH München, Beschluss vom 28.07.2020 – 20 NE 20.1609 Rn. 44.

Eine den rechtstaatlichen Erfordernissen genügende Bekanntmachung der Voraussetzungen für die Geltung der in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG normierten Ausgangssperre kann daher nicht erfolgen.

B. Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

I. Schutzbereich

Der Gesetzgeber hat in § 28b Abs. 11 IfSG zutreffend erkannt, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG eingeschränkt wird.

II. Die Einschränkung ist nicht gerechtfertigt

In das Grundrecht auf Freiheit der Person darf gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden, also nicht durch ein Gesetz. Demgegenüber untersagt § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG unmittelbar den Aufenthalt von Personen außerhalb der Wohnung zwischen 22.00 h und 5.00 h. Eine Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S. 2 VwVfG ist für diese Ausgangssperre also nicht erforderlich. Damit greift § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG entgegen Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG nicht auf Grund eines Gesetzes in die Freiheit der Person ein, sondern durch ein Gesetz.

Auch aus diesem Grund ist § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG verfassungswidrig.

C. Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG

Durch die unmittelbare Anwendbarkeit des § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 IfSG fehlt es an einer Verwaltungsentscheidung, sei es eine Rechtsverordnung oder eine Allgemeinverfügung, gegen die Rechtsschutz bei den (Ober-)Verwaltungsgerichten erlangt werden kann.

Entscheidungen, die aufgrund eines schlicht subsumierenden Normenvollzugs ergehen, sind funktional typischerweise der Verwaltung vorbehalten, die für diese Aufgabe den erforderlichen Verwaltungsapparat und Sachverstand besitzt. Das Parlament darf eine solche Verwaltungstätigkeit nur an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall hinreichend sachliche Gründe bestehen,

BVerfGE 95, 1 (17); 134, 33 (88 Rn. 128).

Anderenfalls kommt es zu Defiziten beim gerichtlichen Rechtsschutz, wenn – wie bei § 28b IfSG – das Bundesverfassungsgericht das einzige Gericht ist, welches von dem normunterworfenen Bürger angerufen werden kann,

Möllers, Stellungnahme zum Entwurf des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444, Ziffer II

Derartige sachliche Gründe für das Ansichziehen der Verwaltungstätigkeit durch den Bundestag existieren nicht. Eine Ausgangssperre kann durch eine Landesrechtsverordnung auf der Grundlage von §§ 28 Abs. 1, 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG i.V.m. der Verordnungsermächtigung nach § 32 S. 1 IfSG verordnet werden. Dagegen besteht Rechtsschutz nach § 47 VwGO,

siehe z.B. VGH München, NJW 2021, 178 Nr. 24.

Indem in § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG auf kreisfreie Städte und Landkreise abgestellt wird, macht der Gesetzgeber deutlich, dass es ihm auf eine bundesweite Ausgangssperre unabhängig von regionalen Inzidenzwerten nicht ankommt. Der Bundesgesetzgeber hätte daher §§ 28a Abs. 1 Nr. 3; 32 S. 1 IfSG dahingehend ändern können, dass die Landesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung verpflichtet werden, wenn in einem Landkreis die Inzidenz von 100 überschritten wird.

D. Stellungnahme

Wir legen zur weiteren Begründung der Verfassungsbeschwerde die Ad-hoc-Stellungnahme von Prof. Dr. Hinnerk Wißmann vom 12.04.2021 zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein „Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vor. **(Anlage 6)**



Dr. Michael Terwiesche
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht