

Rechtswidrigkeit der bisherigen Coronamaßnahmen nach § 32 i.V.m. § 28 IfSG

Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Infektionskrankheit COVID-19 seit März 2020 stellen die weitreichendsten und intensivsten staatlichen Eingriffe in grundrechtliche Schutzbereiche in der Geschichte der Bundesrepublik dar. Für sie wurde keine gesonderte Ermächtigungsgrundlage durch den Bundesgesetzgeber geschaffen, sondern vielmehr – im Rahmen der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG – auf die Ermächtigungsgrundlagen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zurückgegriffen.

Praktisch sämtliche staatliche Maßnahmen wurden unmittelbar durch Rechtsverordnungen eingeführt, die die Landesregierungen auf Grundlage des § 32 IfSG erlassen haben. § 32 IfSG gestattet derartige Regelungen durch die Landesverordnungsgeber jedoch nur unter den Voraussetzungen, die die Generalklausel des § 28 IfSG setzt.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass sämtliche durch die 16 Landesregierungen seit März 2020 erlassenen ca. 120 Rechtsverordnungen rechtswidrig und damit nichtig sind, da sie sämtlich die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 28 IfSG nicht erfüllen, den Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verletzen und eklatant gegen das Verfassungsprinzip des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

Das IfSG ist als Bundesgesetz Teil des Polizei- bzw. Gefahrenabwehrrechts, dem Rechtsgebiet, welches den wesentlichen Teil staatlichen Eingriffshandelns ausmacht. Die vollziehende Gewalt (Exekutive bzw. Verwaltung) greift dabei zum Schutz vor Schäden an grundrechtlich geschützten Rechtsgütern in andere grundrechtliche Schutzbereiche ein, weil von diesen die abzuwehrende Gefahr ausgeht.

Weil der gezielte Eingriff in grundrechtliche Schutzbereiche im demokratischen Rechtsstaat zwingend einer unmittelbaren Legitimation durch ein Parlament als Repräsentant des Souveräns bedarf, müssen alle Eingriffe ihrem Grunde nach und in hinreichend bestimmter Form durch ein Parlamentsgesetz geregelt sein. Diesem unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes folgendem Vorbehalt des Gesetzes genügen die bisher ergriffenen Maßnahmen in keiner Weise. Die in § 28 IfSG geregelten Voraussetzungen staatlichen Eingriffshandelns sind für sämtliche Coronaverordnungen offensichtlich nicht gegeben gewesen, weshalb diese Landesverordnungen nach § 32 IfSG ohne Ermächtigungsgrundlage waren, was unmittelbar ihre Nichtigkeit zur Rechtsfolge hat. Auch alle aufgrund der Rechtsverordnungen ergriffenen Einzelmaßnahmen sind deshalb rechtswidrig.

Dies folgt allein schon aus dem Umstand, dass sämtliche Coronaverordnungen ausschließlich bzw. ganz überwiegend auf die Gesamtbevölkerung bzw. wesentliche Bevölkerungsteile gerichtet sind. Das Gefahrenabwehrrecht, zu dem das Infektionsschutz völlig unumstritten gehört, ist nämlich nicht nur vom Vorbehalt des Parlamentsgesetzes geprägt, sondern vielmehr zusätzlich vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Verfassungsgrundsatz ist rechtshistorisch gerade im Gefahrenabwehrrecht entwickelt worden. Er besagt, dass Maßnahmen zur Förderung eines legitimen Zwecks geeignet sein müssen (Geeignetheit), gegenüber anderen ebenso förderlichen Maßnahmen die am geringsten belastende sein müssen (Erforderlichkeit) und in ihrer belastenden Wirkung nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen dürfen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Im Gefahrenabwehrrecht hat dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine besondere Ausprägung jedoch in einem Prinzip gefunden, wonach zwingend die Inanspruchnahme nur der für die Gefahr verantwortlichen Personen gestattet. Nur als sogenannter Störer kann in Anspruch genommen werden, wer durch sein Handeln (Handlungsstörer) oder seine Verantwortung für einen Zustand (Zustandsstörer) dadurch eine konkrete Gefahr begründet, wenn bei einem ungehinderten

Geschehensverlauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit ein Schaden an geschützten Rechtsgütern Anderer eintritt.

Zur Ermittlung der in Anspruch zu nehmenden Störer ist laufend eine Lagebeurteilung und Gefahrenprognose (Gefahrerforschung) anzustellen. Die Gefahrerforschung kann auch zu dem Zwischenergebnis führen, dass eine Gefahrenprognose konsequent erscheint (Anscheinsgefahr) oder unausräumbar unsicher erscheint (Gefahrenverdacht). Die dann (nur) in Anspruch zu nehmenden Personen werden Anscheins- bzw. Verdachtsstörer genannt, die nach neuerer Dogmatik ebenfalls als Störer zu gelten haben. Wer nicht zu diesen Störern gehört (sog. Nichtstörer), kann grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden, d.h. es kann nicht in seine grundrechtlichen Schutzbereiche durch staatliches Handeln eingegriffen werden. Die Inanspruchnahme von Nichtstörern kommt nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines gefahrenabwehrrechtlichen Notstandes in Betracht.

Die allein als Ermächtigungsgrundlage in Betracht zu ziehende Regelung des § 28 IfSG regelt ausdrücklich das Verbot der Inanspruchnahme von Nichtstörern, in dem es für sämtliche Infektionsschutzmaßnahmen zur Voraussetzung macht, dass diese nur an bestimmte Adressaten gerichtet werden dürfen. Nur „Kranke“ (d.h. Ansteckende, also Störer), „Krankheitsverdächtige“ und „Ansteckungsverdächtige“ (unsicher Ansteckende, also Verdachtsstörer) können Gefahrenabwehrmaßnahmen ausgesetzt sein, nur gegen diese können staatliche Eingriffshandlungen gerichtet sein.

Die Maßnahmen zur Bekämpfung der Infektionskrankheit COVID-19 seit März 2020 knüpfen zum ganz überwiegenden Teil in keiner Weise an Umstände an, die zumindest den vagen Anfangsverdacht einer Ansteckungsgefahr begründen könnten. Es werden praktisch ausschließlich oder jedenfalls zum ganz überwiegenden Teil Menschen in Anspruch genommen, die sich lediglich räumlich im Anwendungsbereich der jeweiligen Coronaverordnungen aufhalten bzw. sich räumlich an Orten aufhalten oder aufgehalten haben, in dem Verdachtsmomente für eine Ausbreitung der Infektionskrankheit COVID-19 aufgetreten sind. Die Bekämpfung der Ausbreitung erfolgt deshalb in keiner Weise zielgerichtet, sondern ist insgesamt praktisch ausschließlich gegen die Gesamtbevölkerung gerichtet. Zu einem solchen staatlichen Eingriffshandeln vor allem oder fast ausschließlich gegenüber Nichtstörern ermächtigt § 28 IfSG aber ausdrücklich gerade nicht.

Weder die Verordnungen der Landesregierungen nach § 32 IfSG selbst, noch die auf ihrer Grundlage ergriffenen Einzelmaßnahmen haben somit eine gesetzliche Grundlage, die dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes genügen. Sie sind deshalb offenkundig verfassungswidrig und als Rechtsverordnungen unmittelbar nichtig. Auch alle auf ihrer Grundlage vorgenommenen Einzelmaßnahmen sind deshalb rechtswidrig, ohne dass es auf ihre ohnehin stets gesondert zu prüfende Verhältnismäßigkeit ankäme.

Entwurf eines § 28a IfSG nach dem 3. Bevölkerungsschutzgesetz

Nach dem Gesetzentwurf soll der Generalklausel des § 28 IfSG ein § 28a angefügt werden, der zwar in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Regierungsfractionen keine Erwähnung findet, jedoch unmittelbar Bezug nimmt auf die oben ausgeführte Verfassungswidrigkeit der bisherigen Corona-Maßnahmen. In § 28a des Entwurfs werden 15 konkrete Maßnahmen in einer Beispielaufzählung ausdrücklich als *notwendige Schutzmaßnahmen* im Sinne des § 28 IfSG bezeichnet, die praktisch sämtliche bisher durch Verordnungen der Landesregierungen nach § 32 IfSG ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Infektionskrankheit COVID-19 abbilden.

Auch wenn im Anschluss an die Beispielaufzählung von Maßnahmen ausdrücklich angefügt ist, „Die Anordnung der Schutzmaßnahmen muss ihrerseits verhältnismäßig sein“, erscheint die Auflistung

durch die vorangestellte Bezeichnung der Maßnahmen als *notwendig* direkt gegen den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerichtet.

Der überwältigende Großteil der als Schutzmaßnahmen bezeichneten Eingriffshandlungen ist praktisch ausschließlich an Nichtstörer gerichtet. Hierdurch entsteht entweder ein unüberbrückbarer Widerspruch zu der im § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG geregelten Tatbestandsvoraussetzung, nur Störer in Anspruch zu nehmen. Oder aber es soll durch die Formulierung des § 28a ein Verständnis des § 28 IfSG begründet werden, wonach die Gesamtbevölkerung als Störer zu gelten habe. Damit wäre aber notwendigerweise die normative Festlegung begründet, wonach bei den durch den Virus SARS-Covid-19 hervorgerufenen Erkrankungen staatliche Eingriffsmaßnahmen ohne eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit auf allen drei Stufen stets rechtmäßig wären. Wenn alle Beispielmaßnahmen nämlich ohne Bezug zur Verantwortlichkeit für die Gefahrenursache gegen jeden, der dem Anwendungsbereich des IfSG unterliegt, als notwendig ergriffen werden können, dann ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für den Infektionsschutz insofern ausgesetzt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip und ist damit als Verfassungsgrundsatz Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Mit der Einführung von Regelbeispielen durch § 28a IfSG, die ohne konkrete Tatbestandsvoraussetzungen unmittelbar durch das Gesetz als notwendig bezeichnet werden und im Wesentlichen gegen Nichtstörer gerichtet sind, würde der Gesetzgeber jedoch selbst unmittelbar gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen, was ihm nach Art. 20 Abs. 3 GG untersagt ist.

Auch § 28a Abs. 2 des Entwurfes dürfte sich als verfassungswidrig erweisen. Es handelt sich um eine gefahrenabwehrrechtliche Regelung, die mit dem Inzidenzwert zum Einen an eine willkürliche Größe im Rahmen der Gefahrenprognose anknüpft und zum Anderen unterschiedliche Stufen von „Schutzmaßnahmen“ regelt, die gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstößt („Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden“).

Die mit der Inzidenzzahl eingeführte Größe an positiven PCR-Tests hat schon keinen Bezug zur Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts am Schutzgut der §§ 28ff. IfSG, weil der PCR-Test weder eine Infektion, noch eine Erkrankung nachweist. Gerade in den letzten Wochen ist eine praktisch vollständige Entkopplung der Zahlen von Krankheitsfällen und positiven PCR-Tests zu beobachten. Der PCR-Test ist schon deshalb offenkundig kein geeignetes Instrument einer Gefahrenverwirklichungsprognose.

Der Erhebung von positiven PCR-Tests verstößt zudem gegen den methodischen Grundsatz, dass bei Stichprobenmessung der festzustellende Zahlenwert nicht von der Größe der Stichprobe abhängen darf. Bei dem Inzidenzwert handelt es sich um eine absolute Zahl von Positivtestungen, die notwendigerweise mit der Zahl der durchgeführten Tests ansteigt. Ein Prognosewert könnte aus dem festgestellten Zahlenwert der Inzidenz nur folgen, wenn man über einen längeren Zeitraum eine Stichproben- Reihenuntersuchung vornimmt, bei der durchgängig die Anzahl der Tests gleichbleibt. Bei Stichprobenmessungen mit unterschiedlichen Stichprobengrößen vermag der Inzidenzwert keinen Prognosewert zu ermitteln. Unterschiedliche Maßnahmen in ihrer Eingriffsintensität von einer absoluten Zahl von positiven Tests ohne Reihenuntersuchung und ohne gleichbleibende Testzahl abhängig zu machen, bedeutete somit eine willkürliche, d.h. ohne sachlichen Anknüpfungspunkt hinsichtlich der Geeignetheit der Maßnahmen von Gesetzes wegen zum Entscheidungskriterium zu machen. Hierdurch würde die oben ausgeführte Außerkraftsetzung des Verfassungsprinzips der Verhältnismäßigkeit noch verschärft.

Von dem in § 28a Abs. 2 des Entwurfes geregelten willkürlichen Inzidenzwert wird abhängig gemacht, ob nur sogenannte einfache Schutzmaßnahmen, stark einschränkende Schutzmaßnahmen oder schwerwiegende Schutzmaßnahmen ergriffen werden können. Dabei lässt die Regelung keinen Bezug zu konkreten sogenannten Schutzmaßnahmen erkennen. Es kann dem Gesetz in keiner Weise

entnommen werden, worin sich einfache Schutzmaßnahmen von stark einschränkenden Schutzmaßnahmen und von schwerwiegenden Schutzmaßnahmen unterscheiden. Weder Inhalt noch Zweck und insbesondere Ausmaß der sog. Schutzmaßnahmen ist damit durch das Gesetz bestimmt, was mit Sicherheit einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bedeutet.