



Stellungnahme zum

Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache 19/28444

## **I. Richtiges Ziel – problematische Mittel**

1. Durch den vorliegenden Gesetzentwurf erhält der Bundestag anlässlich einer akuten und dramatischen epidemiologischen Krise die Gelegenheit, mit einer bundeseinheitlichen Regelung die im Parlament verortete politische Verantwortung für die Pandemie-Bekämpfung in Deutschland zu übernehmen. Die demokratisch problematische Verantwortungsdiffusion der vom Bund moderierten Ministerpräsidentenkonferenz wird so zu einem guten Stück abgelöst.
2. Der vorgeschlagene Weg, das Verbotsregime unmittelbar im Gesetz zu regeln, ist ungewöhnlich: Im Regelfall bedürfen gesetzliche Verbote entweder eines Vollzugsakts, gegen den Rechtsschutz offensteht – oder es werden Verhaltenspflichten normiert, die zwar alle Bürgerinnen unmittelbar adressieren, die aber faktisch nur einen Teil der Bevölkerung und auch nicht grundrechtlich ausdrücklich geschütztes Handeln betreffen, so im Strafrecht. Vorliegend greift das Gesetz tief und ohne weiteren Vollzugsschritt in den konkreten grundrechtlich geschützten Handlungshorizont aller Bürgerinnen und Bürger ein. Eine solche Regelung ist ohne Vorbild. Es handelt sich weder um ein allgemeines Gesetz noch um ein Maßnahmegesetz, sondern um ein Maßnahmegesetz mit allgemeiner Geltung.

3. Die Ordnung des Grundgesetzes geht im Regelfall davon aus, dass Eingriffe in Grundrechte „auf Grund“ eines Gesetzes ergehen, das bedeutet: durch die Exekutive mit gesetzlicher Grundlage. Eingriffe unmittelbar „durch Gesetz“ sind dagegen die Ausnahme. Diese ermöglichen weniger situationsangepasstes Handeln und schließen eine gerichtliche Kontrolle weitestgehend aus. Durch das Gesetz würde aus der normativen Ausnahme die faktische Regel.
  
4. Das Problem einer solchen Regelungstechnik lässt sich an den zwei möglichen Anschlusszenarien anschaulich machen. Stellen wir uns vor, gegen das Gesetz erheben jemand, der von einer Ausgangssperre betroffen ist, jemand, der geimpft wurde, und jemand, der durch eine Maßnahme in seiner wirtschaftlichen Existenz ruiniert wurde, Verfassungsbeschwerde:
  - a. Entweder gibt es im Ergebnis gar keinen Rechtsschutz, weil das Bundesverfassungsgericht das Gesetz nicht beanstandet, dann sind gegen die Maßnahmen nur noch Demonstrationen (eingeschränkt) zulässig. Einwände werden vollständig informalisiert und politisiert. Die Steuerung der Eingriffe ist keine Sache des Rechts mehr.
  - b. Oder das Gericht beanstandet das Gesetz. Das würde als Niederlage des gesamten politischen Prozesses wahrgenommen werden, selbst wenn das Gericht nur Teile des Gesetzes aufheben würde – mit viel weitreichenderen Folgen für die Akzeptanz der Corona-Politik als bei verwaltungsgerichtlichen Beanstandungen im Einzelfall. Beide Szenarien würden die Legitimation der grundgesetzlichen Ordnung belasten. Man könnte dies vermeiden, wenn der Bund die Länder verpflichtet, Maßnahmen zu erlassen (unten VI., 1.).
  
5. Mit der Anknüpfung allein an die Inzidenz schafft das Gesetz tatbestandlich einen systematischen Bruch mit der Kriterienvielfalt des § 28a Abs. 3 IfSchG, der etwa auch die Krankenhausauslastung einbezieht. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich, es schafft allerdings einen noch unübersichtlicheren Zusammenhang zwischen Bundes- und Landesrecht und wirft die Frage auf, welche Maßnahmen in § 28a IfSchG eigentlich unterhalb des Schwellenwertes von 100 noch zulässig sein könnten. Es empfiehlt sich daher, § 28a IfSchG anzupassen und die Rechtfertigungslast für schwere Eingriffe zu qualifizieren und strengen Begründungsanforderungen zu unterwerfen.

6. Die Ausgestaltung der Notbremse könnte einen Jojo-Effekt um den Schwellenwert von 100 produzieren. Daher erscheint es überlegenswert, den Ausstieg aus der Notbremse nicht allein an die Unterschreitung des Schwellenwertes zu binden. Zudem sollte überlegt werden, für den Ausstieg einen niedrigeren Schwellenwert vorzusehen, um ein ständiges Hin und Her zu vermeiden.
7. Mit der Regelung von Verboten unmittelbar in einem Bundesgesetz entsteht zudem eine Gemengelage aus Landesverordnungsrecht und Bundesgesetz, die kaum noch jemand verstehen dürfte. Schwer nachzuvollziehen wird es, dass gegen Schutzmaßnahmen unter einer Inzidenz von 100 verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zulässig ist, oberhalb dieses Schwellenwertes aber nicht mehr. Erledigt sich eine verwaltungsgerichtliche Klage, weil kurz nach Klagerhebung der Schwellenwert auf über 100 steigt? An solche und andere Anschlussprobleme hat der Entwurf erkennbar nicht gedacht. Auch das spricht dafür, stattdessen die Länder durch Bundesgesetz auf eine Notbremse zu verpflichten, die diese in ihre Regelungen inkorporieren (unten, **VI., 1**).

## **II. Fehlender Rechtsschutz**

1. Gegen die Eingriffe unmittelbar durch das Gesetz besteht kein Rechtsschutz. Die Verfassungsbeschwerde gehört unbestritten nicht zum Kanon der Rechtsschutzgarantie. Andere Rechtsmittel sind nicht in Sicht.
2. Dass ein solcher Rechtsschutzausschluss gegen die Rechtsschutzgarantie verstößt, ist nicht abschließend entschieden, erscheint aber gut möglich. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert zwar nach herrschender, wenn auch bestrittener Ansicht keinen Rechtsschutz gegen Gesetze. Das Bundesverfassungsgericht behandelt diese Beschränkung aber mit Vorsicht, wenn durch eine gesetzliche Regelung die Arbeitsteilung mit den Fachgerichten in Frage gestellt wird, weil das Bundesverfassungsgericht faktisch zur einzigen Instanz für einen Eingriff wird, vgl. BVerfGE 95, 1 (21 f.), 139, 321 (363):

„Weitere Schranken für eine Gewichtsverlagerung von der Exekutive auf die Legislative ergeben sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung insofern, als dieser auf die gegenseitige Mäßigung und Kontrolle der Staatsorgane ausgerichtet ist und mithin auch rechtsstaatliche, grundrechtsschützende Funktionen erfüllt (vgl. BVerfGE 95, 1 [17]). 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 hinreichende sachliche Gründe bestehen (vgl. BVerfGE 95, 1 [17]; 134, 33 [88 Rn. 128]).“

3. Bei einem flächendeckenden Eingriff in eigentlich erlaubtes Verhalten, der mit einer solchen Streubreite eine derartige Fülle von Eingriffseffekten erzeugt, erscheint es schwer vorstellbar, die gerichtliche Kontrolle beim Bundesverfassungsgericht zu zentralisieren. Mit der Regelung im Gesetz bringt der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht in eine problematische Position. Es ist nun erste und einzige Instanz und muss die Gesamtverantwortung für die gerichtliche Kontrolle übernehmen. Institutionell kann es dabei nur verlieren.
4. Die These, gegen das Gesetz bestehe Rechtsschutz, weil man gegen einen wegen eines Verstoßes ergangenen Bußgeldbescheid vor Gericht ziehen könne, ist juristisch unzutreffend: Der Rechtsschutz gegen eine Sanktion kann nicht mit dem Rechtsschutz gegen das Verbot gleichgesetzt werden. Auch wenn die Verbote nicht bußgeldbewehrt wären, würden sie einen Grundrechtseingriff darstellen. Den Eingriff durch Bußgeldandrohungen zu verschärfen, löst das Rechtsschutzproblem also nicht.
5. Die Unterscheidung zwischen Rechtsschutz gegen die Maßnahme und Rechtsschutz gegen die Sanktion ist nicht akademisch, sondern praktisch rechtsstaatlich essentiell: Nur Rechtsschutz gegen die Maßnahme erlaubt es den Bürgern, eine gerichtliche Kontrolle anzustrengen, ohne sich einer Sanktion auszusetzen. Der teilweise gezogene Vergleich der Regelung mit dem Bußgeldregime im Straßenverkehrsrecht ist falsch. Nicht nur ist das Gebiet deutlich weniger eingriffsintensiv, die Verkehrsregeln werden in einer Verordnung geregelt und durch Verkehrszeichen konkretisiert. Gegen beide gibt es Rechtsschutz.

6. Gegen das Gesetz besteht im Übrigen auch kein regulärer Rechtsschutz aus einer vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage. Dies ist ein seltener verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelf gegen untergesetzliche Normen, nicht gegen Gesetze und auch nicht gegen Bescheide, die aufgrund einer Gesetzesverletzung ergangen sind (vgl. etwa BVerwG, NVwZ 2007, 1311; 2010, 1300).

Verwaltungsgerichte haben grundsätzlich keine Befugnisse, Gesetze nicht anzuwenden, Art. 100 Abs. 1 GG. Sie können diese nur dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Damit wäre der Rechtsschutz wieder in Karlsruhe zentralisiert. Etwas anderes kann sich allenfalls in einer Eilkonstellation ergeben: Praktisch macht der Entwurf aus dem eigentlich seltenen Konflikt zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 100 Abs. 1 GG (dazu *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 26. EL März 2014, VwGO § 123, Rn. 128-129b) einen Regelfall, bei dem manche Verwaltungsgerichte in einer problematischen Erweiterung ihrer Befugnisse Gesetze einstweilig aussetzen könnten. Es ist aber zum einen ungewiss, ob dies passiert, zum anderen dürfte es zu einer bemerkenswerten Rechtszersplitterung führen, also das Problem schaffen, das das Gesetz zu überwinden sucht.

### III. Zur Zulässigkeit von Ausgangssperren

1. Die Ordnung des Grundgesetzes hat bisher keine Erfahrung mit Ausgangssperren. Diese stellen, wie der Entwurf anerkennt (§ 28b Abs. 9 IfSchG-E), einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit dar,<sup>1</sup> Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 Abs. 1 GG. Solche Eingriffe sind formell nur „auf Grund“ eines Gesetzes zulässig, das die Eingriffe verfahrensrechtlich absichert. Ein Verfahren sieht der Entwurf nicht vor. Die Eingriffe erfolgen direkt. Das ist mit dem Wortlaut der grundgesetzlichen Norm nicht vereinbar.

---

<sup>1</sup> Die Feststellung in der Begründung widerspricht dem erstaunlicherweise (S. 12): „Es handelt sich vorliegend nicht um eine Freiheitsentziehung, sondern lediglich um eine Einschränkung der persönlichen Bewegungsfreiheit zu regelmäßigen Ruhens- und Schlafenszeiten, die sich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit auswirkt.“ Dass es nicht um eine Freiheitsentziehung geht, ist unbestritten, aber unerheblich. Dass keine Freiheitsbeschränkung vorliegt, wäre nur zutreffend, wenn eine zwangsweise Durchsetzung der Ausgangssperren nicht möglich wäre, was sich nicht aus dem Gesetz ergibt und auch sicherlich nicht beabsichtigt ist – und auch dann wäre dieses Verständnis des Schutzbereichs umstritten (*Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II, Rn. 101 ff.) und angesichts der Weite des Eingriffs zweifelhaft.

2. Ausgangssperren sind materiell nur dann zulässig, wenn sie gegenüber Kontaktbeschränkungen ein effizienteres Mittel darstellen. Nächtliche Ausgangssperren wurden in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung als unverhältnismäßiges Mittel eingeordnet (OVG Lüneburg vom 06.04.2021, Az.: 13 ME 166/21). Um die Erforderlichkeit von Ausgangssperren zu belegen, zitiert der Gesetzentwurf (S. 12) drei Studien. Keine dieser Studien erfüllt diesen Zweck.<sup>2</sup> Nun ist der Gesetzgeber aus guten Gründen nicht dazu verpflichtet, die Geeignetheit seiner Maßnahmen detailliert nachzuweisen. Wenn mit dem Instrument der Kontaktsperre aber ein sehr gut vergleichbares Mittel offensichtlich zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage nach der empirischen Rechtfertigung der Verhältnismäßigkeit dringlicher.
3. Der bußgeldbewehrten Ausnahmeregelung des § 28b Abs. 1 Nr. 2f. IfSchG-E mangelt es offenkundig an gesetzlicher Bestimmtheit. Den Bürgerinnen kann es nicht zugemutet werden, bei Androhung einer staatlichen Sanktion selbst entscheiden zu müssen, was ein „ähnlich gewichtiger“ Grund ist, um die eigene Wohnung verlassen zu dürfen.

#### **IV. Gleichheitsprobleme?**

Ausnahmeregelungen dürften angesichts der Intensität der Eingriffe vielleicht politische Akzeptanzprobleme schaffen, aber keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwände mit Blick auf Art. 3 GG aufwerfen. Zu rechtfertigen sind die Eingriffe, nicht die Ausnahmen von den Eingriffen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Ausnahmen an plausible soziale (Schutz vor Isolation, Sicherung der sozialen und psychischen Integrität von Jugendlichen) oder medizinische (Kontakte besser draußen als in Innenräumen) Erwägungen anschließen. Aus dieser Sicht könnten sich verfassungsrechtliche Ansprüche auf Ausnahmen (z.B. Jugendsport) ergeben, aber kaum verfassungsrechtliche Grenzen.

---

<sup>2</sup> Bei *Sharma* et al. kommen die Daten zu Ausgangssperren allein aus Italien, einigen Regionen in Deutschland und einigen Regionen in Österreich und beziehen sich nur auf einen kurzen Zeitraum. Bei *Ghasemi* et al. wird die Auswirkung auf die COVID-Inzidenz gar nicht untersucht, es bleibt bei der Beobachtung der nächtlichen Mobilität. Bei *di Domenico* et al. ist es nicht wirklich möglich, den Einfluss der Ausgangssperre von anderen Maßnahmen zu trennen. Ich lese die Evidenz so, dass stärkere *social distancing*-Maßnahmen, die tatsächlich Kontakte reduzieren (*home office*, Kontaktbeschränkungen), deutlich effektiver sind und Ausgangssperren alleine wenig bringen.

## **V. Schutz von Geimpften**

1. Bei Inkrafttreten des Gesetzes werden um die 20 % der Bevölkerung einmal geimpft worden sein. Soweit diese Impfung das Verbreitungs- und das Erkrankungsrisiko senkt, sind Maßnahmen diesen Personen gegenüber nicht mehr in gleicher Weise geeignet und erforderlich. Die Rechtfertigung von Eingriffen in ihre Grundrechte ist nicht mehr allein durch politische Entscheidungen zu determinieren. Dies gilt weniger für leichte Eingriffe wie die Maskenpflicht, es gilt umso mehr für tiefe Eingriffe wie Kontaktbeschränkungen.
2. Der vom Entwurf in § 28b Abs. 6 Satz 3 IfSchG-E gewählte Weg, eine Lösung dieses Problems in das freie Ermessen des Ordnungsgebers zu stellen, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Ermächtigung ist zu unbestimmt, um dem Maßstab des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu genügen. Sie wäre aber auch ansonsten nicht zulässig, weil solche Fragen der Grundrechtsausübung nicht im Wege der Verordnung geregelt werden können, ohne dass der Gesetzgeber die wesentlichen Kriterien vorgibt. Im Übrigen ist die Norm systematisch wiederum nicht mit § 28a IfSchG abgestimmt. Man könnte den Eindruck gewinnen, dass solche Ausnahmen nur vorgesehen werden dürften, wenn die Inzidenz über 100 liegt – ein offensichtlich absurdes Ergebnis.

## **VI. Auswege**

1. Rechtsschutz: Der Bundesgesetzgeber hat zwei Wege, das Rechtsschutzproblem zu lösen. Er kann den Bund dazu ermächtigen, diese Regelungen als Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen, und Rechtsschutz gegen eine solche VO vor dem Bundesverwaltungsgericht durch eine Ergänzung der VwGO eröffnen. Der Bundesgesetzgeber kann auch die Länder zur Umsetzung der Notbremse per Landesrechtsverordnung verpflichten. Auch dadurch würde es möglich, gegen die Regel oder ihren Vollzug Rechtsschutz zu erhalten. Zugleich würden sich die Maßnahmen den Bürgern gegenüber einheitlicher darstellen und zumindest etwas an Überschaubarkeit bewahren. Die Effizienz der Maßnahmen würde dadurch nicht verringert. Vollzugsprobleme kann es in jedem Fall geben,

weil der Bund keine binnenadministrativen Möglichkeiten hat, den Vollzug von Bundesgesetzen durchzusetzen.

2. Verordnungsermächtigung: Auf die Verordnungsermächtigung in § 28b Abs. 6 IfSchG-E neben dem unmittelbar eingreifenden Gesetz sollte nicht nur mit Blick auf die Rechte von Geimpften, sondern im Ganzen verzichtet werden. Solche Bundesverordnungen würden neben Gesetz und Landesverordnung eine dritte Ebene der Maßnahmen vorsehen und zu einem kaum überschaubaren Chaos führen.
3. Ausgangssperre: Anstelle einer verfassungsrechtlich heiklen pauschalen Ausgangssperre sollte eine erweiterte Kontaktverbotsregelung die Möglichkeit beibehalten, sich alleine und mit dem eigenen Haushalt im Außenbereich aufzuhalten.

## **VII. Schluss: Effektivität, Legalität und Akzeptanz**

Effektivität, Legalität und Akzeptanz der Regelungen stehen nicht in Widerspruch zueinander. Das vergangene Jahr hat gezeigt, dass breite Teile der Bevölkerung bereit sind, tiefe Eingriffe in ihre Grundrechte zu akzeptieren, um die Pandemie einzudämmen. Das gilt immer noch für die besonders schwierige aktuelle Situation. Es ist aber leichter, diese Maßnahmen zu akzeptieren, wenn sie juristisch und praktisch durchdacht und vorbereitet wirken.

Der vorliegende Gesetzentwurf ist offensichtlich ein Produkt der Eile. Diese Eile aber ist kein Produkt der Pandemie, die seit mehr als einem Jahr andauert, sondern eines politischen Prozesses, der auf vorhersehbare Entwicklungen bemerkenswert unvorbereitet ist.