

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
19(14)323(6)
gel ESV zur öffentl. Anhörung am
16.04.2021 - BevSchG
15.04.2021

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM | 44780 Bochum | Germany

JURISTISCHE FAKULTÄT

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und
Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie**

Gebäude GD E2/437
Universitätsstraße 150, 44801 Bochum

DR. ANDREA KIEßLING

Fon +49 (0)234 32-26818

Fax +49 (0)234 32-14271

andrea.kiessling@rub.de

www.oer.ruhr-uni-bochum.de

15. April 2021

**Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige
für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss
des Deutschen Bundestages
am 16.4.2021**

Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 19/28444)

Aufgrund der kurzen Frist kann nicht auf alle Aspekte des Gesetzentwurfs eingegangen werden.

A. Zusammenfassung und Empfehlungen

- Von einer bundesweiten Vereinheitlichung der Corona-Schutzmaßnahmen durch eine gesetzliche Regelung, die unmittelbar gilt (**self-executing Norm**), ist **abzusehen**. Sie führte zu Rechtsunsicherheit und schränkte die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bevölkerung ein.
- Das **Verhältnis** des geplanten § 28b IfSG zum bestehenden § 28a IfSG bleibt **unklar**, die Vorschriften widersprechen sich zum Teil (etwa beim Stufenverhältnis von Schulschließungen und Ausgangssperren) und bei den gewählten Schwellenwerten, die nicht überschritten werden sollen (Inzidenzwert von 50 in § 28a Abs. 3 IfSG vs. Inzidenzwert von 100 in § 28b Abs. 1 IfSG).
- Das aktuelle Infektionsgeschehen und die Situation in den Krankenhäusern in Deutschland erfordert **dringend das Ergreifen** wirksamer Schutzmaßnahmen. Eine Ausgestaltung der „Notbremse“, die das Infektionsgeschehen nur um den Inzidenzwert von 100 verstetigt, ist für eine nachhaltige Eindämmung des Infektionsgeschehens ungeeignet. **Notwendig ist keine Bremse, sondern eine Schubumkehr**.
- **Nächtliche Ausgangssperren** als Freiheitsbeschränkungen dürfen **nicht unmittelbar durch Gesetz** angeordnet werden. Sie sind außerdem **unverhältnismäßig**. Die Begründung des Entwurfs trägt diese Maßnahme nicht einmal ansatzweise; darüber hinaus ist auch die konkret gewählte Ausgestaltung höchst problematisch. Auf diese Maßnahme sollte verzichtet werden; stattdessen sollten Maßnahmen ergriffen werden, die Kontakte punktueller und wirksamer beschränken bzw. umfangreicheren Schutz versprechen.
- Es wird empfohlen, den Gesetzentwurf in der derzeitigen Fassung nicht anzunehmen. Das **IfSG enthält** in den §§ 28ff. **bereits alle Befugnisse**, die für das Ergreifen von Schutzmaßnahmen erforderlich sind. Es ist aktuell **allein eine Frage des politischen Willens**, ob ausreichende Epidemiebekämpfungsmaßnahmen (nach derzeitigem Stand auf Bundesländerebene) ergriffen werden. Da die Bundesländer untätig bleiben, sind verbindliche Vorgaben des Bundes möglicherweise unumgänglich; es sollte jedoch eine Regelung gewählt werden, die die Länder **verpflichtet**, bestimmte Vorgaben durch Rechtsverordnung **umzusetzen**.

B. Ausgangssituation: Bundesweit einheitliche Regelungen zur Epidemiebekämpfung

Der Gesetzgeber will mit dem vorliegenden Gesetzentwurf die Corona-Schutzmaßnahmen bundesweit vereinheitlichen; er sieht insoweit eine „Lücke“ im bestehenden System der §§ 28ff. IfSG. Grundsätzlich ist eine bundesweite Vereinheitlichung – unter bestimmten Voraussetzungen – zu begrüßen, da es sich bei übertragbaren Krankheiten um **grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren** handelt. Für eine solche Vereinheitlichung stehen mehrere Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung: So hätte etwa der bestehende § 28a IfSG klarer formuliert werden können oder man könnte eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung schaffen (wie nun in § 28b Abs. 6 IfSG beabsichtigt) oder eine Art Stufenplan verabschieden, der die Länder verpflichtet, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Von der unmittelbaren Anordnung von Maßnahmen durch Gesetz ist abzuraten (siehe unten II.).

I. Allgemeines Verhältnis zu § 28a IfSG

1. Ziel des Gesetzentwurfs und § 28a Abs. 3 IfSG

Der bestehende § 28a Abs. 3 S. 1 IfSG nennt zwei Ziele: Corona-Schutzmaßnahmen sind insbesondere an dem Schutz von Leben und Gesundheit und der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems auszurichten. Um diese Ziele zu erreichen, definiert § 28 Abs. 3 S. 5-7 IfSG zwei Schwellen, an denen sich die Ergreifung von Maßnahmen im Rahmen eines wirksamen Schutzkonzepts zur Eindämmung von SARS-CoV-2 zu orientieren haben:

⁵Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind umfassende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine **effektive Eindämmung** des Infektionsgeschehens erwarten lassen.

⁶Bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind breit angelegte Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die eine **schnelle Abschwächung** des Infektionsgeschehens erwarten lassen.

⁷Unterhalb eines Schwellenwertes von 35 Neuinfektionen je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen kommen insbesondere Schutzmaßnahmen in Betracht, die die Kontrolle des Infektionsgeschehens unterstützen.

Zwar ist im Einzelnen unklar, welche Maßnahmen genau bei welcher Schwelle ergriffen werden müssen bzw. ergriffen werden dürfen, klar ist jedoch das Ziel: Die Maßnahmen müssen das Infektionsgeschehen „**effektiv eindämmen**“ bzw. „**schnell abschwächen**“. Dies ist nur dann der Fall, wenn der 7-Tages-Inzidenzwert (bei vergleichbarer Anzahl durchgeführter Tests) wieder unter die Schwellen von 50 bzw. 35 sinkt.

Klar wird außerdem, dass § 28a einen 7-Tages-Inzidenzwert von 50 als äußerste Grenze versteht. Spätestens hier müssen die zuständigen Behörden zusätzliche Maßnahmen ergreifen, wenn mit

den bisherigen Maßnahmen das Infektionsgeschehen nicht eingedämmt werden konnte. Zwar darf die Corona-Epidemie nicht allein mit Schutzmaßnahmen, die in die Grundrechte der Bevölkerung eingreifen, sondern sie muss auch auf anderem Wege – also anstelle von oder parallel zu Schutzmaßnahmen nach § 28a – bekämpft werden, z.B. durch eine effizientere Teststrategie, durch die Aufstockung der Gesundheitsämter mit Personal und Technik und durch die Förderung von Forschung, die Erkenntnisse zu den häufigsten Übertragungsorten generiert, damit Schutzkonzepte passgenauer zugeschnitten werden können¹. Je näher das Gesundheitssystem – namentlich die Intensivstationen – an ihre Belastungsgrenze geraten, desto dringlicher sind jedoch Corona-Schutzmaßnahmen nach den §§ 28ff. IfSG. Dass diese ggf. durch ein früheres, wirksameres staatliches Tun (ggf. an anderer Stelle) hätten vermieden werden können, ändert nichts an der staatlichen Schutzpflicht in diesem Moment, sondern kann höchstens eine Rolle bei späteren staatshaftungsrechtlichen Fragen spielen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich der geplante § 28b IfSG zu den bereits geltenden Regelungen verhält. Die Maßnahmen des § 28b werden für notwendig gehalten, „wenn die besonderen Maßnahmen ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 50 pro 100.000 Einwohner nicht hinreichend wirksam waren, um eine Verdopplung der Inzidenz auf 100 zu verhindern“². Die Maßnahmen ab einer Inzidenz von 50 müssen bislang – wie aufzeigt – das Infektionsgeschehen so eindämmen, dass die 50er-Schwelle wieder unterschritten wird – nicht etwa nur in dem Umfang, dass eine Verdopplung auf 100 vermieden wird. Mit anderen Worten: Eine Situation, in der die zuständigen Behörden bei einer Inzidenz von 75 untätig bleiben (insbesondere bei einem R-Wert > 1), ist aktuell mit § 28a IfSG nicht vereinbar.

Mit § 28b soll nun eine neue Schwelle in das System der §§ 28ff. eingefügt werden, die sich in Widerspruch zu der Regelung des § 28a Abs. 3 setzt. Da Anlass für das Gesetzgebungsverfahren die Weigerung einiger Bundesländer ist, die Beschlüsse der MPK von Anfang März 2021 umzusetzen, ist nicht davon auszugehen, dass diese Länder nach Inkrafttreten des § 28b unterhalb einer Schwelle von 100 nachhaltige Maßnahmen ergreifen werden. Es steht vielmehr zu befürchten, dass die „Notbremse“ (jedenfalls in der nächsten Zeit) dazu führt, dass sich das Infektionsgeschehen bei ca. 100 einpendeln wird. Dazu passt auch der Begriff „Bremse“ – **notwendig ist aber keine Bremse, sondern eine Schubumkehr**, d.h. eine nachhaltige Reduktion der Fallzahlen. Ggf. wird aber noch nicht einmal das Ziel der Bremse erreicht, wenn mit den in § 28b vorgesehenen Maßnahmen das derzeitige exponentielle Wachstum nicht nachhaltig eingehegt werden kann und die Zahlen weiter steigen.

¹ Dazu OVG Lüneburg Beschl. v. 15.2.2021 – 13 MN 44/21, Rn. 41.

² BT-Drs. 19/28444, S. 1.

Die geplante „Notbremse“ stellt inhaltlich den **Kompromiss** dar, der auf der **MPK Anfang März** „als kleinster gemeinsamer Nenner“ vereinbart wurde. Er war schon damals nur ein politischer Kompromiss, der die **Vorgaben des § 28a Abs. 3 IfSG missachtete**. Außerdem war er wohl auch schon zum damaligen Zeitpunkt in seiner Wirkung nicht ausreichend (bundesweiter 7-Tages-Inzidenzwert von **64/100.000** Einwohner*innen am 3.3.2021³); seitdem haben sich die gemeldeten Infektionszahlen mehr als verdoppelt (bundesweiter 7-Tages-Inzidenzwert von **160,1** am 15.4.2021). Unabhängig von der juristischen Bewertung stellt sich die Frage, inwiefern das Instrument von Anfang März überhaupt eine angemessene Reaktion auf das jetzige Infektionsgeschehen darstellen kann. Der Gesetzgeber schreibt selbst, dass damit zu rechnen sei, „dass die Belastung für die Intensivstationen durch das Auftreten der Varianten B.1.1.7, trotz Erfolgen bei der Impfung von besonders vulnerablen Bevölkerungsgruppen, insgesamt noch größer wird.“⁴ Inwiefern bei dieser Lage gerade eine 7-Tages-Inzidenz von 100 eine angemessene Reaktionsschwelle darstellt, erklärt er nicht. Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass sich die bislang in § 28 Abs. 3 genannten Schwellenwerte von 35 und 50 und die Fähigkeit der Gesundheitsämter, bis zu diesen Grenzen die individuelle Kontaktnachverfolgung sicherstellen zu können, noch auf den Wildtyp von SARS-CoV-2 bezogen, als § 28a im November 2020 ins IfSG eingefügt wurde. Der Gesetzgeber hat durch das EpiLage-Fortgeltungsgesetz vom 29.3.2021 sogar ausdrücklich die Berücksichtigung von Virusvarianten in § 28a Abs. 3 ergänzt. Eine solche Berücksichtigung spricht aber eher dafür, die Werte mittlerweile niedriger als bei 35 und 50 anzusetzen, und nicht dafür, nun einen neuen Wert von 100 zu etablieren. Der Gesetzgeber schreibt im aktuellen Entwurf selbst, dass es erforderlich sei, „die Infektionszahlen niedrig zu halten, um die Wahrscheinlichkeit einer Verschärfung und Verlängerung der Epidemie durch Virusvarianten zu senken“⁵ – ein Durchschnittswert von 100 ist aber nicht „niedrig“.

2. In § 28b aufgeführte Maßnahmen und § 28a Abs. 2 IfSG

Unabhängig von der Verhältnismäßigkeit der einzelnen in § 28b vorgesehenen Maßnahmen stellt sich auch die Frage, wie sich die Vorschrift zu § 28a Abs. 2 IfSG verhält. Denn § 28a Abs. 2 IfSG sieht nächtliche Ausgangssperren ausdrücklich als ultima ratio vor. Anders regelt § 28a Kita- und Schulschließungen; diese unterliegen keinen besonderen Voraussetzungen. Das ist zwar seinerseits hochproblematisch; dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass sich der Gesetzgeber mit dem geplanten § 28b in Widerspruch zu dem Stufensystem des jetzigen § 28a setzt, ohne diesen Widerspruch durch eine Änderung des § 28a aufzulösen. Denn der geplante § 28b sieht

³ Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) v. 3.3.2021.

⁴ BT-Drs. 19/28444, S. 9.

⁵ BT-Drs. 19/28444, S. 10.

Ausgangssperren bereits ab einer Schwelle von 100, Kita- und Schulschließungen aber erst ab einer Schwelle von 200 vor.

II. Geltung der Maßnahmen unmittelbar durch Gesetz

§ 28b Abs. 1 stellt insoweit eine Abkehr von der bisherigen Regelungsart dar, als das Gesetz die Geltung der aufgeführten Maßnahmen unmittelbar für den Fall anordnet, dass die 7-Tages-Inzidenz in einem Landkreis oder in einer Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen den Wert von 100 überschreitet. Das Gesetz ist somit self-executing. Hieraus ergeben sich mehrere Probleme:

1. Überschreiten der Schwelle und Auslösen der Notbremse

In § 28b Abs. 1 IfSG heißt es bloß:

„Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die nach § 28a Absatz 3 Satz 13 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: ...“

Auslösen soll die Notbremse somit die Veröffentlichung der Inzidenzwerte auf dem RKI-Dashboard unter der Internetadresse <http://corona.rki.de>⁶. Anders als bei Rechtsverordnungen oder Allgemeinverfügungen gibt es somit kein offizielles Inkraftsetzen der Regelung, die durch eine Veröffentlichung der Regelung bekanntgemacht wird. Die Bevölkerung muss vielmehr selbst die Internetseite beobachten und die Tage, an denen die 100er-Schwelle überschritten wird, „mitzählen“. Die Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 gelten dann erst ab dem übernächsten Tag. Da die „Notbremse“ gem. § 28b Abs. 2 nach fünf Tagen, an denen die 100er-Schwelle unterschritten wird, außer Kraft treten soll – wiederum am übernächsten Tag –, wird oft Unklarheit darüber herrschen, welche Maßnahmen aktuell gelten. Rechtssicherheit würde erst eine Feststellung des Über- bzw. Unterschreitens der 100er-Schwelle durch den jeweiligen Landkreis bzw. die jeweilige Stadt durch Allgemeinverfügung bringen, wie dies zum Teil in den Bundesländern praktiziert wird/wurde, wo die Landkreise/Städte bestimmte Maßnahmen ab einem bestimmten Inzidenzwert aufgrund einer Vorgabe der Landesverordnung ergreifen mussten. Der Gesetzentwurf regelt einen solchen Mechanismus aber nicht ausdrücklich.

⁶ BT-Drs. 19/28444, S. 11.

2. Abweichen durch Rechtsverordnung

Dieses Problem, dass für die Bevölkerung nicht immer klar sein wird, welche Maßnahmen an ihrem Wohnort gelten, wird dadurch verschärft, dass § 28b Abs. 6 IfSG eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung enthält, mittels derer von den Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG abgewichen werden kann. Durch Rechtsverordnung sollen nicht nur weitergehende Maßnahmen, sondern auch „Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen“ sowie „besondere Regelungen für Personen, bei denen von einer Immunisierung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 auszugehen ist oder die ein negatives Ergebnis eines Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen können“, geregelt werden können. Für die letzte Kategorie stellt sich schon die Frage, warum diese Ausnahmen nicht bereits in § 28b Abs. 1 IfSG (oder allgemein in § 28 IfSG) aufgenommen werden.

Das **Zusammenspiel von § 28b Abs. 1 IfSG** – das unmittelbar Maßnahmen für bestimmte Fälle anordnet – **und möglicherweise anderslautenden Rechtsverordnungen** der Bundesregierung **erschwert es der Bevölkerung** jedenfalls, die für sie geltende und sich ggf. regelmäßig ändernde Rechtslage herauszufinden.

3. Rechtsschutz

Da § 28b Abs. 1 self-executing wäre, entfielen die Rechtsschutzmöglichkeiten, die gegen Rechtsverordnungen der Bundesländer besteht (in der Regel Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Wer sich gegen die unmittelbar geltenden Maßnahmen des § 28b Abs. 1 wehren will, muss direkt das **BVerfG** im Wege der **Verfassungsbeschwerde** anrufen; der ansonsten im Verwaltungsrecht offenstehende Verwaltungsrechtsweg fällt weg. Dies wird auf Einzelne abschreckend wirken; der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ist wohl grundsätzlich niedrighwelliger. Der Rechtsschutz im Eilverfahren vor dem BVerfG war bislang während der Corona-Epidemie inhaltlich auch nicht so differenzierend wie der der Verwaltungsgerichte. Eine bloße Folgenabwägung, die das BVerfG oft nur vornimmt, ohne sich ausführlich der zugrundeliegenden Norm zu widmen, würde die Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergleich zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz verkürzen.

Außerdem bleiben Einzelheiten unklar, so müsste wohl bei der nächtlichen Ausgangssperre ggf. erst eine Klage auf Feststellung erhoben werden, dass der Grund, warum das Haus verlassen werden soll, einen „ähnlich gewichtigen und unabweisbaren“ Grund im Sinne der § 28b Abs. 1 Nr. 1 lit f. IfSG darstellt. Für die Bevölkerung ist diese Art der Regelung deswegen grundsätzlich nachteilig.

4. Ausgangssperren als Freiheitsbeschränkung

Abgesehen von der Frage, ob nächtliche Ausgangssperren überhaupt eine verhältnismäßige Corona-Schutzmaßnahme darstellen können (dazu unter III.), dürfen sie nicht unmittelbar durch Gesetz angeordnet werden. Bei ihnen handelt es sich um eine **Freiheitsbeschränkung** iSd Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG⁷, denn sie stellen eine selbstständige (nicht nur mittelbare) Pflicht zum Verbleiben an einem bestimmten Ort (in der häuslichen Wohnung) dar⁸. Der Gesetzgeber widerspricht sich im Entwurf selbst, wenn er einerseits eine *Freiheitsentziehung* verneint und nur einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit annimmt⁹ (ohne auf die Möglichkeit einer *Freiheitsbeschränkung* einzugehen), aber gleichzeitig in § 28b Abs. 9 IfSG das Grundrecht der „Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes)“ als mögliches einzuschränkendes Grundrecht im Rahmen der Wahrung des Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG nennt. Eine andere Maßnahme, die in dieses Grundrecht eingreifen könnte, ist im Katalog des § 28b Abs. 1 nicht aufgeführt.

Dem Wortlaut der Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG nach können Freiheitsbeschränkungen **nur aufgrund eines Gesetzes** angeordnet werden. Hier wird nicht der an anderen Stellen im Grundgesetz übliche Gesetzesvorbehalt „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ verwendet; die Möglichkeit, den Eingriff „durch Gesetz“ vorzunehmen, wird nicht erwähnt. Bei Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG könnte dies darauf zurückzuführen sein, dass der ebenfalls in Art. 2 Abs. 2 GG erwähnte Eingriff in das Leben und die körperliche Unversehrtheit faktisch nicht „durch Gesetz“ erfolgen kann. Dies ist bei Freiheitsbeschränkungen zwar anders; dass auch hier Eingriffe nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen dürfen, ergibt sich spätestens aus Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG¹⁰. Diese Vorgabe kann man damit erklären, dass Freiheitsbeschränkungen besonders intensive Grundrechtseingriffe darstellen, die nicht allein durch eine Gewalt angeordnet werden sollen; auf diese Weise wird die Verantwortung auf mehrere Gewalten übertragen¹¹.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Ausgangsbeschränkungen nicht unmittelbar durch Gesetz, sondern **nur durch die Exekutive aufgrund eines Gesetzes** angeordnet werden dürfen. Eine entsprechende Ermächtigung für die Exekutive enthält § 28a Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG bereits.

⁷ Schmitt NJW 2020, 1626; Kießling in: dies. (Hrsg.), IfSG, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 33.

⁸ Dazu Gusy, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2011, § 93 Rn. 10.

⁹ BT-Drs. 19/28444, S. 12.

¹⁰ Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, 86. Lfg., Art. 104 Rn. 41; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 2 Abs. 2 Rn. 198; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 106; im Ergebnis wohl auch Radtke, in: BeckOK-GG, 15.11.2020, Art. 104 Rn. 6f.

¹¹ Dies gilt im besonderen Maße für Freiheitsentziehungen als qualifizierte Freiheitsbeschränkungen, hier sieht Art. 104 GG als weitere qualifizierte Voraussetzung sogar die Anordnung durch einen Richter (Abs. 2 S. 1) vor.

III. Nächtliche Ausgangssperren

Nächtliche Ausgangssperren sind in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung **höchst umstritten**. Während die Rechtsprechung sie im Winter noch größtenteils billigte¹², lehnt das Schrifttum sie regelmäßig ab¹³. Mittlerweile haben auch viele Gerichte sie gekippt oder jedenfalls scharf kritisiert¹⁴. In den letzten Tagen wurde diese Maßnahme sehr kontrovers in der Öffentlichkeit diskutiert.

Nächtliche Ausgangssperren stellen in der Sache verschärfte Ausgangsbeschränkungen dar, bei denen sich die Betroffenen für das Verlassen ihrer Wohnung und dadurch **für die Ausübung ihrer Grundrechte rechtfertigen** müssen¹⁵, was bereits **verfassungsrechtlich problematisch** ist¹⁶. Anstelle von Ausgangsbeschränkungen sind deswegen stets Kontaktbeschränkungen zu wählen, da diese aufgrund ihrer Passgenauigkeit mildere, mindestens gleich geeignete Maßnahmen darstellen¹⁷.

Selbst wenn man „normale“ Ausgangsbeschränkungen, die das Verlassen der Wohnung nur bei triftigen Gründen erlauben, für grundsätzlich zulässig hielte, müssten nächtliche Ausgangssperren anders beurteilt werden. Bei nächtlichen Ausgangssperren wird der Katalog der triftigen Gründe, der tagsüber das Verlassen der Wohnung erlaubt, noch einmal reduziert, **ohne dass nachts das Ansteckungsrisiko größer wäre als tagsüber**. Ein solches erhöhtes nächtliches Infektionsrisiko behauptet auch der Gesetzgeber nicht, der eindrücklich darlegt, dass es ihm hauptsächlich um die indirekte Unterbindung „private[r] Zusammenkünfte im öffentlichen wie auch privaten Raum“ geht¹⁸. Diese Begründung trägt jedoch die Anordnung einer nächtlichen Ausgangssperre nicht:

Zusammenkünfte im öffentlichen Raum sind bereits beschränkt (und sollen dies nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 weiter sein) und können durch die zuständigen Behörden leichter kontrolliert werden als

¹² VGH München NJW 2021, 178; VG Karlsruhe Beschl. v. 10.12.2020 – 2 K 5102/20, Rn. 62ff.; Bay. VerfGH Beschl. v. 17.12.2020 – Vf. 110-VII-20; VGH München Beschl. v. 11.1.2021 – 20 NE 20.3030, BeckRS 2021, 163; VG Wiesbaden Beschl. v. 15.1.2021 – 7 L 31/21.WI, Rn. 27ff.; VG Sigmaringen Beschl. v. 16.2.2021 – 3 K 326/21, Rn. 71ff.; OVG Weimar Beschl. v. 18.2.2021 – 3 EN 67/21.

¹³ *Schmitt*, Wen soll das schützen? Die landesweiten Ausgangsverbote sind verfassungswidrig, Verfassungsblog v. 18.12.2020; *Kießling* NJW 2021, 182f.

¹⁴ VG Hannover, Beschl. v. 2.4.2021 – 15 B 2905/21; VG Osnabrück, Beschl. v. 6.4.2021 – 3 B 24/21; OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21; VG Frankfurt, Beschl. v. 9.4.2021 – 5 L 919/2; VG Arnshausen, Beschl. v. 13.4.2021 – 6 L 286/21; Beschl. v. 14.4.2021 – 6 L 291/21. Vgl. auch schon VG Aachen Beschl. v. 23.12.2020 – 7 L 951/20, Rn. 24f.; VGH Mannheim Beschl. v. 5.2.2021 – 1 S 321/21; VG Frankfurt Beschl. v. 30.12.2020 – 5 L 3467/20.F, Rn. 14; VG Minden Beschl. v. 8.1.2021 – 7 L 12/21, Rn. 48.

¹⁵ Krit. VerfGH Saarl. Beschl. v. 28. 4. 2020 – Lv 7/20, Rn. 51; *Schmitt* NJW 2020, 1626 (1630); *Volkman*, Das Maßnahmegesetz, Verfassungsblog v. 20.11.2020; *Schmitt*, Wen soll das schützen? Die landesweiten Ausgangsverbote sind verfassungswidrig, Verfassungsblog v. 18.12.2020; vgl. auch VerfGH Bln. Beschl. v. 14. 4. 2020 – 50 A/20, Rn. 16 (Sondervotum).

¹⁶ *Kießling*, NJW 2021, 182 (183).

¹⁷ VerfGH Saarl. Beschl. v. 28.4.2020 – Lv 7/20; *Katzenmeier* MedR 2020, 461 (465).

¹⁸ BT-Drs. 19/28444, S. 12.

nächtliche Ausgangssperren¹⁹: Während bei Ausgangssperren auch Einzelne von der Polizei angesprochen werden müssen, kann sich die Polizei bei der Kontrolle der Einhaltung von Kontaktbeschränkungen auf die Zusammenkunft mehrerer Personen konzentrieren.

Zusammenkünfte im privaten Raum sind in manchen Bundesländern – z.B. NRW – nach wie vor nicht reglementiert, weil die Kontaktbeschränkungen dort nur im öffentlichen Raum gelten; der geplante § 28b Abs. 1 Nr. 1 wird in diesen Ländern somit eine erhebliche Verschärfung darstellen. Gerade in diesen Bundesländern kann somit nicht unterstellt werden, dass sich in den Abend- und Nachtstunden Personen „illegal“ treffen, denn dieses Verhalten ist ja dort noch nicht verboten.

Aber auch in den Bundesländern, in denen bereits Kontaktbeschränkungen im privaten Raum gelten, kann nicht **ohne** weitere **Nachweise** unterstellt werden, dass sich so viele Personen in den Abend- und Nachtstunden privat treffen, dass es für die Kontrolle dieser Beschränkung einer Ausgangssperre bedürfte. Hier wäre einerseits mehr erforderlich als der Hinweis auf „Mobilität in den Abendstunden“, um überhaupt die Existenz dieser privaten Treffen in dem behaupteten Ausmaß zu belegen, und andererseits die Darlegung, warum eine Kontrolle dieser privaten Treffen auch durch gesteigerte Bemühungen von vorneherein erfolglos bleiben würde²⁰. Ein Halbsatz in der Gesetzesbegründung dazu reicht nicht aus²¹. In den Worten des OVG Lüneburg:

Vorrangig sind „Maßnahmen, die ein noch aktiveres Handeln staatlicher Stellen bei der Pandemiebekämpfung erfordern, in den Blick zu nehmen und zu forcieren“; bevor „dies nicht geschehen ist oder bevor nicht feststeht, dass solche Maßnahmen nicht erfolgversprechend ergriffen oder verbessert werden können, erscheint es nicht angemessen, alle in einem bestimmten Gebiet lebenden Personen einer Ausgangsbeschränkung zu unterwerfen, nur weil einzelne Personen und Personengruppen die geltenden allgemeinen Kontaktbeschränkungen nicht freiwillig befolgen oder nicht staatlicherseits alles Mögliche und Zumutbare unternommen wurde, um gegenüber diesen Personen und Personengruppen die Einhaltung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen durchzusetzen, zumal auch die Ausgangsbeschränkung der freiwilligen Befolgung oder nötigenfalls der staatlichen Durchsetzung bedürfte“.²²

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

¹⁹ Vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21, Rn. 32.

²⁰ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21, Rn. 30f.

²¹ BT-Drs. 19/28444, S. 12: „weil die Einhaltung der allgemeinen Kontaktregeln gerade zur Abend- und Nachtzeit auf andere Art und Weise – nach einer etwaigen Intensivierung der behördlichen Kontrollbemühungen – nicht sichergestellt werden kann“.

²² OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.4.2021 – 13 ME 166/21, Rn. 37.

ist“²³, bedürfte es eines Belegs. Angesichts der Tatsache, dass in Büros nach wie vor die Maske abgenommen werden darf, wenn ein Mindestabstand von 1,5 Metern eingehalten wird (vgl. z.B. § 1 Abs. 4 S. 2 CoronaschutzVO NRW), in Supermärkten das Personal keine Maske tragen muss, wenn es hinter einer Plexiglasscheibe sitzt (vgl. z.B. § 3 Abs. 5 CoronaschutzVO NRW) und in manchen Bundesländern Handwerker keine Maske tragen müssen, wenn sie einen fremden Haushalt aufsuchen (vgl. z.B. Thüringer SARS-CoV-2-Infektionsschutz-Maßnahmenverordnung), wirkt eine solche Unterstellung wie ein Affront gegen alle Personen, die sich im privaten Bereich durch Einhaltung aller empfohlenen Maßnahmen versuchen zu schützen.

Es mag sein, dass die nächtliche Ausgangssperre in die „regelmäßigen Ruhens- und Schlafenszeiten“ fällt²⁴ – dies gilt aber nicht für alle Betroffenen (insbesondere nicht bei einem Beginn ab 21 Uhr); gölte es für alle Betroffenen, würde es die **Unwirksamkeit der Maßnahme** belegen: Je mehr sich der Staat darauf beruft, dass die Ausgangssperre doch nur für wenige Personen eine Einschränkung bedeutet, desto ungeeigneter wird sie. Absurd wird es, wenn gleichzeitig darauf verwiesen wird, dass durch die Ausgangsbeschränkung „eine gewisse Zahl unbeabsichtigter Kontakte zwischen Menschen, etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln oder Fluren eines Mehrfamilienhauses, verhindert werden“²⁵: Diese sollten während der „regelmäßigen Ruhens- und Schlafenszeiten“ ja schon nicht in nennenswertem Umfang bestehen; abgesehen davon gilt im ÖPNV bereits eine qualifizierte Maskenpflicht und auch das Infektionsrisiko in Fluren von Mehrfamilienhäusern (falls es überhaupt in nennenswertem Umfang besteht) kann durch das Tragen einer Maske reduziert werden.

Berücksichtigt werden muss außerdem, dass nächtliche Ausgangssperren dazu führen, dass Supermärkte etc. so früh schließen müssen, dass alle Einkaufenden noch bis 21 Uhr zu Hause ankommen, was wiederum dazu führt, dass sich in Städten, in denen Supermärkte in der Regel bis 22 oder 24 Uhr geöffnet sind, die Einkäufe auf weniger Stunden am Tag konzentrieren. Durch nächtliche Ausgangssperren erhöht man also die Kontakte in den Supermärkten tagsüber.

§ 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG sieht Ausgangssperren bislang als ultima ratio vor (vgl. schon oben unter I. 2.). Der Gesetzgeber erläutert nicht, inwiefern er Ausgangssperren für verhältnismäßig hält, wenn gleichzeitig Menschen im ÖPNV und in Büros in großer Anzahl aufeinandertreffen, Frisöre weiterhin öffnen (§ 28b Abs. 1 Nr. 8) und „Berufssportler“ Mannschaftssport betreiben dürfen (§ 28b Abs. 1 Nr. 6).

²³ BT-Drs. 19/28444, S. 12.

²⁴ Dies aber betonend BT-Drs. 19/28444, S. 12.

²⁵ BT-Drs. 19/28444, S. 12.

Nächtliche Ausgangssperren sind somit **insgesamt unverhältnismäßig**; § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG ist zu streichen. Will der Gesetzgeber dennoch an ihnen festhalten, müssten jedenfalls folgende Dinge geändert werden:

- Von der derzeitigen Ausgestaltung werden viele Menschen erfasst, die gar keine Kontakte zu anderen Personen haben wie Spaziergänger oder Jogger. Wer ganz offensichtlich für niemanden ein Infektionsrisiko darstellt, darf nicht mit einer solchen Maßnahme belegt werden. Für diese Personen muss die Ausnahme ausdrücklich aufgenommen werden.
- Eine nächtliche Aussetzung der Versammlungsfreiheit wäre mit Art. 8 GG nicht vereinbar. Während der Katalog der zulässigen Gründe in § 28b Abs. 1 Nr. 2 lit. a-f die Teilnahme an Versammlungen nicht erwähnt, will § 28b Abs. 5 IfSG Versammlungen „nicht den Beschränkungen nach Absatz 1“ unterfallen lassen, was wohl heißen soll, dass die Teilnahme an Versammlungen einen triftigen Grund iSd Katalogs darstellt. Dies sollte aus Gründen der Rechtsklarheit in § 28b Abs. 1 Nr. 2 klargestellt werden.

IV. Kita- und Schulschließungen (§ 28b Abs. 3)

Maßnahmen für Kitas und Bildungseinrichtungen betreffen jeweils (abgesehen vom Personal) eine vergleichsweise altershomogene Gruppe. **Es liegt deswegen nahe, für diese Maßnahmen auch einen altersabhängigen Inzidenzwert anzusetzen.** Denn die Aussagekraft des Durchschnittsinzidenzwertes verändert sich mit dem Anstieg der Impfquote innerhalb der Bevölkerung. Hierauf weist der Gesetzgeber selbst hin²⁶, zieht aber keinerlei Schlüsse hieraus. Dabei gilt dies gerade für Kinder, die aktuell noch gar keine Gelegenheit für eine Impfung haben. Ein Wert von 200 bedeutet für Kinder bei einer Bevölkerungsimpfquote von 0 ein anderes Infektionsrisiko als bei einer Bevölkerungsimpfquote von 25%: Solange sich das Infektionsgeschehen zu großen Teilen in Alten- und Pflegeheimen abspielte, war das Risiko für Kinder vergleichsweise gering; seitdem die älteren Jahrgänge fast vollständig geimpft sind, steigt – bei gleichbleibender Inzidenz – das Ansteckungsrisiko der Kinder. Schaut man sich die altersabhängigen Inzidenzwerte an, zeigt sich, dass die Werte in der Gruppe der Kinder regelmäßig über dem Durchschnittswert innerhalb eines Landkreises oder einer Stadt liegen.

Aber auch bei **absoluter Betrachtung** liegt die Schwelle von 200 für das Schließen von Kitas und Schulen **sehr hoch**; auch diese Schwelle ist bislang in § 28a an keiner Stelle vorgesehen.

Eine Auslegung von § 28b Abs. 3 ergibt, dass wohl auch die **Schließung von Kitas und Tagespflegeeinrichtungen** von der Vorschrift erfasst sein soll. Die Norm ist in der Hinsicht aber sehr unständig formuliert; in S. 1 und 2 wird ausschließlich auf Schulen Bezug genommen. Erst S. 4

²⁶ BT-Drs. 19/28444, S. 10.

erwähnt dann mit den „Einrichtungen nach § 33 Nr. 1 und 2“ Kitas und Tagespflegeeinrichtungen und ordnet die „entsprechende Geltung“ von S. 2 und 3 an. Dies ergibt nur für S. 3, der die Notbetreuung regelt, Sinn; S. 2 enthält die Rechtsfolge „Untersagung der Durchführung von Präsenzunterricht“, was in der Sache eine Umstellung auf Distanzunterricht mit sich bringt. Eine solche Rechtsfolge passt aber nicht auf Kitas und Tagespflegeeinrichtungen, auch nicht „entsprechend“. Leicht schräg ist in dem Zusammenhang der Satz aus der Gesetzesbegründung „Das bedeutet, dass auch in Einrichtungen der Kinderbetreuung bei entsprechender Entwicklung des Infektionsgeschehens eine Präsenzbetreuung jenseits eines Notbetriebs nicht zulässig ist.“²⁷ Das Verbot der Präsenzbetreuung bedeutet bei Einrichtungen der Kinderbetreuung schließlich deren Schließung, „Distanzbetreuung“ gibt es nicht.

Dass die Einrichtung einer Notbetreuung im Ermessen der nach Landesrecht zuständigen Stellen liegen soll, verkennt, dass insbesondere Kinder, denen sonst eine **Kindeswohlgefährdung** droht, einen Anspruch auf eine solche Notbetreuung haben. Eine **Notbetreuung** muss jedenfalls für diese Personengruppe **zwingend eingerichtet werden**.

V. Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung (§ 28b Abs. 6 IfSG)

§ 28b Abs. 6 IfSG will eine Verordnungsermächtigung für die Bundesregierung einführen, mittels derer sowohl Abweichungen von § 28b Abs. 1 IfSG festgelegt werden (dazu schon oben II. 2.) als auch weitere Maßnahmen angeordnet werden können. Es sollte insbesondere beachtet werden, dass sich auch hier ein **Rechtsschutzproblem** ergibt: Gegen Rechtsverordnungen des Bundes besteht keine Möglichkeit eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Statthaft wären nur Feststellungsklagen auf Nichtbestehen der Verpflichtungen aus der Rechtsverordnung vor dem VG Berlin²⁸. Die Entscheidungen wirkten dann – anders als bei Verfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO – immer nur zwischen den jeweiligen Parteien.

Dr. Andrea Kießling

²⁷ BT-Drs. 19/28444, S. 15.

²⁸ Ausführlich *Gallon*, Ganz so einfach ist es nicht. Zur Frage, ob die Bundesregierung die Pandemiemaßnahmen auch selbst erlassen kann, Verfassungsblog v. 2.4.2021.