



BERNARD KORN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße 2, 55545 Bad Kreuznach

Verwaltungsgericht Mainz
Ernst-Ludwig-Straße 9
55116 Mainz

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Nur per beA

DATUM
10.04.2021

AKTENZEICHEN
0304/2021-JH

DURCHWAHL
(06131) 5547666

E-MAIL
hamed@ckb-anwaelte.de

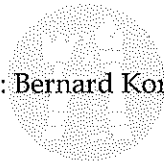
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

**Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung
eines Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 VwGO**

[Redacted]

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte: Bernard Korn & Partner, Stromberger Straße
2, 55545 Bad Kreuznach



gegen

Stadt Mainz, Große Bleiche 46/Löwenhofstraße 1, 55116 Mainz

- Antragsgegnerin -

wegen: Anordnung der aufschiebenden Wirkung

wird unter Hinweis auf die beigelegte Vollmachtsurkunde angezeigt,
dass der Antragsteller von der Verfahrensbevollmächtigten vertreten
wird.

Namens und im Auftrag der Antragstellerin wird beantragt,

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

Denis Skaric-Karstens, Mag. rer. publ
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

Daniela Hery, LL.M. (MedR)
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht
Fachanwältin für Strafrecht

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Irina Heinrich
Rechtsanwältin

Partnerschaftsgesellschaft
Amtsgericht Koblenz PR 155
USt-Ident-Nr. DE 219 123 576

www.ckb-anwaelte.de
info@ckb-anwaelte.de

Kanzleisitz Bad Kreuznach
Stromberger Straße 2
55545 Bad Kreuznach
Telefon +49 671 920 275 0
Telefax +49 671 920 275 9

Kanzleisitz Mainz
Hindenburgplatz 3
55118 Mainz
Telefon + 49 6131 55 47 666
Telefax + 49 6131 55 47 667

Kanzleisitz Wiesbaden
Klingholzstraße 7
65189 Wiesbaden
Telefon +49 611 341 487 5
Telefax +49 611 341 532 1

Commerzbank Bad Kreuznach
IBAN DE60 5504 0022 0112 9212 01
BIC COBADEFFXXX

1. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 10.04.2021 gegen Ziffer 11 und Ziffer 12 der Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin „zur Anordnung von notwendigen, weiteren Schutzmaßnahmen aufgrund des vermehrten Aufkommens von SARS-CoV-2-Infektionen in Mainz vom 10.04.2021“ anzuordnen,
2. hilfsweise, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 10.04.2021 gegen Ziffer 11 und Ziffer 12 der Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin „zur Anordnung von notwendigen, weiteren Schutzmaßnahmen aufgrund des vermehrten Aufkommens von SARS-CoV-2-Infektionen in Mainz vom 10.04.2021“ anzuordnen, soweit es auch untersagt ist, zwischen 21.00 und 5.00 Uhr die Wohnung zum unbegleiteten Sporttreiben zu verlassen und
3. der Antragsgegnerin die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Die Anträge zu 1) und zu 2) werden wie folgt begründet:

Rechtsanwältin Jessica Hamed

I.

Mit Allgemeinverfügung vom 10.04.2021 hat die Antragsgegnerin in den hier beanstandeten Ziffern 11 und 12 beschlossen:

„11. Das Verlassen einer im Gebiet der Landeshauptstadt Mainz gelegenen Wohnung oder Unterkunft und der Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung oder Unterkunft ist täglich im Zeitraum zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr des Folgetages grundsätzlich untersagt. Während des in Satz 1 genannten Zeitraums ist der Aufenthalt im Gebiet der oben genannten

Gebietskörperschaft grundsätzlich auch Personen, die nicht dort sesshaft sind, untersagt.

12. Ausnahmen von diesen Ausgangs- und Aufenthaltsbeschränkungen gelten nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes. Triftige Gründe sind insbesondere:

- a. die Ausübung beruflicher Tätigkeiten,
- b. Handlungen, die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind,
- c. die Inanspruchnahme akut notwendiger medizinischer und veterinärmedizinischer Versorgungsleistungen,
- d. der Besuch bei Ehegattinnen und Ehegatten, Lebenspartnerinnen und Lebenspartnern im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes, Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten, von Verwandten in gerader Linie im Sinne des § 1589 Absatz 1 Satz 1 BGB, Alten, Kranken oder Menschen mit Einschränkungen (außerhalb von Einrichtungen) und die Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts im jeweiligen privaten Bereich,
- e. die Begleitung und Versorgung von unterstützungsbedürftigen Personen und Minderjährigen,
- f. die Begleitung Sterbender und von Personen in akut lebensbedrohlichen Zuständen,
- g. Handlungen zur Versorgung von Tieren einschließlich des Ausführens (lediglich eine Person),
- h. Ausübung der Jagd zur Absenkung des Risikos einer Ausbreitung von Tierseuchen unter Beachtung des Hygienekonzepts Jagd.“

Der Antragsteller ist von den beanstandeten Regelungen betroffen.

[aus datenschutzrechtlichen Gründen herausgenommen]

Mit Schriftsatz vom 10.04.2021 legte der Antragsteller sodann Widerspruch gegen die hier beanstandeten Bestimmungen ein. Zuvor legte er gegen dieselben Bestimmungen vom 31.03.2021 Widerspruch mit Schreiben vom 05.04.2021 ein (**Anlagen 1a und 1b**).

Der Antrag zu 1) ist bereits zulässig und begründet. Erst Recht trifft das im Übrigen auf den nur hilfsweise gestellten Antrag zu 2) zu.

1. Zulässigkeit

Der Antrag ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO statthaft. In der Hauptsache liegt eine Anfechtungssituation vor, für welche gemäß § 123 Abs. 5 VwGO die Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO gegenüber einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO vorrangig ist.

Der Widerspruch des Antragstellers gegen die Allgemeinverfügung ist gemäß § 16 Abs. 8 IfSG i. V. m. § 28 Abs. 3 IfSG kraft Gesetzes sofort vollziehbar, sodass der eingelegte Widerspruch keine aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO entfaltet.

Der Antragsteller ist hier auch offenkundig antragsbefugt, die beanstandeten Bestimmungen greifen in seine Grundrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG (iVm Art. 1 Abs. 1 GG), auf Freizügigkeit im Sinne des Art. 11 Abs. 1 GG und auf Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG ein.

2. Begründetheit

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs hat zu erfolgen, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin überwiegt. Im Rahmen dieser Abwägung finden vor allem die Erfolgsaussichten in der Hauptsache bei einer summarischen Prüfung Berücksichtigung. Ist der angegriffene Verwaltungsakt

offensichtlich rechtswidrig, überwiegt in der Regel das Aussetzungsinteresse, ist er hingegen offensichtlich rechtmäßig, überwiegt in der Regel das Vollziehungsinteresse. Lässt sich bei der Prüfung im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO weder die Rechtmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung feststellen, bedarf es zur Entscheidung einer weiteren Interessenabwägung. Diese Abwägung zwischen Aussetzungs- und Vollziehungsinteresse erfordert eine Gegenüberstellung der Folgen, die eintreten, wenn die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes versagt würde, das Verfahren in der Hauptsache hingegen Erfolg hätte. Diese Auswirkungen sind zu vergleichen mit den Nachteilen, die entstünden, wenn die aufschiebende Wirkung angeordnet würde, dem Rechtsbehelf in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 17. April 2020 – 3 MB 15/20 – m. w. N.; VG Schleswig, Beschluss vom 23. April 2020 – 1 B 57/20 –, juris, Rn. 15; VG Mainz, Beschluss vom 23. September 2020 – 1 L 586/20.MZ).

Bei dieser Interessenabwägung ist jeweils die Richtigkeit des Vorbringens desjenigen als wahr zu unterstellen, dessen Position gerade betrachtet wird, soweit das jeweilige Vorbringen ausreichend substantiiert und die Unrichtigkeit nicht ohne weiteres erkennbar ist (OVG Schleswig, Beschluss vom 13. September 1991 – 4 M 125/91 –, Rn. 14, juris; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss vom 11. September 2017 – 1 B 128/17 –, Rn. 28 - 29, juris).

Bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage erweist sich nach hiesiger Ansicht die nächtliche Ausgangssperre mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als ermessenfehlerhaft.

Die nach den obigen Grundsätzen vorzunehmende Interessenabwägung ergibt nach diesseitiger Auffassung, dass das private Aufschubinteresse des Antragstellers, das öffentliche Interesse an der Abwehr von

Gefahren für die Gesundheit der Allgemeinheit überwiegt, da die streitbefangenen Regelungen **offensichtlich** rechtswidrig sind.

Es besteht nämlich bereits **keine ausreichende Rechtsgrundlage**, ferner ist die Bestimmung **formell rechtswidrig** und die angegriffene Regel verstößt **evident** gegen das Übermaßverbot und ist damit auch **materiell rechtswidrig**.

a) fehlende Rechtsgrundlage

aa) Nach hiesiger Ansicht sind alle **unterschiedslos gegen Nichtstörer wirkende grundrechtsverkürzende Maßnahmen**, die per Verordnung oder per Allgemeinverfügung unter Bezugnahme auf §§ 28, 28a IfSG verhängt werden, aufgrund der Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes bzw. des Parlamentsvorbehalts verfassungswidrig. Und damit auch die hiesige Ausgangs- und Aufenthaltsbeschränkung.

Mit dieser Ansicht steht der Antragsteller auch keineswegs alleine da, so teilt auch der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Hans-Jürgen Papier jüngst diese Zweifel. Am 10.03.2021 äußerte er sich gegenüber der Welt wie folgt:

„Ich habe auch Bedenken, ob die gesetzliche Ermächtigung – die meiner Meinung nach schon dem Wesentlichkeitsgrundsatz nicht genügt – nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend limitiert und bestimmt ist. Mit dem sehr eilig eingeführten Paragrafen 28a des Infektionsschutzgesetzes ist meines Erachtens nur eine Scheinrationalität herbeigeführt worden. Man hat alle denkbaren Beschränkungen und Schutzmaßnahmen in 17 einzelnen Nummern aufgelistet. Aber die eigentliche Entscheidung darüber, welche Schutzmaßnahmen in welchem Ausmaß, mit welcher Dauer und vor allem in welcher

Kombination dann wirklich angeordnet werden, ist nach wie vor der ermächtigten Exekutive überlassen.

[...]

Daran sieht man ganz deutlich, dass der Paragraf 28a des Infektionsschutzgesetzes in Wirklichkeit überhaupt keine limitierenden Maßstäbe bietet, die über das hinausgehen, was schon in der Generalklausel des Paragrafen 28 desselben Gesetzes steht: dass nämlich die zuständigen Behörden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen können, soweit und solange sie zur Verhinderung der Verbreitung übertragbare Krankheiten erforderlich sind.

Es handelt sich also in meinen Augen nur um eine sehr wortreiche Aufblähung der alten Generalklausel – ohne Gewinn an Rationalität oder Bindung der Exekutive.“

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus227789681/Hans-Juergen-Papier-Die-Menschen-dieses-Landes-sind-keine-Untertanen.html?>

In diesem Sinne, auch der ehemalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Ferdinand Kirchhof am 02.04.2021:

„Ich bin aber, je länger die Corona-Lage andauert, auch mit dieser Vorschrift [§ 28a IfSG] nicht ganz glücklich, weil sie die möglichen staatlichen Eingriffe nicht mit den entgegenstehenden Rechtsgütern und Belangen von Gesellschaft, Wirtschaft und Individuen abwägt.

Mir fehlt die Beteiligung des Parlaments an der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen und der ihnen entgegenstehenden Rechtsgüter. Es ist feststehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der

Bundestag selbst diese Austarierung bei einer Beschränkung von Grundrechten übernehmen muss.

In Paragraf 28 Absatz 6 aber steht lediglich, dass bei staatlichen Maßnahmen auch deren wirtschaftliche, soziale und gesellschaftliche Auswirkungen berücksichtigt werden müssen. Das ist keine eigene Konfliktentscheidung durch das Parlament, sondern eher ein lakonischer Hinweis an die Exekutive: Denkt bitte auch daran! Das reicht nicht.“

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229606515/Ex-Verfassungsrichter-Man-kann-Gesellschaft-auch-zu-Todeschuetzen.html>

bb) Die hier beanstandete nächtliche Ausgangssperre ist darüber hinaus auch *in concreto* **nicht** von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt.

Vorliegend stellt die Ausgangssperre bereits keine „notwendige Schutzmaßnahme“ iSd § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar.

Aus § 28a Abs. 2 IfSG ergeben sich zudem **erhöhte Anforderungen** an die Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Eine „Ausgangsbeschränkung“ darf hiernach nur dann angewendet werden, „soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre“.

Der Unterzeichnerin liegt die „Begründung“ der Allgemeinverfügung vom 31.03.2021 der Antragsgegnerin vor und wir anbei als **Anlage 2** zu den Akten gereicht.

Aktuell wird davon ausgegangen, dass sich auch die Begründung zur hier verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung nicht von jener unterscheidet, gleichwohl wird sich vorbehalten zur aktuellen

Begründung, die von der Antragsgegnerin zu übermitteln ist, weiter Stellung zu nehmen.

Die bislang ersichtliche „Begründung“ ist evident nicht ausreichend und wird insbesondere den hohen Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG nicht einmal im Ansatz gerecht.

Der Umstand, dass die hier beanstandete Ausgangssperre in der 18. CoBeLVO grundsätzlich vorgesehen ist, entbindet die erlassende Behörde nicht von den höherrangigen Anforderungen, die sich unmittelbar aus dem IfSG ergeben.

Erschreckenderweise scheint die Antragsgegnerin aber fälschlicherweise davon auszugehen, dass es ausreicht, dass die 18. CoBeLVO die hier verfahrensgegenständliche Maßnahme grundsätzlich vorsieht.

Als „Begründung“ für die Ausgangssperre wird von der Antragsgegnerin lediglich angeführt:

Zu Ziff. 11 bis 14

Erstmals wird jetzt aufgrund der Vorgaben der 18. CoBeLVO in Verbindung mit deren § 23 Abs. 4 eine Ausgangsbeschränkung eingeführt.

Aus den schon genannten Gründen muss sie bei dem starken Anstieg der Zahlen eingeführt werden, um unkontrollierte Ansammlungen von Personen zu vermeiden. Erfahrungen in anderen Gebieten während der sog. 2. Welle haben gezeigt, dass diese Maßnahme geeignet ist, zu einer Absenkung der Infektionszahlen zu führen.

Vorrangiges Ziel ist auch hier die Kontaktvermeidung, soweit sie auch immer möglich ist. Eine Ausgangsbeschränkung in den Abend- und Nachtstunden beschränkt den Einzelnen grundsätzlich weniger als am Tag. Sie kann und soll vermeiden, dass es aufgrund noch weiter steigender Zahlen zu vollständigen Ausgangssperren kommen muss.

Die Ausnahmen gewährleisten, dass die Grundrechte der Einzelnen so wenig wie möglich beschränkt werden. Die Aufzählung „triftiger Gründe“, die eine Ausnahme rechtfertigen ist nicht abschließend und lässt weitere vergleichbare Gründe zu.

Die Regelungen in Ziff. 13 und 14. flankieren die Regelung zu Ziff. 11. Unabhängig von möglichen eigenen Wirkungen auf eine Kontaktvermeidung sollen sie eine Umgehung der Ziff. 11 verhindern.

Aus der „Begründung“ geht schon nicht hervor, wieso die bisher verhängten Maßnahmen nicht ausreichend sein sollten und welche Bemühungen die Antragsgegnerin entfaltet hat.

Damit verkennt die Antragsgegnerin, dass es sich bei der Ausgangssperre um eine Maßnahme handelt, die nach dem IfSG – *wobei nach hiesiger Ansicht eine allgemeine Ausgangssperre grundsätzlich nicht mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen ist* – nur dann ergriffen werden darf, wenn jegliche anderen Maßnahmen, die auch konsequent durchgesetzt werden müssen, nicht mehr greifen.

Hierzu ist in der „Begründung“ nichts dargetan. Die Antragsgegnerin ergeht sich vielmehr lediglich in Allgemeinplätzen, die einer rechtlichen Überprüfung ersichtlich nicht Stand halten können. Insoweit darf sogleich auch auf die Entscheidung des Niedersächsische Oberverwaltungsgericht vom 06.04.2021 (13 ME 166/21) verwiesen werden. Sie wird ebenfalls als **Anlage 3** zu den Akten gereicht.

Nach der ernüchternden Lektüre der „Begründung“ der Maßnahme drängt sich der Eindruck auf, dass die Antragsgegnerin schlicht die Vorgaben der im Rang unter dem IfSG stehenden CoBeLVO **blind** exekutiert hat, ohne zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 IfSG überhaupt vorliegen.

Dieser Eindruck wird auch durch folgende Passage in der „Begründung“ der Allgemeinverfügung vertieft:

Die Allgemeinverfügung der Stadt Mainz folgt den Vorgaben der Musteralleinverfügung des Landes für den Fall, dass an drei aufeinanderfolgenden Tagen in der Stadt Mainz der Wert von 100 überschritten wird. Gem. § 23 Abs. 4 Satz 1 der 18. CoBeLVO hat die Stadt am darauffolgenden Tag eine Allgemeinverfügung zu erlassen, wie sie als Anlage 3 zu § 23 Abs. 4 der 18. CoBeLVO beigelegt ist. Die Voraussetzungen sind erfüllt.

Vorzustellen ist, dass allen erneuten Änderungen die Regelungen der eingangs genannten Vorschriften sowie der Regelungen der 18. CoBeLVO zugrunde liegen. § 23 der 18. CoBeLVO sieht in Absatz 3 und 4 mit den dort genannten Musterverfügungen das Regelungsinstrumentarium vor.

Nicht einmal in der spezifischen „Begründung“ zur Ausgangssperre nimmt die Antragsgegnerin auf § 28a Abs. 2 IfSG Bezug. Dies zeigt, dass sie sich in Gänze nicht den erhöhten Anforderungen, die an die Rechtmäßigkeit einer Ausgangssperre zu stellen sind, bewusst ist.

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hatte über einen ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden. In dem vorgenannten Beschluss stellte der Senat fest, dass die Aufhebung der nächtlichen Ausgangssperre in der Region Hannover durch das Verwaltungsgericht Hannover rechtmäßig war, weshalb er die Beschwerde der Region Hannover zu Recht mit mehr als nur deutlichen Worten entschieden zurückwies. In dem Beschluss heißt es u.a.:

b) Für die mit der Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin vom 31. März 2021 angeordnete Ausgangsbeschränkung sind diese tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. In ihrer hier allein zu beurteilenden konkreten Ausgestaltung ist die Ausgangsbeschränkung keine notwendige Schutzmaßnahme. Sie verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stellt damit keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG dar.

[...]

(2) Zur Erreichung dieser legitimen Ziele ist die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung in begrenztem Umfang geeignet. Es bedarf dazu keiner näheren Ausführungen zur der wenig ergiebigen Studienlage zur Effektivität von Ausgangssperren (vgl. dazu etwa FAZ v. 3.4.2021, S. 6). Allerdings verwundert es, dass die - insbesondere im süddeutschen Raum - über einen längeren Zeitraum verhängten Ausgangsbeschrän-

kungen keiner Evaluation unterzogen worden sind. Auch vermag der Senat die Argumentation des Antragsgegners nicht nachzuvollziehen, insbesondere nächtliche Ausgangssperren seien in besonderer Weise geeignet, Kontakte zu beschränken. Da zu nächtlicher Stunde die nicht bereits durch die niedersächsischen Corona-Bestimmungen ohnehin geschlossenen Einrichtungen ebenfalls geschlossen sind, ist der Anreiz zum Verlassen des privaten Wohnbereichs deutlich geringer als tagsüber, die Anzahl der zu verhindernden Kontakte sinkt mithin in gleicher Weise.

(a) Die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung bewirkt zunächst, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe den eigenen Haushalt nicht verlassen und sich daher auch nicht allein oder mit weiteren, ihrem Haushalt angehörenden Personen in der Öffentlichkeit aufhalten dürfen. Diese Wirkung ist als solche für Erreichung der legitimen Ziele irrelevant. Denn der Aufenthalt im eigenen Haushalt und der Aufenthalt im Freien ohne Kontakt zu anderen als haushaltsangehörigen Personen ist mit keinem relevanten Infektionsrisiko verbunden.

[...]



(3) Die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung ist aber nicht erforderlich.

(a) Die mit der Ausgangsbeschränkung verbundene Untersagung, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe den eigenen Haushalt nicht verlassen und sich daher auch nicht allein oder mit weiteren, ihrem Haushalt angehörenden Personen in der Öffentlichkeit aufhalten dürfen, ist zur Kontaktreduzierung und zur Infektionsvermeidung ersichtlich nicht erforderlich. Etwaige Zufallskontakte zu haushaltsfremden Personen bei Aufhalten in der Öffentlichkeit sind angesichts deren Singularität und des damit allenfalls verbundenen sehr geringen Infektionsrisikos zu vernachlässigen (vgl. hierzu auch das vom RKI entwickelte Intensitätsstufenkonzept und die Toolbox zum Stufenkonzept, veröffentlicht unter www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Stufenplan.pdf?__blob=publicationFile, Stand: 19.3.2021, die sich nicht mit Aufhalten als solchen, sondern nur mit Zusammenkünften im Freien befassen).

(b) Die mit der angeordneten Ausgangsbeschränkung verbundenen Untersagungen, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe sich nicht aus dem eigenen Haushalt heraus- und in einen fremden Haushalt hineinbegeben dürfen und dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe in der Öffentlichkeit gar

keine haushaltsfremden Personen treffen dürfen, mögen hingegen unter dem Aspekt der Verschärfung der allgemeinen Kontaktbeschränkungen nach § 2 Abs. 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung grundsätzlich als erforderlich angesehen werden dürfen.

Zu berücksichtigen ist aber, dass der Gesetzgeber mit den dargestellten (siehe oben 3.a.) besonderen Anforderungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 19/24334, S. 73) die grundsätzliche Möglichkeit zur Anordnung von Ausgangsbeschränkungen in Hinblick auf ihre erhebliche Eingriffsintensität in Individualrechte materiell eingegrenzt hat. Es handelt sich um eine besondere Betonung des Gebots der Erforderlichkeit der Maßnahme (vgl. Sächsisches OVG, Beschl. v. 4.3.2021 - 3 B 26/21 -, juris Rn. 47 m.w.N.). Zur Beurteilung der Frage, ob ohne die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit im Sinne des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG erheblich gefährdet wäre, ist von der diese Maßnahme anordnenden Behörde eine auf die jeweilige Pandemiesituation abstellende Gefährdungsprognose zu erstellen, der eine ex-ante Betrachtung zugrunde liegt (vgl. Bayerischer VGH, Beschl. v. 12.1.2021 - 20 NE 20.2933 -, juris Rn. 42 vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 5.2.2021 - 1 S 321/21 -, juris Rn. 32 ff.). Die in § 28a Abs. 2 IfSG genannten Maßnahmen stellen mithin eine „ultima ratio“ dar, so dass diese nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn Maßnahmen nach § 28a Abs. 1 IfSG voraussichtlich nicht mehr greifen.

Die hier von der Antragsgegnerin erstellte Gefährdungsprognose trägt die Annahme, dass ohne die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit im Sinne des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG erheblich gefährdet wäre, nicht.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Hochinzidenzkommunen nach § 18a Abs. 3 Nr. 1 der Corona-Verordnung vom 30. Oktober 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 27. März 2021 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 der Corona-Verordnung vom 30. Oktober 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 12. Februar 2021 ohnehin verschärfte Kontaktbeschränkungen gelten. Die Antragsgegnerin hat nicht ansatzweise nachvollziehbar aufgezeigt, dass und in welchem Umfang sie bisher Bemühungen unternommen hat, die behauptete unzureichende Einhaltung der Kontaktbeschränkungen durch staatliche Kontrolle und staatliches Eingreifen zu verbessern, und dass auch gestelgte Bemühungen von vornherein erfolglos bleiben werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin von vornherein zu solchen Bemühungen nicht

In der Lage wäre, bestehen für den Senat unter Berücksichtigung verschiedener aktueller Verlautbarungen zur Durchsetzung der Kontaktbeschränkungen aber auch der Ausgangsbeschränkungen nicht (vgl. etwa <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Pistorius-kuendigt-rigorose-Kontrollen-zu-Ostern-an,pistorius896.html>, Stand: 31.3.2021, und <https://www.haz.de/A-Stadt/Aus-der-Stadt/Hannovers-Polizeipraesident-Kluwe-ruft-Buergerinnen-und-Buerger-zur-Einhaltung-der-Corona-Regeln-auf>, Stand: 1.4.2021).

Der Beschwerdebegründung der Antragsgegnerin lässt sich auch nicht annäherungsweise entnehmen, in welchem Umfang die von ihr angeführten regelwidrigen nächtlichen Zusammenkünfte im privaten Raum tatsächlich stattfinden. Nicht nachprüfbar behauptungen reichen zur Rechtfertigung einer derart einschränkenden und weitreichenden Maßnahme wie einer Ausgangssperre nicht aus. Insbesondere ist es nicht zielführend, ein diffuses Infektionsgeschehen ohne Beleg in erster Linie mit fehlender Disziplin der Bevölkerung sowie verbotenen Feiern und Partys 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 in diesem fortgeschrittenen Stadium der Pandemie jedenfalls nicht mehr rechtfertigen.

Soweit die Antragsgegnerin auf das Ziel der Unterbindung spätabendlicher Treffen junger Menschen an beliebten Treffpunkten in der Öffentlichkeit hinweist, drängt sich der Erlass von Betretensverboten hinsichtlich dieser Örtlichkeiten als milderer Mittel geradezu auf. Des Erlasses einer Ausgangssperre bedarf es im Hinblick auf die Erkennbarkeit dieser Treffpunkte für Polizei und Ordnungskräfte ersichtlich nicht. Diese Maßnahme ist in § 18 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung vorgesehen und auch von Hochinzidenzkommunen im Sinne des § 18 Abs. 4 der Verordnung nach allgemeinen Grundsätzen als milderer Mittel zu berücksichtigen. Überdies ordnet § 18 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 3 Satz 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung die Beachtung des Grundsatzes nochmals ausdrücklich an.

(4) Die mangelnde Erforderlichkeit lässt die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung zwangsläufig als nicht angemessen erscheinen.

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

[...]

Die Ausgangsbeschränkung anzuordnen, um etwaige Defizite bei der Befolgung und nötigenfalls staatlichen Durchsetzung bestehender anderer Schutzmaßnahmen, insbesondere der Kontaktbeschränkungen nach § 2 Abs. 1 der Niedersächsischen Corona-Verordnung, auszugleichen, ist jedenfalls solange unangemessen, wie von den zur Durchsetzung berufenen Behörden nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen wurde, um die Befolgung anderer Schutzmaßnahmen sicherzustellen. Der Senat hat in zahlreichen Normenkontrollverfahren während der Corona-Pandemie darauf hingewiesen, dass neben fortdauernden und vor weiteren Beschränkungen für alle Einwohner Niedersachsens zuvörderst auch Maßnahmen, die ein noch aktiveres Handeln staatlicher Stellen bei der Pandemiebekämpfung erfordern, in den Blick zu nehmen und zu forcieren sind (vgl. zuletzt Senatsbeschl. v. 24.3.2021 - 13 MN 145/21 -, juris Rn. 65 ff.). Dies gilt

auch hier. 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. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Antragsgegnerin alleine nicht in der Lage ist, die erforderlichen aktiven Bekämpfungsmaßnahmen in die Wege zu leiten. Bei der Frage der Angemessenheit einer Maßnahme sind aber die gesamten Möglichkeiten staatlichen Handelns in den Blick zu nehmen und der getroffenen Maßnahme gegenüberzustellen.

Den Ausführungen des Senats ist vollumfänglich zuzustimmen.

Es sei ferner darauf hingewiesen, dass auch das Verwaltungsgericht Frankfurt mit Beschluss vom 09.04.2021 mit ähnlicher Argumentation einem Eilantrag gegen die Ausgangssperre im Mainz-Kinzig-Kreis stattgegeben.

<https://www.sueddeutsche.de/panorama/justiz-frankfurt-am-main-verwaltungsgericht-ausgangssperre-nur-letztes-mittel-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210409-99-142911>

RECHTSANWÄLTIN JESSICA FRÄNKE

cc) Die beanstandete Ziff. 12 wird im Übrigen auch nicht dem Bestimmtheitsgebot gerecht. Es bleibt unklar, was ein „triftiger Grund“ ist.

Der Erlaubnisvorbehalt der Ziff. 12 bietet den Normadressat:innen kaum Mehrwert. Denn die dort aufgelisteten Gründe reichen vom medizinischen Notfall bis zur Versorgung von Tieren oder dem Besuch eines Ostergottesdienstes; mithin stammen sie aus derart verschiedenen Lebensbereichen und sind von unterschiedlicher Wichtigkeit – die zudem jede Person individuell anders bewertet –, dass man sie nicht vernünftig miteinander vergleichen oder bewerten kann.

Dementsprechend ist es kaum möglich, rechtssicher zu beurteilen, ob sich das eigene Verhalten, welches nicht eindeutig unter die Aufzählung fällt, als triftiger Grund darstellt.

Eine derartige Unsicherheit ist den Normadressat:innen aufgrund der Strafbewehrtheit der Bestimmung allerdings nicht zuzumuten. Mithin verstößt die Bestimmung auch gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

b) Die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinverfügung sind außerdem auch **formell rechtswidrig**. Sie hätten nicht als Allgemeinverfügung erlassen werden dürfen. Hierzu hielt das Verwaltungsgericht Karlsruhe am 10.12.2020 u.a. fest (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die Allgemeinverfügung dürfte sich in ihrer Ziffer 1 jedoch voraussichtlich als formell rechtswidrig erweisen, da die vom Landratsamt auf der Grundlage der §§ 28 Abs. 1 Satz 1 und 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG als Allgemeinverfügung erlassene Maßnahme nicht in der Handlungsform der Allgemeinverfügung, sondern **in der Rechtsform als Rechtsverordnung** (auf der zusätzlichen Grundlage des § 32 IfSG) hätte erlassen werden müssen. Denn die sich aus dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ergebenden Voraussetzungen für eine Regelung durch eine personenbezogene Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 Var. 1 LVwVfG und damit durch Verwaltungsakt dürften vorliegend nicht erfüllt sein.“

[...]

Durch die angeordnete Ausgangsbeschränkung werden verschiedenste Lebenssachverhalte der Bevölkerung von Pforzheim und darüber hinaus eingeschränkt. So verbietet Ziffer 1 Abs. 1 der Allgemeinverfügung den Aufenthalt außerhalb der Wohnung im Zeitraum von 21 Uhr bis 5 Uhr des

Folgetags ohne inhaltliche Eingrenzung. Ziffer 1 Abs. 1 Satz 2 verbietet zudem den Aufenthalt von nicht in Pforzheim sesshaften Personen im gesamten Stadtgebiet. Hierdurch wird eine **Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen mit jeweils unterschiedlichen Beweggründen betroffen**, die lediglich lose durch die Oberbegriffe des Verlassens einer Wohnung oder den Aufenthalt im Stadtgebiet von Pforzheim zusammengefasst werden können. Insofern unterscheidet sich der hier geregelte Fall auch deutlich von sonstigen Allgemeinverfügungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, die beispielsweise Ausschankverbote oder Sperrzeiten festsetzen (insofern eine Allgemeinverfügung zu Recht als ausreichend erachtend VG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2020 - 3 K 4418/20 -, juris Rn. 26 ff.; in diesem Sinne wohl allgemein auch BVerwG, Urt. v. 28.02.1961 - I C 54.57 -, BVerwGE 12, 87 = juris Rn. 41). Anders als in Fällen des Verkaufs bestimmter Waren, des Alkoholausschanks, der Öffnung von Gaststätten oder auch des Tragens von Mund-Nasen-Bedeckungen betrifft ein Verbot des Verlassens der eigenen Wohnung verschiedene Lebenssachverhalte. So sind offensichtlich kurzzeitige und niederschwellige Handlungen, ohne erkennbare Infektionsgefahren, etwa das abendliche Hinausbringen von Hausmüll zu einer gemeinschaftlichen Müllsammelanlage oder das kurzzeitige Betreten des öffentlichen Straßenraums wegen eines Gangs zu einem abgestellten Kraftfahrzeug umfasst. Gleichfalls umfasst sind längere Aufenthalte im öffentlichen Raum außerhalb der Wohnung für Spaziergänge – auch ohne Begleitung weiterer Personen –, die im Regelfall auf das Seuchengeschehen keinen ersichtlichen Einfluss haben, aber abstrakt, etwa im Falle spontaner Begegnungen zu Ansteckungen führen könnten. Ferner sind für das Infektionsgeschehen höchst relevante Handlungen wie das abendliche bzw. nächtliche Verlassen der eigenen Wohnung mit der Absicht, andere Menschen im öffentlichen Raum oder in anderen privaten Wohnungen zu

treffen, erfasst. Schließlich bestehen auch mit Blick auf die Beweggründe für verbotene Verhaltensweisen erhebliche Unterschiede. Für eine solche Vielzahl an Sachverhalten sprechen auch die beispielhaften Aufzählungen von Ausnahmen in Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung.

[...]

Letztendlich sprechen daher **überwiegende Gesichtspunkte dafür, dass die Allgemeinverfügung als Handlungsform hier nicht hätte gewählt werden dürfen.** Die als Allgemeinverfügung bezeichnete, materiell indes als Rechtsverordnung anzusehende Regelung konnte auch nicht umgedeutet werden (allgemein ablehnend VG München, Beschl. v. 24.03.2020 - M 26 S 20.1552 -, juris Rn. 24; vgl. BVerwG, Urt. v. 01.10.1963 - IV C 9.63 -, BVerwGE 18, 1 = juris Rn. 59 f.). Denn mangels einer Ermächtigung zum Erlass aufgrund von § 32 Satz 2 IfSG wäre der das Landratsamt jedenfalls nicht kompetenziell befugt, eine Regelung im Verordnungswege zu treffen.“

VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 - 2 K 5102/20,
juris. Rechtsanwältin Jessica Hamed

In diesem Sinne auch das Verwaltungsgericht Mainz, Beschluss vom 26.03.2021, 1 L 206/21. MZ m.w.N.

c) Ferner liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28a Abs. 3 IfSG nicht vor. Die Zulässigkeit zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Erkrankung COVID-19 wird an die Anzahl von Neuinfektionen geknüpft. So heißt es dort u. a.:

„Maßstab für die zu ergreifenden Schutzmaßnahmen ist insbesondere die Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohnern innerhalb von sieben Tagen.“

Die Zahl der Neuinfektionen ist vorliegend nicht bekannt und ist insbesondere nicht gleichzusetzen mit den täglich gemeldeten neuen Fallzahlen.

Im Einzelnen:

aa) Positiver PCR-Test ungleich Infektiosität

Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen stellte bereits in seinem Beschluss vom 25. November 2020 (13 B 1780/20 NE) zu Recht fest, dass ein PCR-Test als solcher noch keine Infektiosität feststellt und nahm dabei aber an (S. 8 des Beschlusses):

2. Der Antragsteller weist zwar zutreffend darauf hin, dass ein positiver PCR-Test als solcher noch keine Infektiosität im Einzelfall belegt.

Siehe dazu etwa
https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bel-positiver-pcr/,
abgerufen am 24. November 2020.

Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Entwicklung der positiven Testungen insgesamt sowie die daraus abgeleiteten Inzidenz- und R-Werte und nicht zuletzt auch die steigende Zahl der stationär behandelten COVID-19-Patienten,

vgl. dazu etwa
https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-Intensivregister_Tagesreport_2020_11_23.pdf;
<https://www.divi.de/aktuelle-meldungen-intensivmedizin/nicht-warten-bis-wir-am-limit-sind-gemeinsamer-ruf-nach-politischem-schutzschirm-fuer-belastete-kliniken>; jeweils abgerufen am 24. November 2020,

einen belastbaren Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben.

Der Senat verweist bzgl. der Bestätigung, dass der PCR-Test **keine Infektiosität belegt**, auf Ausführungen der Deutschen Gesellschaft für Neurologie. Unter dem seitens des Senats angegebenen Link findet sich folgende Ausführung:

Die RT-PCR weist RNA nach, aber nicht die Infektiosität eines Virus, sodass das Ansteckungsrisiko, das beispielsweise von einem Patienten mit persistierend positiver PCR ausgeht, unbekannt ist. Für die durch das öffentliche Gesundheitswesen zu ergreifenden Maßnahmen ist jedoch entscheidend, ob ein Patient infektiös ist. Die kanadische Studie [1] liefert erstmals umfangreichere Daten zur Beziehung zwischen Infektiosität und der Zeit vom Symptombeginn bis zum Test (STT „symptoms to test“) sowie der Viruskonzentration im Abstrichmaterial.

Von 90 COVID-19-Patienten in einem medianen Alter von 45 (30-59) Jahren (49% männlich) wurden Proben (endotracheale oder nasopharyngeale Abstriche), die in der RT-PCR einen positiven Nachweis der SARS-CoV2-„Envelope“-Zielsequenz („E-Gen“) ergeben hatten, nachuntersucht. Getestet wurde die Fähigkeit der Viren, spezielle lebende Zelllinien zu infizieren. Bei 26/90 inkubierten Proben (28,9%) kam es zu einer Infektion bzw. zur Virusvermehrung. Keine Infektiosität bestand bei Proben mit STT-Zeiten von >8 Tagen. In Proben mit einem Ct-Wert >24 kam es ebenfalls nicht zur Virusvermehrung. Der Ct-Wert entspricht der Zahl der notwendigen PCR-Zyklen („threshold cycle“ oder Schwellenwertzyklus) bis zur positiven Virusdetektion und ist somit ein Maß für die Viruskonzentration – ein niedrigerer Ct-Wert bedeutet eine höhere Viruskonzentration im Abstrich. Eine positive Viruskultur (als binäre Vorhersagevariable) war vom Ct-Wert und der STT-Zeit abhängig: pro Einheit Ct-Anstieg sank die Infektionswahrscheinlichkeit um 32%. Die ROC-Kurve bzw. AUC („Area under the receiver operating curve“) bestätigte mit OR=0,91 ($p < 0,001$) eine gute Eignung des Ct-Wertes zur Vorhersage der Infektiosität. Bei Ct>2 lag die Spezifität bei 97%.

Zusammenfassend waren die Proben nur bis zu einer bestimmten Viruskonzentration (Ct-Wert <24) und höchstens bis zu sieben Tagen nach Symptombeginn infektiös. Diese Informationen können über das PCR-Ergebnis der Patienten hinaus herangezogen werden, wenn es darum geht, klinische oder öffentliche gesundheitspolitische Entscheidungen zur Transmissionskontrolle zu treffen.

Bullard J, Dust K, Funk D et al. Predicting infectious SARS-CoV-2 from diagnostic samples. Clinical Infectious Diseases, 22. Mai 2020. <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa638>

https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/

Den Ausführungen der vom Senat zitierten Wissenschaftler:innen der DGN, die auf eine kanadische Studie verweisen, ist zu entnehmen, dass es für „öffentliche gesundheitspolitische Entscheidungen zur Transmissionskontrolle“ – mithin zu den hier streitgegenständlichen Fragen, inwieweit Eindämmungsmaßnahmen verhältnismäßig sind – auf die Infektiosität der betroffenen Patient:innen ankommt.

Hierzu wäre es zumindest erforderlich, entsprechende Grenzwerte im Hinblick auf die PCR-Zyklen zu bestimmen.

Das heißt, es ist unter Berücksichtigung dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse von der Antragsgegnerin zu fordern, dass sie die positiven Fallzahlen – die das Fundament für alle Coronabekämpfungsmaßnahmen, auch der hiesigen, darstellen – jedenfalls um diejenigen Zahlen bereinigt, bei denen der Ct-Wert über 24 liegt.

Ersichtlich können nämlich **aus einer nicht validen Datenbasis** – aktuell unbrauchbare Ausgangsdaten, da der Test eben gerade **keinen Infektiösität** nachweist - **keine aussagekräftigen anderweitigen Werte** abgeleitet werden.

Da sich auch die politisch bedeutsame 7-Tages-Inzidenz aus den positiven Testungen, die wie der Senat zu Recht festgestellt hat, **bloße positive Testungen** sind und keinen Aufschluss auf die jeweilige **Infektiösität** zulassen, speist, **kann denkotwendigerweise auch diesem abgeleiteten Wert keine Aussagekraft** zugeschrieben werden.

Mit anderen Worten: Der Fehler – **Zuschreibung einer Infektiösität bei jedem positiven SARS-CoV-2-PCR-Test** – **setzt sich bei jedem abgeleiteten Wert** – auch bei der 7-Tage-Inzidenz – fort.

bb) Positiver PCR-Test – kein alleiniger Gradmesser für das Infektionsgeschehen

Die weitere Annahme des Senats, dass die Entwicklung der positiven Testungen **trotz** der von ihm auch erkannten eingeschränkten Aussagekraft eines positiven PCR-Tests, gleichwohl ein „belastbare[r] Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben“, ist wissenschaftlich und denkgesetzlich nicht nachvollziehbar.

Im vorgenannten Sinne entschied am 24.03.2021 auch das Verwaltungsgericht Wien. Es stellt u. a. unter Bezugnahme auf die WHO fest (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Der Gesundheitsdienst der Stadt Wien verwendet darin die Wörter „Fallzahlen“, „Testergebnisse“, „Fallgeschehen“ sowie „Anzahl an Infektionen“. Dieses Durcheinanderwerfen der Begriffe wird einer wissenschaftlichen Beurteilung der Seuchenlage nicht gerecht. Für die WHO (WHO Information Notice for IVD Users2020/05,Nucleic acid testing (NAT)

technologies that use polymerase chain reaction (PCR) for detection of SARS-CoV-2, 20 January 2021) **ausschlaggebend ist die Anzahl der Infektionen/Erkrankten und nicht der positiv Getesteten oder sonstiger „Fallzahlen“**. Damit bleibt es schon damit offen, von welchen Zahlen die „Information“ ausgeht. Die „Information“ nimmt Bezug auf die Empfehlung der Corona-Kommission vom 21.1.2021. Es ist mangels Angaben nicht nachvollziehbar, ob die dieser Empfehlung zugrundeliegenden Zahlen nur jene Personen enthalten, die nach den Richtlinien der WHO zur Interpretation von PCR-Tests vom 20.01.2021 untersucht wurden. **Konkret ist nicht ausgewiesen welchen CT-Wert ein Testergebnis hatte, ob ein Getesteter ohne Symptome erneut getestet und anschließend klinisch untersucht wurde.** Damit folgt die WHO dem Erfinder der PCR-Tests, ... (<https://www.youtube.com/watch?..>). Mutatis mutandis sagt er damit, dass ein PCR-Test **nicht zur Diagnostik geeignet ist und daher für sich alleine nichts zur Krankheit oder einer Infektion eines Menschen aussagt**. Laut einer Studie aus dem Jahr 2020 (Bullard, J., Dust, K., Funk, D., Strong, J. E., Alexander, D., Garnett, L., ... & Poliquin, G. (2020). Predicting infectious severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 from diagnostic samples. *Clinical Infectious Diseases*, 71(10), 2663-2666.) ist bei **CT-Werten größer als 24 kein vermehrungsfähiger Virus mehr nachweisbar** und ein PCR Test nicht dazu geeignet, die Infektiosität zu bestimmen. Geht man von den Definitionen des Gesundheitsministers, „Falldefinition Covid-19“ vom 23.12.2020 aus, so ist ein „bestätigter Fall“ 1) jede Person mit Nachweis von SARS-CoV-2 spezifischer Nukleinsäure (PCR-Test, Anm.), unabhängig von klinischer Manifestation oder 2) jede Person, mit SARS-CoV-2 spezifischem Antigen, die die klinischen Kriterien erfüllt oder 3) jede Person, mit Nachweis von SARS-CoV-spezifischem Antigen, die die epidemiologischen Kriterien erfüllt. **Es erfüllt somit keiner der drei vom Gesundheitsminister definierten „bestätigten Fälle“ die**

Erfordernisse des Begriffs „Kranker/Infizierter“ der WHO. Das alleinige Abstellen auf den PCR-Test (bestätigter Fall 1) wird von der WHO abgelehnt, siehe oben. Das Abstellen auf eine Antigen-Feststellung mit klinischen Kriterien (bestätigter Fall 2) läßt offen, ob die klinische Abklärung durch einen Arzt erfolgt ist, dem sie ausschließlich vorbehalten ist; maW: ob eine Person krank ist oder gesund, muss von einem Arzt getroffen werden (vgl. § 2 Abs. 2 Z 1 und 2 Ärztegesetz 1998, BGBl. I. Nr. 169/1998 idF BGBl. I Nr. 31/2021).

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

[...]

Sollte die Corona-Kommission die Falldefinition des Gesundheitsministers zugrunde gelegt haben, und nicht jene der WHO; so ist jegliche Feststellung der Zahlen für „Kranke/Infizierte“ falsch.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass selbst beim Verwenden der Fallzahlen nach der Definition der WHO die jeweiligen Modelle des Seuchengeschehens und die Bezüglichkeit der Zahlen ausschlaggebend für eine richtige Beurteilung sind. Sowohl in den Bewertungskriterien als auch in der aktuellen Risikoeinschätzung der Corona-Kommission vom 21.1.2021 finden sich dazu nur Sekundärquellen. Es wird auf die AGES (Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH) und auf die GÖG (Gesundheit Österreich GmbH) verwiesen. Mitteilungen von diesen werden offenbar ungeprüft zugrunde gelegt und die von diesen dafür verwandten wissenschaftlichen Quellen sowie statistisch prognostische Methoden nicht genannt. Besonders hervorzuheben war, dass stark steigende Fallzahlen nicht zuletzt auf stark steigende Tests zurückzuführen sind. Insgesamt ist bezüglich der „Information“ des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien und der darauf fußenden

Begründung des Untersagungsbescheides festzuhalten, dass zum Seuchengeschehen keine validen und evidenzbasierten Aussagen und Feststellungen vorliegen.“

<http://verwaltungsgericht.wien.gv.at/Content.Node/rechtsprechung/103-048-3227-2021.pdf>

Die unter Bezug genommene WHO-Information findet sich hier: <https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05>.

In einem Artikel der renommierten Fachzeitschrift „The Lancet“ wurde ferner dem PCR-Tests der Status als **angeblicher Goldstandard** für das Screening nach ansteckenden Personen (nur diese sind für das Infektionsgeschehen relevant) **abgesprochen**. Die Wissenschaftler:innen führten hierzu am 17.02.2021 u.a. aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

“However, for public health measures, another approach is needed. Testing to help slow the spread of SARS-CoV-2 asks not whether someone has RNA in their nose from earlier infection, but whether they are infectious today. It is a net loss to the health, social, and economic wellbeing of communities if post-infectious individuals test positive and isolate for 10 days. In our view, current PCR testing is **therefore not the appropriate gold standard for evaluating a SARS-CoV-2 public health test.**

Most people infected with SARS-CoV-2 are contagious for 4–8 days. Specimens are generally not found to contain culture-positive (potentially contagious) virus beyond day 9 after the onset of symptoms, with most transmission occurring before day 5. This timing fits with the observed patterns of virus transmission (usually 2 days before to 5 days after symptom onset), which led public health agencies to recommend a 10-day

isolation period. The short window of transmissibility contrasts with a median 22-33 days of PCR positivity (longer with severe infections and somewhat shorter among asymptomatic individuals). This suggests that **50-75% of the time an individual is PCR positive, they are likely to be post-infectious.**

[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)00425-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)00425-6/fulltext)

Das Voranstehende konsequent zu Ende gedacht bedeutet, dass wenn bei **keinem** positiven Fall klar ist, ob er infektiös ist, dies auch für die **Fallgesamtheit** gelten muss.

Auch in Deutschland gelten Menschen allerdings alleine aufgrund eines positiv ausgefallenen PCR-Tests als COVID-19-Fall. Das ist im Übrigen schon sprachlich falsch. Kritisch hierzu bereits Anfang September 2020 das Deutsche Netzwerk Evidenzbasierter Medizin (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Besonders zu kritisieren ist, dass die öffentliche Berichterstattung im deutschsprachigen Raum **nicht konsequent zwischen Test-Positiven und Erkrankten** unterscheidet. Zu bemerken ist, dass die steigende Anzahl der Test-positiven nicht von einem parallelen Anstieg der Hospitalisierungen und Intensivbehandlungen oder Todesfälle begleitet ist. Dies weckt doch erhebliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Tests und der täglichen Berichte der neuen Test-positiven.

[...]

Überhaupt muss mit Vehemenz kritisiert werden, dass die SARS-CoV-2 Inzidenzen fast ausschließlich als **Absolutzahlen ohne Bezugsgröße** berichtet werden. Die Bekanntgabe der Gesamtzahl der Test-positiven und der Todesfälle erfolgt

zudem kumulativ, was den Grundprinzipien der Darstellung epidemiologischer Daten widerspricht. Kumulativ sind beispielsweise in diesem Jahr bereits deutlich mehr als 500.000 Menschen in Deutschland gestorben, täglich etwa 2.500 insgesamt (davon etwa 20 Menschen jünger als 30 Jahre) [33]. Man stelle sich vor, Pneumokokkenpneumonien und Influenzafälle und -Todesfälle würden ebenfalls kumulativ berichtet. Wir lägen bei Beginn der Zählung zum Jahresbeginn in diesem Jahr bereits deutlich über den kumulativen COVID-Zahlen“

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

<https://www.ebm-netzwerk.de/de/veroeffentlichungen/pdf/stn-20200903-covid19-update.pdf>

Positiv Getestete sind nach alledem nicht sicher aktuell Infizierte und aktuell Infizierte sind auch noch keine COVID-19-Kranken. Dazwischen liegen in Wirklichkeit mehrere Abstufungen, die in der aggravierenden Begrifflichkeit „COVID-19-Fälle“ völlig „untergehen“.

Das bedeutet indes nicht, dass keinerlei Maßnahmen zu rechtfertigen wären. Das bedeutet lediglich, dass die politischen Entscheidungsträger:innen sich andere, valide Parameter suchen müssen, um ein aussagekräftiges Bild vom Infektionsgeschehen zu erhalten.

cc) Legaldefinition von „Neuinfektion“

§ 28a Abs. 3 IfSG hingegen legt nunmehr Schwellenwerte für Grundrechtseingriffe fest, die wie dargelegt an „Neuinfektionen“ anknüpfen. D. h. es dürfen nur Infektionen berücksichtigt werden.

Gemäß § 2 Nr. 2 IfSG versteht man unter einer Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.

Folglich muss ein Krankheitserreger aufgenommen werden. Ein Krankheitserreger ist gemäß § 2 Nr. 1 IfSG ein vermehrungsfähiges Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE
Ob ein Virus aber vermehrungsfähig ist, kann indes nicht ohne Weiteres mittels eines PCR-Tests festgestellt werden. Insofern sind die aktuell übermittelten Fallzahlen ohne Korrekturen, wie etwa die Festlegung eines wissenschaftlich nachvollziehbaren Ct-Wertes oder einer zusätzlichen klinischen Diagnostik, die das Ergebnis des PCR-Tests bestätigt oder nicht bestätigt, kein rechtlich zulässiger Anknüpfungspunkt.

dd) Zwischenergebnis

Die aktuelle Anknüpfung an die Anzahl der positiven Tests ist vielmehr unwissenschaftlich und damit willkürlich.

Rechtsanwältin Jessica Hamed
Das bedeutet, es ist aktuell **nicht bekannt, wieviele Neuinfektionen** es tatsächlich gibt; weshalb die Voraussetzung des Tatbestands bereits **nicht erfüllt** sind.

Mögliche zulässige Anknüpfungspunkte könnten z. B. **diagnostisch bestätigte** Fälle oder Zahlen, die durch die Krankenhäuser übermittelt werden, sein. Es sollten hierbei ausschließlich die Patient:innen, die **tatsächlich wegen COVID-19** behandelt werden und nicht etwa wegen einem anderen Leiden in Behandlung sind und zeitgleich positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden, berücksichtigt werden.

Kritisch zu den seitens der Politiker:innen ersonnenen Inzidenzgrenzen
erneut das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht in seinem
Beschluss vom 15.02.2021:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE210000631&psml=bsndprod.psml&max=true>

Sowie Kirchhof (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

„Diese Inzidenzwerte waren in der ersten Not des Corona-Schocks sicher eine taugliche Methode. Je länger die Pandemie andauert, desto mehr wird man sich fragen müssen, ob sie wirklich der einzige Faktor sind, der über die Maßnahmen bestimmen darf. Sie sind ein grober Maßstab, der aber längst nicht das ganze Grundrechtsgefüge erfasst, das wir beachten müssen.“

Ich halte es mittlerweile für verfassungsrechtlich dringend angezeigt, dass wir noch andere Parameter berücksichtigen. Wenn ein Kreis eine Inzidenz von 250 hat, und die Infizierten spüren keine Symptome oder nur die einer leichten Grippe, dann ist mir die Inzidenz ziemlich egal. Wenn ein Kreis die Inzidenz von 30 hat, und das führt zu 25 Todesfällen, dann brennt es. Und das muss man auch gesetzlich abbilden.“

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229606515/Ex-Verfassungsrichter-Man-kann-Gesellschaft-auch-zu-Todeschuetzen.html>

In diesem Sinne auch Prof. Dr. Maurizio Bach in einer ebenso schonungslosen wie brillanten Analyse der gesellschafts-politischen Situation am 28.03.2021 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Als mit Abstand wirkungsvollstes Instrument der gesamtgesellschaftlichen Angststeuerung erweist sich in der Corona-Krise aber die tägliche Veröffentlichung der Inzidenzzahlen, des Anteils der Positivgetesteten pro 100.000 Einwohner. Gehen sie hoch, steigt der Angstpegel in der Gesellschaft merklich; gehen sie runter bleibt die Furcht vor einer Rücknahme der „Lockerungen“. Die jeweils nächste Welle wirkt als ständige Drohkulisse. Mit einer anhaltenden Entspannung der emotionalen Gesamtlage in der Bevölkerung wird deshalb in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sein.“

Die gesellschaftliche Affektsteuerung mittels der Inzidenzstatistik hat zudem die sich selbst verstärkende Angst vor der Angst zu einem effizienten Medium der politischen Machtakkumulation werden lassen. Der Schein der wissenschaftlich-virologischen Rationalität und Unanfechtbarkeit täuscht allerdings: Die Inzidenzzahl, an sich schon ein unterkomplexer Indikator für das Infektionsgeschehen, da sie nicht das tatsächliche klinische Erkrankungs-, Therapie- und Belastungsbild wiedergibt, ist längst zu einem Politikum geworden. Das zeigt schon der Kompromisscharakter der in den Ministerpräsidentenkonferenzen festgelegten jeweiligen Höchstzahlen für das Auslösen des „Notbremsen“-Mechanismus, der für die Rücknahme von „Lockerungen“ beschlossen wurde, aber auch die Sonderregelungen und Alleingänge einzelner Bundesländer. Es liegt auf der Hand, dass hier Wahltaktik entscheidend mit im Spiel ist. Unglücklicherweise stehen in diesem Jahr in Deutschland noch zahlreiche Landtagswahlen und die Bundestagswahl an. Längst überlagern Parteienkämpfe und Machtkalküle daher die Pandemiebekämpfung. Eine herausgehobene Rolle spielt dabei die große Masse der Wählerinnen. Der Emanzipationsstand der Frauen in Beschäftigungsverhältnissen droht durch Kita- und

Schulschließungen, Homeschooling und Homeoffice um Jahrzehnte zurückgeworfen zu werden. Ein Kapitel für sich ist die allgemeine Pandemiemüdigkeit in der Bevölkerung, die die Zustimmungsraten für die Politiker, die einen härteren Kurs vertreten, deutlich sinken lässt. Umfragewerte zu den psychosozialen Belastungen der Bevölkerung fließen so immer wieder in die Festlegung der Inzidenzhöchstzahlen, die als Richtwerte für das Öffnungs-Schließungs-Wechselbad immer mit ein. **Eine Festlegung von Richtwerten nach politischen Stimmungen und Verhandlungen untergräbt jedoch die Evidenz- und Orientierungsfunktion von wissenschaftlichen Fakten. Die Exaktheit der Mess- und Zielkriterien degeneriert so zum Mythos, zum suggestiven Symbol der Manipulation des Gefährdungs- und Angstniveaus in der Corona-Gesellschaft.“**

Auch er prangert zudem – diese Anfügung sei an der Stelle erlaubt – die auch seitens der Unterzeichnerin bereits in mehreren, auch bei der hiesigen Kammer anhängigen Verfahren dargelegte, „Angststrategie“, der Regierenden scharf an. Durch diese Art der Politik wird das im Grundgesetz zugrundeliegende Bild der mündigen Bürger:innen konterkarieren (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

Rechtsanwältin Jessica Hamed
„Dabei stand am Anfang der Pandemie nicht einmal die Furcht der Leute vor einer Ansteckung mit dem neuen Virus im Zentrum. Zur Verbreitung der Angst trugen unter anderem Virologen und vermutlich sachlich überforderte, aber machtpolitisch agile Politiker, wesentlich bei. Das belegt ein Strategiepapier des Bundesinnenministeriums vom April 2020, in dem ganz unverblümt das Erzielen einer „Schockwirkung“ in der Bevölkerung angestrebt wurde. Dabei sollten unter anderem „Urängste“, wie die Angst vor dem Erstickungstod und vor der Ohnmacht der Angehörigen, geweckt werden. Das Gefahren- und Angstlevel in der Gesellschaft wird seitdem durch alarmierende Fernsehansprachen der Bundeskanzlerin,

Verlautbarungen des RKI sowie apokalyptische Visionen nicht scheuende Talkshow-Experten auf einem hohen Niveau gehalten. Das funktioniert selbst dann, wenn in den Krankenhäusern nachweisbar mehr als die Hälfte der verfügbaren Intensivbetten nicht belegt und die Zahl der „an und mit“ Corona Verstorbenen deutlich rückläufig ist (Von den samt Notfallreserve in Deutschland verfügbaren ca. 40.000 Intensivbetten waren selbst am Gipfel der zweiten Pandemiewelle zu keinem Zeitpunkt mehr als 20.000 Betten belegt, unabhängig von den behandelten COVID-19-Patienten).“

<https://verfassungsblog.de/angst-und-politik-in-der-pandemie/>

d) Die hier beanstandete nächtlich Ausgangssperre bzw. Aufenthaltsverbot stellt zudem, wie bereits unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Niedersächsischen Obergerichtes angedeutet, keine notwendige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 a Abs. 1 und Abs. 2 IfSG dar, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen würde. Die nächtliche Ausgangssperre ist somit auch **materiell rechtswidrig**.

Rechtsanwältin Jessica Hamed
Sie verletzt der Antragsteller in seinen Rechten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG (iVm Art. 1 Abs. 1 GG), auf Freizügigkeit im Sinne des Art. 11 Abs. 1 GG und auf Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG.

aa) Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schützt die körperliche (Fort-)Bewegungsfreiheit. Der Einzelne wird davor geschützt, in seiner räumlichen Entfaltung gegen seinen Willen auf einen begrenzten Raum beschränkt zu werden. Die Freiheit der Person nimmt einen hohen Rang unter den Grundrechten ein, denn sie ist Grundlage und Voraussetzung für die physische Existenz und die soziale Handlungsfähigkeit des Menschen und damit Basis für alle sonstigen frei gewählten

Verhaltensweisen. Durch die Ausgangssperre wird das Verlassen der eigenen Wohnung ohne (triftigen) Grund verboten. Somit liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG vor.

Je nachdem, ob man ein Exklusivitätsverhältnis zwischen beiden Grundrechten annimmt, ist auch Art. 11 GG verletzt, da der Antragsteller darin gehindert wird, sich außerhalb ihrer Wohnung aufzuhalten (in diesem Sinne auch VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 – 2 K 5102/20, juris).

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Daneben liegt auch evident die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) durch einen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung vor.

bb) Es bestehen bereits Zweifel auf Ebene des legitimen Zwecks, vgl. oben und der Geeignetheit der Maßnahme im Hinblick auf den anvisierten Infektionsschutz.

Auch mit diesen Zweifeln steht der Antragsteller nicht alleine da. In einem Gastbeitrag bei Zeit online führte der Jurist Prof. Dr. Volker Boehme-Neßler zu Recht am 02.04.2021 aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

Rechtsanwältin Jessica Hamed

„Ausgangssperren sind ein probates Mittel der Politik – in Diktaturen und autoritären Regimen. Sie dienen dazu, das Verhalten der Bevölkerung zu kontrollieren. Letztlich zerstören sie das öffentliche Leben und behindern Kontakte und Kommunikation unter den Bürgerinnen und Bürgern. Deshalb sind sie gut geeignet, um autoritäre Staatsmacht zu sichern. In Demokratien sind sie eher verpönt. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als irritierend, dass in Deutschland und in anderen europäischen Staaten Ausgangssperren verhängt werden.

Sind Ausgangssperren ein effektives Mittel, um die Verbreitung des Coronavirus zu bekämpfen? Die Antwort der empirischen Wissenschaft ist bisher nicht eindeutig. Der kleinste gemeinsame Nenner scheint zu sein: Ausgangssperren können wirken, wenn man sie mit anderen Maßnahmen kombiniert und ganz konsequent durchsetzt. In Diktaturen ist das kein Problem. Polizei und Militär stehen bereit, um den Widerstand der Bevölkerung zu brechen. Aber in Demokratien ist das undenkbar. Die europäischen Verfassungen und der demokratische Grundkonsens verbieten das.

(Nächtliche) Ausgangssperren wollen ein Verhalten verbieten, das aus einem tief verwurzelten menschlichen Bedürfnis entspringt. Menschen müssen und wollen andere Menschen treffen und mit ihnen kommunizieren. Das ist ein evolutionäres Erbe. Kommunikation, Kontakt und Kooperation sind Faktoren, die die Stammesgeschichte der Menschheit entscheidend geprägt haben. Auf den Punkt gebracht: Ausgangssperren arbeiten gegen die Biologie. **Um sie wirklich durchzusetzen, braucht es in letzter Konsequenz massive staatliche Gewalt. Staatsgewalt in dieser Dimension gegen die Bevölkerung einzusetzen – das geht in einer Demokratie nicht. Deshalb sind Ausgangssperren in Deutschland ein untaugliches Mittel, um das Verhalten der Bevölkerung konsequent zu steuern.**

Dieser Befund ist nicht nur politisch, sondern auch verfassungsrechtlich von Bedeutung. Das Grundgesetz garantiert allen Bürgerinnen und Bürgern die Freizügigkeit – also das Recht, sich frei im ganzen Bundesgebiet zu bewegen. Das ist ein entscheidender Bestandteil demokratischer Freiheit. Die Demokratie lebt von einer lebendigen Öffentlichkeit und einem intensiven öffentlichen Diskurs. Ohne Freizügigkeit ist beides kaum möglich. Ja, es stimmt: Der Staat darf Grundrechte einschränken, um die Pandemie zu bekämpfen.

Aber nur dann, wenn die Einschränkung überhaupt geeignet und erforderlich ist. Sonst ist sie unverhältnismäßig und eine verbotene Grundrechtsverletzung. Demokratien können Ausgangssperren nicht mit allen Mitteln durchsetzen. Gleichzeitig sagt die aktuelle Studienlage: Nur ganz konsequent umgesetzte Ausgangssperren können die Verbreitung des Virus einschränken. Die verfassungsrechtliche Folgerung: Ausgangssperren sind kein geeignetes Mittel – und damit verfassungswidrig. Ob sie erforderlich sind, ist genauso zweifelhaft. Gibt es denn keine anderen Maßnahmen, die ebenso wirksam sind – und weniger tief in Grundrechte eingreifen? Doch, die gibt es. Die Politik ignoriert sie allerdings.

Private Kontakte sind ein Urbedürfnis der Menschen. Gleichzeitig sind sie – und das ist tragisch – ein aktueller Treiber der Pandemie. So schwer es fällt, wir müssen Kontakte reduzieren. Wie geht das in einer Demokratie? Die Politik muss die Bürgerinnen dafür gewinnen, die Kontakte eigenverantwortlich, aus eigenem Antrieb zu beschränken. Die Regierung kann nicht die Bevölkerung disziplinieren. Die Bekämpfung der Pandemie funktioniert nur, wenn sich die Bürger selbst disziplinieren. Überzeugen, mitnehmen und motivieren – das ist der demokratische Weg, auch in einer bedrohlichen Pandemie. Das ist schwierig, gerade in der gegenwärtig weit verbreiteten und ungeheuer verständlichen Corona-Müdigkeit. Trotzdem gibt es keine Alternative, die mit der Demokratie kompatibel wäre.“

<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-04/ausgangssperren-deutschland-verfassung-corona-neuinfektionen-demokratie/komplettansicht>

Diesen Ausführungen ist in Gänze zuzustimmen. Ersichtlich handelt es sich bei der hiesigen angefochtenen Ausgangssperre um einen (erneuten) Sündenfall des Rechtsstaats, der nicht länger Bestand haben darf.

Zur Frage der Durchsetzbarkeit äußerten sich auch ein Vertreter der Deutschen Polizeigewerkschaft:

„Bodo Pfalzgraf von der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPolG) Berlin sagte WELT: „Es wird nicht leicht, diese Ausgangssperren durchzusetzen, die Akzeptanz der polizeilichen und politischen Maßnahmen ist in der Bevölkerung gegenüber dem ersten Lockdown geschwunden.“ Wenn seine Kollegen nach 21 Uhr Leute anhalten wollten, könnten diese einfach sagen, sie hätten einen triftigen Grund und müssten ganz dringend etwas einkaufen. „Außerdem werden schon jetzt die vielen von der Polizei geschriebenen Anzeigen kaum durch die Bezirksämter weiterverfolgt, die sind völlig überlastet.““

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229676025/Ausgangssperre-Spaziergang-befeuert-nicht-Infektionsgeschehen.html>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Auch wissenschaftlich ist die Geeignetheit der Maßnahme bereits mehr als fraglich. Zu Recht brachte das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht seine Verwunderung darüber zum Ausdruck, dass die süddeutschen Länder, den seit längerem bei ihnen geltenden Ausgangssperren keiner Evaluation unterzogen haben. In der Zeit online war am 09.04.2021 in Bezug auf Frankreich, wo seit Monaten verschärfte Ausgangssperren in den Abendstunden gelten (aktuell ab 19 Uhr), zu lesen (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Eine der wenigen französischen Forscherinnen, die den Effekt von Ausgangssperren genauer kalkuliert hat, ist Chloé Dimeglio,


Biostatistikerin in der südfranzösischen Stadt Toulouse. In einer Gruppe mit Virologen der städtischen Universitätsklinik hat Dimeglio schon vor einem Jahr ein Modell für die Metropole mit 500.000 Einwohnern entwickelt, das in den vergangenen Monaten sehr genau die Infektionskurven vorhersehen konnte. Heute sagt sie: **"Unserer Forschung nach hat die Ausgangssperre die Zahlen sogar nach oben getrieben."** Die Positivrate, also der Anteil der positiven Diagnosen an allen Corona-Tests, sei in Toulouse sehr viel stärker angewachsen, als es ihre Prognosen vermuten ließen. Eigentlich gingen die Forscher um Dimeglio davon aus, dass eine Positivrate von zehn Prozent Anfang Februar erreicht werde, aber diese wurde schon am 24. Januar erreicht.

Dimeglio kommt in ihrer Studie zu dem Schluss, die Ausgangssperre sei kontraproduktiv. **"Wahrscheinlich hat sie in Toulouse nicht funktioniert, weil die Menschen innerhalb kürzerer Zeit dasselbe machen – also etwa alle früher einkaufen. Das führt zu Menschenansammlungen."** Dimeglio widerspricht auch einer häufig geäußerten Vermutung, die englische Virus-Mutation habe die Zahlen in dem Zeitraum überdurchschnittlich ansteigen lassen, also die möglicherweise positiven Effekte der Ausgangssperre zunichte gemacht. **"Die Mutante spielte während unserer Studie in Toulouse keine Rolle bei den Ansteckungen"**, sagt sie.

Die Forscherin ist überrascht, dass sich die Pariser Regierung nicht zu ihren Ergebnissen geäußert hat – ihres Wissens nach ist keine weitere derartige Studie in Frankreich erschienen. Dimeglio verweist aber auf eine Studie im renommierten Magazin Science, die zu einem ähnlichen Schluss kommt: Solche Ausgangssperren, steht dort, **"erhöhen das Übertragungs-Risiko in Haushalten und Familien"**, während

sich gerade die Isolierung von Erkrankten als besonders effektiv erwiesen habe.

Dimeglio hält es für wichtig, über diese Fakten auf höchster Ebene zu diskutieren – erst recht, wenn es sich um eine so einschneidende Maßnahme wie eine Ausgangssperre handele.

 <https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-04/ausgangssperre-frankreich-corona-massnahmen-lockdown-wirkung/komplettansicht>

Zu den im Artikel genannten Studien:
<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33535066/> sowie
<https://science.sciencemag.org/content/371/6526/eabe2424>

Jedenfalls ist die beanstandete Maßnahme jedoch **nicht erforderlich**.

Nachdem schon seit **Anfang November 2020** im privaten Bereich freizeitleiche und soziale Aktivitäten auf ein absolutes Minimum reduziert wurden – mit nur wenigen „Öffnungstendenzen“ in den letzten Wochen – ist offensichtlich, dass die immer **stärkeren Begrenzungen im privaten Bereich wenig zielführend sind**, schließlich gibt es kaum Restriktionen im beruflichen Bereich.

Jedenfalls hätte es – so man überhaupt von einer Notwendigkeit eines weiteren Unterbindens von Kontakten über die bestehenden strengen Kontaktbeschränkungen hinaus ausgehen kann, was diesseits wie oben dargelegt angezweifelt wird – genügt, das Treffen anderer Menschen in dem Zeitraum zwischen 21.00 (was auch zu früh ist) und 05.00 Uhr zu verbieten und so **wenigstens Spaziergänge und sportliche Aktivitäten alleine draußen zu ermöglichen**. Jedenfalls von einem Spaziergang, der alleine durchgeführt wird, geht offensichtlich keine Infektionsgefahr aus. Aktuell ist somit sogar ein völlig ungefährliches Verhalten

strafbewehrt. Hierin kann letztlich auch ein Verstoß gegen das Willkürverbot erblickt werden.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist Willkür bei einer Maßnahme gegeben, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist (BVerfGE 80, 48). Hier werden im Rahmen der Sperrstunde strafbewehrt **Tätigkeiten untersagt, die für das Infektionsgeschehen vollständig und nach jeder Betrachtungsweise irrelevant sind.**

Wenn mit der Ausgangssperre nächtliche Ansammlungen verhindert werden sollen (wobei dann wieder eine Ungleichbehandlung gegenüber Treffen zu sonstigen Zeiten vorliegt), wäre ein mildereres, gleich geeignetes Mittel schließlich darin zu erblicken, Treffen auf zwei Personen zu begrenzen, um nicht in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung einzugreifen und gegen § 28a Abs. 2 IfSG zu verstoßen.

Kritisch in diese Richtung äußerten sich auch mehrere Politiker*innen, wie die Welt am 03.04.2021 berichtete:

„Auch Opposition im Bundestag übt scharfe Kritik an den Maßnahmen der Regierung: „Pauschale Ausgangsbeschränkungen sind nicht der richtige Weg. Sie sind unverhältnismäßig, denn beispielsweise ein abendlicher Spaziergang befeuert nicht das Infektionsgeschehen“, sagt Stephan Thomae, Fraktionsvize der FDP. „Wir brauchen stattdessen einen klaren Wenn-dann-Plan, der Öffnungsperspektiven aufzeigt und gleichzeitig für Hotspots regional begrenzte Notbremsen ermöglicht.“

Jan Korte, Parlamentarischer Geschäftsführer der Linkspartei, sagte: „Extrem sinnvoll wäre es, dass nicht ununterbrochen irgendwelche undurchdachten Vorschläge gemacht werden,

wovon die Leute irre werden.“ Es brauche einen wirklichen Gesamtplan. Ausgangssperren griffen generell „zu tief in die Grundrechte ein“ und seien unverständlich, weil „viele Unternehmen einfach so weitermachen dürfen, wie bisher“.“

[https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229676025/Ausgangssperre-Spaziergang-befeuert-nicht-Infektionsgeschehen.html?](https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229676025/Ausgangssperre-Spaziergang-befeuert-nicht-Infektionsgeschehen.html?from_search_results=true)

Im Übrigen ist eine nächtliche Ausgangssperre als Freiheitsentziehung i. S. d. Art. 104 Abs. 2 GG zu bewerten.

Die hier beanstandete Ausgangssperre ist die bislang eingriffintensivste Maßnahme, da sie sich unmittelbar gegen ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut richtet, nämlich die durch § 239 StGB (Freiheitsberaubung) geschützte Freiheit, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen.

Bei dieser Freiheit handelt es sich zugleich um ein besonders hochstehendes Rechtsgut, wie sich auch aus dem Gesetz ableiten lässt. Denn neben dem Leben und die Gesundheit gehört die persönliche Fortbewegungsfreiheit zu den einzigen Rechtsgütern, die der Gesetzgeber für den sogenannten entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB für notstandsfähig erklärt hat. Auf diesen Aspekt wurde die Unterzeichnerin von dem Strafrechtslehrer Prof. Dr. Volker Erb aufmerksam gemacht.

Weiter führte Prof. Dr. Erb gegenüber der Unterzeichnerin zu Recht sinngemäß aus, dass Ausgangssperren unter der der Geltung des Grundgesetzes – wenn überhaupt – *allenfalls* bei einer ganz extrem zugespitzten Lage, in der ersichtlich gar nichts anderes mehr hilft, zulässig sein könnten. Ersichtlich sei dieser Punkt hier nicht erreicht, die Inzidenzwerte würden aktuell immer niedrigschwelliger angesetzt werden. Im Winter sei eine Ausgangssperre nicht einmal – zu Recht – bei Inzidenzen über 200 diskutiert worden.

Die Unterscheidung zwischen freiheitsentziehenden und freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erfolgt je nach der Eingriffsintensität. Eine *Freiheitsbeschränkung* liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich zugänglich wäre.

Die *Freiheitsentziehung* ist die schwerste Form der Freiheitsbeschränkung. Sie setzt eine besondere Eingriffsintensität und eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraus.

Vorliegend unterscheidet sich die Ausgangssperre fundamental – auch an dieser Stelle erlaubt sich die Unterzeichnerin den Gedanken von Prof. Dr. Erb aufzugreifen – von allen Varianten persönlicher Freiheitsbeschränkungen, die das Grundgesetz kennt. Diese sind nämlich ausschließlich auf einzelne Personen bezogen und richten sich nicht gegen die Allgemeinheit, bzw. die gesamte Bevölkerung einer Region. Bereits deshalb ist diese Regelung im Grunde verfassungs- und damit rechtswidrig.

Ziff. 11 ordnet grundsätzlich das Verbleiben in der eigenen Wohnung an. Das Verlassen der Wohnung ist zwar bei Vorliegen bestimmter Gründe erlaubt. Der nicht abschließende Katalog der möglichen Gründe ist jedoch – wie oben gezeigt – nicht geeignet, ein großes Mehr an persönlicher Fortbewegungsfreiheit zu schaffen.

Aufgrund dieser Härten wird durch ein Ausgangsverbot jedenfalls in konkreten Fällen die körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben. Dies ist auch sein intendiertes Ergebnis. Denn ein präventives Ausgangsverbot versucht gerade, seinen infektionsschutzrechtlichen Zweck zu erreichen, indem die Anzahl der Personen, die sich im öffentlichen Raum bewegen, möglichst klein gehalten wird. Das Ausgangsverbot ist daher als freiheitsentziehende Maßnahme einzuordnen.

Selbst wenn man aufgrund der Begrenzung der Ausgangssperre auf acht Stunden in der Nacht in ihr „nur“ eine *Freiheitsbeschränkung* sehen würde, kommt diese aufgrund ihrer täglichen Wiederholung – inzwischen bis zum 25.04.2021 verlängert – im Ergebnis einer Freiheitsentziehung gleich. Andernfalls würde das Telos hinter den Höchstfristen des Art. 104 Abs. 2 und Abs. 3 GG leerlaufen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann ferner schon die *Aufhebung* der Bewegungsfreiheit für einen Zeitraum von mehreren Stunden eine Freiheitsentziehung darstellen (BVerfG NVwZ 2011, 746).

Auch die **räumliche Komponente** der Freiheitsentziehung ist erfüllt. Denn die Fortbewegungsmöglichkeit wird mit der eigenen Wohnung auf einen eng umgrenzten Raum reduziert (BVerfG NJW 2004, 3697), die Art des Raumes ist herbei irrelevant.

Es muss ferner auch **nicht zu körperlichen Zwang** durch beispielsweise Vollstreckungsbeamten:innen kommen – **psychischer Zwang**, wie er etwa von der Androhung bestimmter Sanktionen ausgeht, ist ausreichend (vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 104 Rn. 25).

Eine Freiheitsentziehung kann nach Art. 104 GG **nur durch den die gesetzliche Richter:in** verhängt werden, sodass die nächtliche Ausgangssperre auch bereits deshalb verfassungswidrig ist. Denn auch bei Präventivmaßnahmen muss eine richterliche Entscheidung unverzüglich herbeigeführt bzw. nachgeholt werden, was vorliegend nicht geschehen ist.

Selbst wenn man in den Maßnahmen „nur“ eine Freiheitsbeschränkung sähe, sind wegen des hohen Stellenwerts der persönlichen Freiheit Eingriffe jedenfalls nur aus besonders gewichtigen Gründen des Allgemeinwohls zulässig. Im Rahmen der Abwägung ist eine besonders sorgfältige Prüfung unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen. Vor allem präventive

Einschränkungen der persönlichen Freiheit unterliegen damit strengen Voraussetzungen. Die Anordnung von präventiven Freiheitsentziehungen oder tiefgreifenden Freiheitsbeschränkungen durch abstrakt-generelle Verordnungen der Exekutive, die keine Berücksichtigung des Einzelfalls vorsehen, ist verfassungsrechtlich in höchstem Maße – so auch § 28a Abs. 2 IfSG – rechtfertigungsbedürftig.

Nachdem wie oben dargelegt die nächtliche Ausgangssperre schon nicht erforderlich ist – insbesondere würde es beispielsweise auch genügen einzelne Parkanlagen etc. zu sperren –, sind die pauschalen und sehr intensiven Eingriffe in die Freiheit der Person evident nicht gerechtfertigt.

cc) Im Weiteren ist die hier angefochtene Ausgangssperre auch ersichtlich **unverhältnismäßig im engeren Sinne**. Im Frühling 2020 wurde deutlich, dass der Infektionsverlauf in Bundesländern, die „nur“ eine Kontaktbeschränkung hatten, nicht wesentlich von dem in Bundesländern mit Ausgangsbeschränkung abweicht (vgl. hierzu auch Verfassungsgerichtshof des Saarlands, Beschluss vom 28.04.2020, Lv 7/20).

Während auf der einen Seite nicht ersichtlich ist, dass die strengste aller Maßnahmen erforderlich sein soll, erweist sich der Grundrechtseingriff als derart schwerwiegend, dass jeder Tag, in dem er wirkt, ein Tag zu viel ist.

Im Hinblick auf die bereits oben angesprochene **fehlende Erforderlichkeit** einer derartigen Beschränkung führte das Sächsische Obergerverwaltungsgericht am 04.03.2021 im Rahmen eines Beschlusses, mit dem die nächtliche Ausgangssperre außer Vollzug gesetzt wurde, u. a. aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Auch aus dem Umstand, dass man den Kommunen mit § 2b Abs. 2 und § 2c Abs. 2 SächsCoronaSchVO die Möglichkeit

eröffnet hat, ab einer 7-Tage-Inzidenz von 100 Neuinfektionen auf 100.000 Einwohner die Ausgangsbeschränkungen aufzuheben, folgt zwar im Ergebnis, dass der Verordnungsgeber beim vorgenannten Inzidenzwert davon ausgeht, dass die Ausgangsbeschränkungen nicht mehr erforderlich sind, aber nicht, worauf sich seine Prognose stützt, dass bei einer diese Inzidenz übersteigenden Zahl eine solche Maßnahme erforderlich ist, zumal er im Dezember 2020 und Januar 2021 die Maßnahmen unter Verweis auf einen Inzidenzwert von 300 begründet hatte (anders in Bezug auf vorgesehene lokale Abweichungen: ThürOVG, Beschl. v. 18. Februar 2021 - 3 EN 67/21 -, juris Rn. 75 f.). Aus diesen Erwägungen folgt zwar nicht, dass Ausgangsbeschränkungen nicht schon bei einer 7-Tage-Inzidenz von über 400 Neuinfektionen auf 100.000 Einwohner erforderlich sein können, dies muss sich dann aber aus einer entsprechend nachvollziehbaren Prognoseentscheidung des Verordnungsgebers ergeben, auch wenn insoweit die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (VGH BW, a. a. O. Rn. 38). Es muss aber zumindest erkennbar werden, dass sich der Verordnungsgeber situationsbezogen mit den Vorgaben des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG auseinandergesetzt hat.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Auch in Zusammenschau mit § 28a Abs. 3 Satz 10 IfSG, wonach bei einer Überschreitung eines Schwellenwerts von fünfzig Neuinjektionen je 100.000 Einwohnern landesweit abgestimmte umfassende, auf eine effektive Eindämmung des Infektionsgeschehens abzielende Schutzmaßnahmen anzustreben sind, lässt sich - unabhängig von der Frage, inwieweit Inzidenzwerte allein zur Bestimmung der Erforderlichkeit bestimmter Schutzmaßnahmen herangezogen werden können - nicht abstrakt bestimmen, ab welchem Inzidenzwert stets von einer Erforderlichkeit der Maßnahme im Sinn des § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG auszugehen ist. Denn andernfalls wäre es bereits am

Gesetzgeber gewesen, auch für die in § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG genannten Maßnahmen Bezugnahmen zu Inzidenzwerten herzustellen, so wie er es in § 28a Abs. 3 IfSG gemacht hat.“

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 04. März 2021 – 3 B 26/21 –, juris.

Die Regelung erweist sich auch im Hinblick darauf, dass ein triftiger Grund für das Verlassen bzw. den Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung vorgebracht werden muss, als unzumutbar. Mit dem Verlassen der eigenen Wohnung bzw. des Aufenthalts außerhalb der eigenen Wohnung setzt sich der Antragsteller unmittelbar einem „Generalverdacht“ aus und muss erdulden, nach einem triftigen Grund gefragt zu werden.

Als besonders problematischer Ausnahmegrund erweist sich dabei im Übrigen – auch darauf sei am Rande hingewiesen – der Besuch bei „Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten“. Dieses Tatbestandsmerkmal kann in der Praxis nicht ohne erheblichen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung überprüft werden. Der Staat hat grundsätzlich allerdings kein Anrecht darauf zu wissen, wer mit wem – abseits bestehender rechtlicher Institutionen wie der Ehe oder einer Lebenspartnerschaft – liiert ist und im Übrigen lässt sich dies gegenüber den kontrollierenden Personen auch nicht beweisen. Dem Notarassessor Felix Schmitt ist daher zuzustimmen, wenn er ausführt:

„Die Verfassungswidrigkeit ist insoweit bereits auf Eingriffsseite offensichtlich. Die Intimsphäre als engster, von der Menschenwürde garantierter Kern des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist frei von jeglicher staatlichen Kontrolle und darf durch einen Eingriff gar nicht erst berührt werden. Oder um es plakativ zu machen: Wo, bei und in letzter Konsequenz mit wem ich schlafe, geht den Staat nichts an.

Soweit Ehegatten von der Regelung betroffen sind, scheint es jedenfalls nicht fernliegend, auch hinsichtlich Art. 6 Abs. 1 GG über eine Berührung des Kernbereiches nachzudenken.“

Und auch im Weiteren ist seinen Ausführungen im Dezember 2020, in denen insbesondere auch der Freiheitsentzug, der im Rahmen dieses Prüfungspunktes besonders zu gewichten ist, thematisiert wird, zuzustimmen (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die sprachliche Differenzierung zwischen „Ausgangsbeschränkung“ und „Ausgangssperre“ darf dabei als politisch motiviert abgetan werden – rechtlich gesehen handelt es sich jeweils um präventive Ausgangsverbote mit mehr oder weniger weiten Erlaubnisvorbehalten. In Bayern weicht das nächtliche Ausgangsverbot konstruktiv von den bisherigen präventiven Verboten ab und dürfte ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt darstellen.“

[...]

Neben den Eingriffen in die Allgemeine Handlungsfreiheit, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 6 Abs. 1 GG bewirken die nächtlichen „Ausgangssperren“ vor allem eine **Einschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG**. Wer sich ordnungsgemäß verhält, hat die eigene Wohnung in dem Geltungszeitraum (und grundsätzlich auch tagsüber) nicht zu verlassen. Bei einem kinderlosen Adressaten ohne Haustiere oder sterbende Angehörige wird durch die **nächtliche Ausgangssperre die persönliche Fortbewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin durch den psychischen Zwang aufgehoben, den die Furcht vor Strafverfolgung auslöst**. Im Gegensatz zu sämtlichen bislang auf Landesebene geltenden Ausgangsverböten wird nicht einmal die Bewegung an der frischen Luft als triftiger Grund

genannt. Die nächtliche Ausgangssperre wird dann nur wegen ihrer vergleichsweise kurzen Dauer, die regelmäßig durch die untertägigen Ausgangsverbote unterbrochen wird, „lediglich“ als Freiheitsbeschränkung einzuordnen sein.

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird nicht nur durch das Verbot nächtlicher Jogging-Runden belastet. **Nächtliche Ausgangssperren werden vorrangig in kriegerischen Auseinandersetzungen angewandt** und Lindner rügt zurecht, dass der neuerliche Lockdown politisch vor allem in Bayern mittels Einschüchterung (er spricht von „Horrorszenarien“) kommuniziert wird. **Gerade die nächtlichen Verbote und ihre Inszenierungen sind daher in erheblichem Maße geeignet, die psychische Gesundheit negativ zu beeinträchtigen.**

[...]

Die Ausgangssperre soll deshalb nach Willen der **Verordnungsgeber vor allem dazu dienen, den abendlichen Besuch in fremden Hausständen unattraktiv zu machen, indem der Rückweg untersagt und ggf. sanktioniert wird.** Wer einen anderen Hausstand besucht, muss um 21 Uhr zuhause sein oder dort übernachten. Da durch eine Übernachtung der Kontakt verlängert wird, dürfte schon fraglich sein, ob diese Wirkung zur Förderung des Infektionsschutzes überhaupt geeignet ist. Jedenfalls wird der Weg nachhause (Art. 14 Abs. 1 GG!) stets in verfassungskonformer Auslegung nach Art. 14 Abs. 1 GG einen triftigen Grund darstellen, den öffentlichen Raum zu durchqueren.

<https://verfassungsblog.de/wen-soll-das-schutzen/>

In einem Sondervotum erklären die auch von Schmitt unter Bezug
genommenen Berliner Verfassungsrichter:innen Seegmüller und
Schönrock u.a. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Zum Kernbereich aller Freiheitsgrundrechte gehört das
grundgesetzlich vorgegebene Verhältnis von Freiheit und
staatlicher Einschränkung. Der Einzelne muss die Ausübung
oder Nichtausübung seiner Freiheitsrechte nicht begründen. Die
Motive seines Handelns sind staatlicher Bewertung entzogen.
[...] **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die engere
persönliche Lebenssphäre. Dazu zählt die Privat- und
Intimsphäre, in die er sich frei von jeder staatlichen Kontrolle
und sonstiger Beeinträchtigung zurückziehen und mit den
Mitgliedern seines engsten Familienkreises oder anderen
Vertrauenspersonen ungestört kommunizieren kann (BVerfG,
Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171). In
diesem Bereich muss der Einzelne unbeobachtet sich selbst
überlassen sein und muss mit besonderen Vertrauenspersonen
ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und
ohne Furcht vor staatlichen Repressalien frei verkehren können
(BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96,
171). Eingriffe in diesen Kernbereich der privaten
Lebensgestaltung - die Intimsphäre - sind stets unzulässig
(BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1996 - 1 BvR 2111/94). Das gilt auch,
soweit die Betätigung des Einzelnen in dem absoluten
Kernbereich privater Lebensgestaltung zu Infektionsrisiken
führt. Diese sind von Verfassungen wegen hinzunehmen“**

(vgl. VerfGH Berlin v. 14.04.2020, 50 A/20, S. 6 ff.)

Auch nach dem Juristen Henrik Eibenstein läge eine oben dargelegte
Freiheitsentziehung vor (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Dieser Befund verschärft sich in der Sache noch weiter, wenn sich der Blick auf § 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG richtet, wonach die Anordnung einer mitunter besonders weitgehenden Ausgangsbeschränkung zulässig sein soll. Nicht nur begegnet schon die Geeignetheit einer solchen Maßnahme erheblichen Bedenken, solange keine fachwissenschaftlichen Überzeugungen dafür existieren, dass es allein durch einen aushäusigen Aufenthalt – trotz strikter Einhaltung eines Mindestabstands – zu Übertragungen des SARS-CoV-2-Virus in relevantem Maße kommen wird. Auch besitzen Freiheitsbeschränkungen das grundsätzliche Potential, je nach Intensität immer stärker in die Richtung einer Freiheitsentziehung zu wanden. Letztere ist immer dann anzunehmen, wenn die tatsächlich und rechtlich an sich gegebene Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird, wobei auch psychische Hindernisse (z. B. Angst vor Sanktionen, grundsätzlich angedroht als Ordnungswidrigkeit in § 73 Abs. 1 a Nr. 11 a IfSG, unter Umständen sogar als Straftat, vgl. § 74 IfSG) ausreichen. Würde das Verlassen der eigenen Wohnung für einen bestimmten Zeitraum gänzlich untersagt werden, läge insoweit eine den Intensitätsgrad der Freiheitsentziehung erreichende Freiheitsbeschränkung nahe.“

Rechtsanwältin Jessica Hamed

vgl. Eibenstein, Die (vertane) Chance des § 28a IfSG, COVuR 2020, 859.

Der Annahme einer Freiheitsentziehung mit erforderlichem Richtervorbehalt steht auch nicht entgegen, dass es sich bei der Ausgangssperre um keine Strafverfolgungsmaßnahme handelt. Denn das Bundesverfassungsgericht hat zur Entstehung des Art. 104 Abs. 2 GG ausgeführt:

„Inhaltlich ging schon der Herrenchiemsee-Entwurf mit der Gewährleistung des Freiheitsschutzes über die entsprechende

Bestimmung in Artikel 114 der Weimarer Reichsverfassung grundsätzlich hinaus, indem er für jeden "von der öffentlichen Gewalt Festgenommenen" das Recht vorsah, spätestens am Tage nach der Festnahme auf Verlangen dem zuständigen Richter vorgeführt zu werden, während die Weimarer Reichsverfassung eine richterliche Kontrolle nicht erwähnte. Als der Entwurf der Freiheitsgewährleistungen in den Protokollen des Parlamentarischen Rates auftaucht - zunächst als Artikel 3 -, hat er bereits in einem Unterausschuß eine weitere entscheidende Änderung erfahren. Neben der Übernahme richterlicher Kontrolle aus dem Herrenchiemsee-Entwurf erscheint der Begriff der "öffentlichen Gewalt" oder ein sinngleicher Begriff nicht mehr. Danach heißt es jetzt, daß jede Beschränkung der persönlichen Freiheit schlechthin von einer formellen Gesetzesgrundlage abhängig und jede nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehung richterlicher Kontrolle unterworfen sei. Protokolle des Unterausschusses sind nicht vorhanden. Ein Hinweis auf die mit dieser Streichung verfolgte Absicht könnte einer Äußerung des Abgeordneten Zinn, der Mitglied des Unterausschusses war (Grundsatzausschuß 4. Sitzung vom 23. September 1948, Stenoprot. S. 1, 27 und 31), entnommen werden; er begründete den Vorschlag zu dem damaligen Artikel 3 - jetzt Artikel 104 - mit der Notwendigkeit, über die Weimarer Reichsverfassung hinauszugehen, und betonte, daß es künftig "keinerlei Freiheitsentziehungen auf die Dauer ohne Tätigwerden eines Richters" geben solle. Bei der Diskussion des Vorschlages des Unterausschusses im Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege wendeten sich einige Abgeordnete mit großer Beharrlichkeit gegen die Ausdehnung der richterlichen Kontrolle über die "kriminellen Fälle" hinaus auch auf Freiheitsentziehungen aus fürsorgerischen Gründen (Rechtspflegeausschuß 7. und 8. Sitzung vom 6. und 7. Dezember 1948 [7. Sitzung S. 164, 167; 8. Sitzung S. 49, 56 bis 59]). Sie fanden

jedoch für ihre Ansicht nicht die Zustimmung der Mehrheit. Diese schloß sich der Meinung an, die Entscheidung über Freiheitsentziehung solle auch in allen Fällen mit fürsorglichem Charakter dem Richter vorbehalten bleiben. Als konkrete Beispiele wurden in der Diskussion allerdings nur Freiheitsentziehungen unmittelbar durch die öffentliche Gewalt angeführt, Anordnungen des Vormundes nicht erwähnt. Im Verlaufe der 8. Sitzung wurde in diesem Zusammenhang auch eine Umstellung der einzelnen Sätze in Aussicht genommen, jedoch nicht verwirklicht (vgl. 8. Sitzung, Stenoprot. S. 53, 56, 60). Im Anschluß an die Diskussion in der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses erhielten die Absätze 2 und 4 des heutigen Artikels 104 - damals Artikel 136 - im wesentlichen bereits ihre endgültige Fassung (vgl. neben den zitierten Protokollen der 7. und 8. Sitzung des Rechtspflegeausschusses die zusammenfassende Darstellung in JöR NF I S. 745 bis 748).

Der weite, auch fürsorgliche Maßnahmen umfassende Wortlaut ist also ebenso wie die Reihenfolge der Sätze bewußt gewählt worden. Jedoch erlaubt die Entstehungsgeschichte keinen sicheren Schluß darauf, was die Mitglieder der maßgebenden Ausschüsse sich unter Maßnahmen fürsorglichen Charakters vorgestellt haben. Für die Annahme, daß sie nur an unmittelbare Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gedacht haben, spricht die Art der in der Diskussion verwendeten Beispiele; gegen diese Annahme lassen sich die zitierte Äußerung des Abgeordneten Zinn und die auffällige Textänderung im Unterausschuß - das Eliminieren des Begriffes der öffentlichen Gewalt - anführen, die mit redaktionellen Gründen kaum erklärt werden kann.

Gewiß war der Parlamentarische Rat von dem Grundgefühl leidenschaftlicher Abkehr vom Nationalsozialismus erfüllt; doch darf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der

Freiheitsgarantie im einzelnen nicht aus dieser Haltung gedeutet und daraus gefolgert werden, daß die richterliche Kontrolle nur gegen Mißbräuche der Exekutive gemeint sein könne. Den Abgeordneten im Parlamentarischen Rat ging es nicht nur darum, etwas gegen den Nationalsozialismus zu "pointieren" (vgl. etwa die Abgeordneten Dr. Heuss und Dr. Schmid, Grundsatzausschuß 4. Sitzung, Stenoprot. S. 10)."



vgl. BVerfGE 10, 318 ff.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Die nächtliche Ausgangssperre als unmittelbare Maßnahme der öffentlichen Gewalt mit fürsorgerischem Charakter (Infektionsschutz) ist somit eine von Art. 104 Abs. 2 GG erfasste Freiheitsentziehung, für die eine **richterliche Entscheidung** erforderlich wäre.

Rechtlich gesehen ist dem Antrag nach hiesiger Ansicht unbedingt stattzugeben. Gleichwohl wird in **tatsächlicher Hinsicht** noch darauf hingewiesen, dass die dritte Infektionswelle erfreulicherweise am abklingen ist.

Im Einzelnen:

Rechtsanwältin Jessica Flamed

Im Folgenden sieht man zunächst den Verlauf der 7-Tage-Inzidenz aus dem RKI-Lagebericht vom 09.04.2021 – die dicke rote Linie ist der Wert für gesamt Deutschland – eingezeichnet ist als Markierung der Karfreitag, weil zuweilen argumentiert wird, der Rückgang der Fallzahlen liege daran, dass an den Feiertagen weniger getestet wurde. Man sieht bereits, dass der Inzidenzwert sein Maximum schon **vor** dem ersten Osterfeiertag (Karfreitag) überschritten hat:

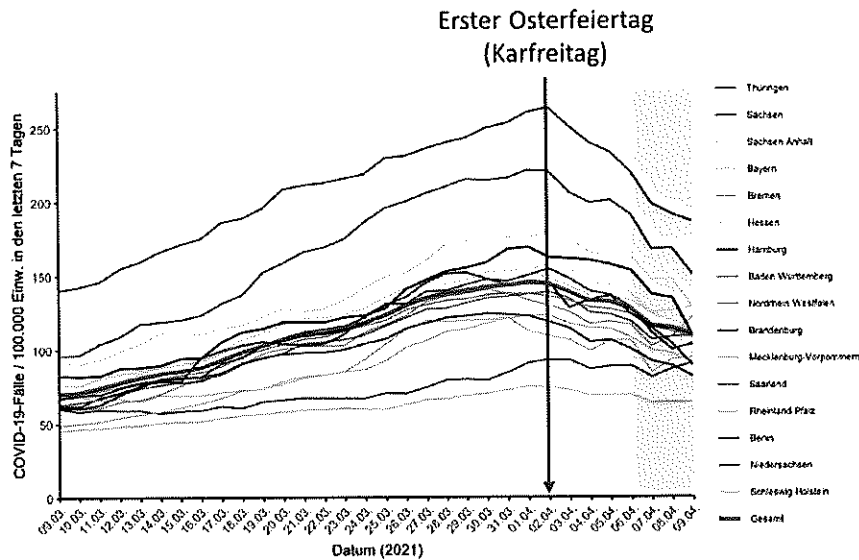


Abbildung 2: Darstellung der übermittelten COVID-19-Fälle/100.000 Einwohner über 7 Tage in Deutschland nach Bundesland und Meldedatum in den Gesundheitsämtern (09.04.2021, 0:00 Uhr). Für den grau markierten Bereich ist in den Folgetagen noch mit nachübermittelten Fällen und damit mit einer Erhöhung der Inzidenz zu rechnen.

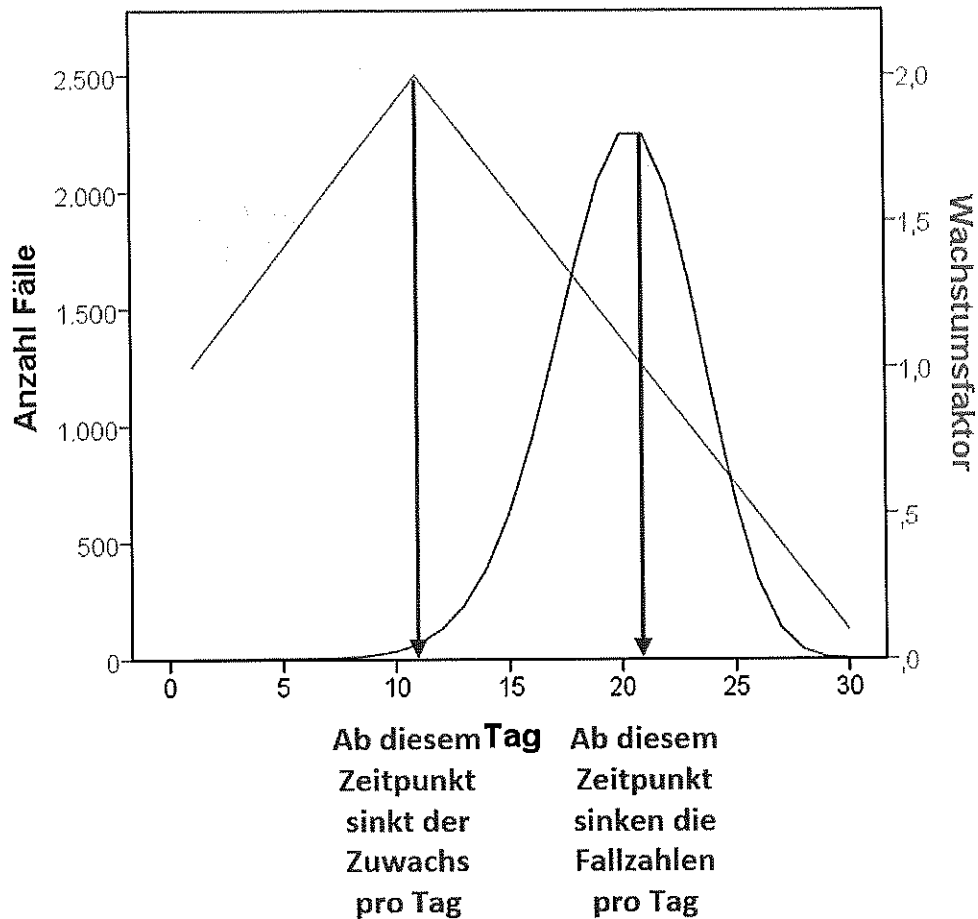
https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-09-de.pdf?__blob=publicationFile

Man muss nun zunächst das Folgende verstehen: Wenn man wissen will, ab wann eine Virusbreitung sich abbremsen lässt, darf man sich nicht davon täuschen lassen, wo die Graphik zu den Fallzahlen ihr Maximum hat: Die Virusbreitung geht nicht ab dem Zeitpunkt zurück, ab dem die Kurve der Fallzahlen pro Tag ihr Maximum erreicht hat, sondern ab dem Zeitpunkt, wann der **Zuwachs** von Tag zu Tag kleiner war – und das ist deutlich vor dem Maximum.

Deshalb eine Simulation zu Illustrationszwecken:

Die grüne Wachstumskurve (die Zahl gibt an, um das Wievielfache die Anzahl der Fälle von einem Tag zum nächsten steigt) hat hier die blaue Kurve der neuen Fälle pro Tag erzeugt. Wie man sieht, sinkt die Zahl der Fälle pro Tag erst ab dem 21. Tag, die Wachstumskurve sinkt aber schon seit dem 11. Tag, also 10 Tage zuvor, und zwar kontinuierlich. Der

Zeitpunkt, wann die Fallzahlen pro Tag das Maximum erreichen, hat also für die Wachstumskurve keinerlei Bedeutung:



Rechtsanwältin Jessica Hamed

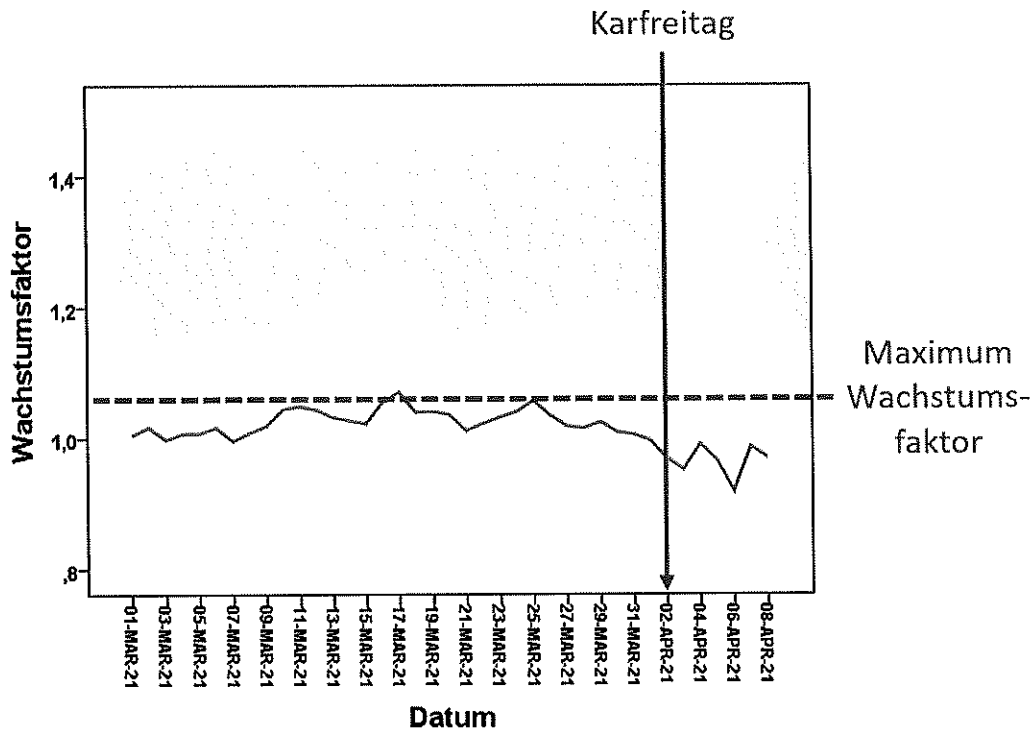
Datenquelle: Zahlen des RKI Stand 09.04.2021

<https://www.arcgis.com/home/item.html?id=f10774f1c63e40168479a1feb6c7ca74>

Anders ausgedrückt: Während die Kurve der Fälle pro Tag also die Illusion erzeugt, die Fallzahlen gingen erst seit dem 21. Tag zurück, sinkt die Virusausbreitung in Wirklichkeit zu diesem Zeitpunkt schon kontinuierlich seit 10 Tagen.

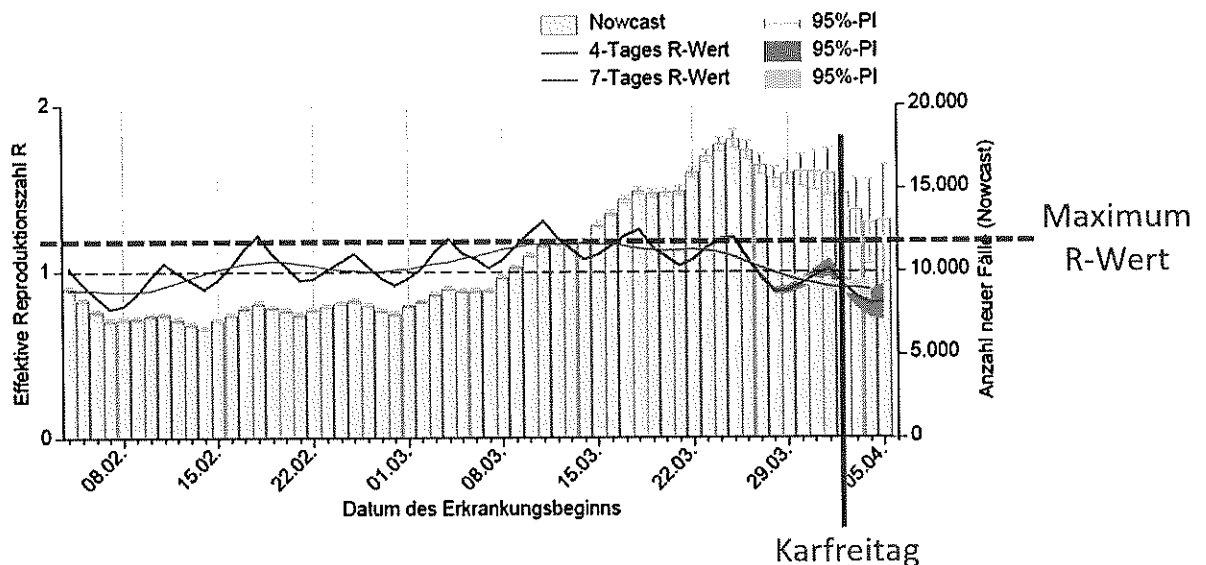
Man kann sich nun die Wachstumskurve für die 7-Tage-Inzidenz ansehen. Wie man sieht, beginnt die Wachstumskurve bereits 8 Tagen

vor dem ersten Osterfeiertag (Karfreitag) zu sinken (Berechnung aufbauend auf den aktuellen RKI-Daten Stand 09.04.2021):



Hierbei ist zu beachten, dass das Datum der Inzidenzwert-Kurve dem Meldedatum der Fälle entspricht. Die tatsächlichen Infektionen haben in Wirklichkeit schließlich deutlich vorher stattgefunden (Inkubationszeit von in etwa fünf Tagen + Zeit, bis jemand sich testen lässt + Zeit bis zum Erhalt des Testergebnisses, also meist mindestens eine Woche vorher). Deswegen sollte man sich eigentlich den R-Wert ansehen, denn den R-Wert schätzt das RKI anhand des Erkrankungsdatums.

Dort zeigt sich sogar noch klarer, dass die Virusausbreitung schon seit längerer Zeit sinkt. Hier sieht man den Verlauf des R-Wertes aus dem RKI-Lagebericht vom 09.04.2021, eingezeichnet ist wieder der Karfreitag und das Maximum des R-Wertes. Der 7-Tage-R-Wert beginnt bereits 18 Tage vor dem 1. Osterfeiertag (Karfreitag) leicht zu sinken, seit 10 Tagen vor dem 1. Osterfeiertag (Karfreitag) sinkt der 7-Tage-R-Wert stärker:



https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-09-de.pdf?__blob=publicationFile

Der Rückgang in der Virusausbreitung hat sogar noch einmal fünf Tage früher begonnen als in der Graphik ersichtlich, weil das Datum der X-Achse dem Erkrankungsbeginn entspricht, und die Infektion in etwa fünf Tage vorher stattgefunden hat.

Sehr interessant sind auch die Ergebnisse aus dem Influenza-Wochenbericht. Dort werden die aus deutschlandweit verteilten Praxen eingeschickten Proben von atemwegserkrankten Personen auf darin vorhandene Viren untersucht (sog. Sentinelproben). Darauf aufbauend wird seit Jahren der Verlauf der Grippewellen geschätzt. Die folgende Graphik zeigt den Verlauf der Häufigkeit des Nachweises der verschiedenen Viren über die letzten Wochen hinweg im aktuellen Wochenbericht. Dort ist zum einen praktisch keine dritte Welle beim SARS-CoV-2-Virus zu erkennen. Dagegen steigen die Rhinoviren und das Coronavirus hCoV seit Wochen stark an. Dort sieht man im Vergleich, wie Wellen ausschauen müssten:

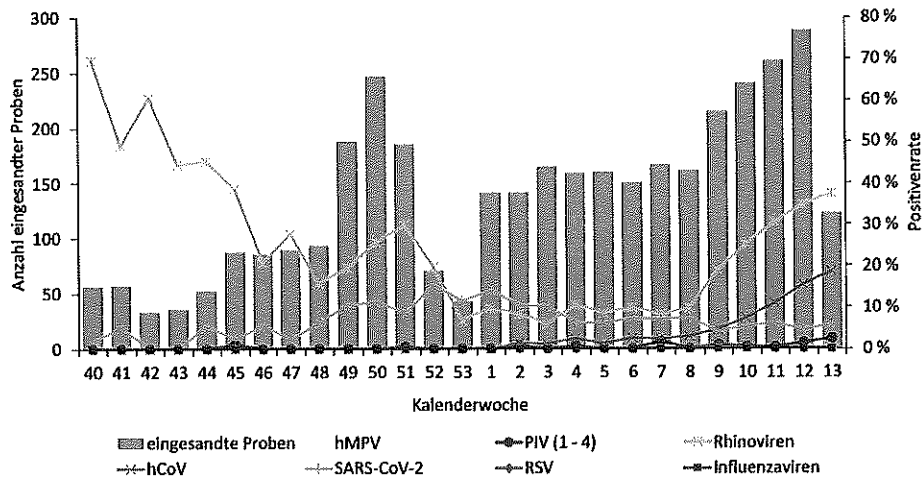


Abb. 4: Anteil identifizierter Atemwegsviren an allen im Rahmen des Sentinels eingesandten Proben (Positivrate, rechte y-Achse, Linien) sowie die Anzahl der an das NRZ für Influenzaviren eingesandten Sentinelproben (linke y-Achse, graue Balken) von der 40. KW 2020 bis zur 13. KW 2021. Influenzaviren und hMPV wurden in dieser Saison bisher nicht nachgewiesen, die Positivrate liegt dort jeweils bei 0 %.

https://influenza.rki.de/Wochenberichte/2020_2021/2021-13.pdf

Was auch interessant ist: Rhinoviren sind aktuell etwa sechs Mal so häufig verbreitet wie SARS-CoV-2, das Coronavirus hCoV ist in etwa dreimal so häufig verbreitet.

Diese Entwicklung wirft auch im Allgemeinen Fragen im Hinblick auf den Wirkungsgrad der Maßnahmen auf, denn dass Viren vom selben Stamm unterschiedlich auf dieselben Maßnahmen reagieren, ist nach hiesiger – nicht fachlicher – Ansicht nicht plausibel.

Nichts anderes ist vor dem Hintergrund der Verbreitung der Virusvariante B. 1.1.7 zu erwarten, denn der Anteil dieser Variante lag bereits in der 12. Kalenderwoche bei 88 Prozent

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/DESH/Bericht_VOC_2021-03-31.pdf?__blob=publicationFile

und die dritte Welle hatte gleichwohl an Schwung verloren, sodass nicht mit einem plötzlichen starken Anwachsen der Inzidenz zu rechnen ist.

Im Hinblick auf den **Hilfsantrag** darf abschließend noch darauf hingewiesen werden, dass das Sporttreiben für das körperliche Wohlbefinden des Antragstellers wichtig ist; es stärkt seine physische und mentale Gesundheit – beides sollte im Interesse der Antragsgegnerin sein.

Er wird durch die aktuelle Regelung nicht nur dazu genötigt, sich nach 21.00 Uhr für einen Aufenthalt außerhalb der Wohnung rechtfertigen zu müssen – alleine dieser Umstand ist bereits ein tiefgreifender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Antragstellers – nein er muss sich zudem **entscheiden**, ob er nun – „egoistisch“ – die Tageszeit nutzt, um Sport zu treiben, oder um sie mit seiner Familie zu verbringen.

Die bis dahin gewohnte – und familienkompatible – Ausübung des Sports in die Abendstunden ist ihm aktuell nicht gestattet. Das gilt auch für das Wochenende, denn dreistündige Fahrradtouren reduzieren das familiäre Wochenendzeitbudget doch äußerst spürbar. Dadurch wird zugleich tief in den Tagesablauf und die Gestaltungsfreiheit des Antragstellers eingegriffen. Das ganz auch noch ohne Not, denn von den sportlichen Tätigkeiten des Antragstellers geht ersichtlich keinerlei Infektionsrisiko aus. Dem Antragsteller ist es aufgrund seiner beruflichen Verantwortung auch nicht möglich, seinen Tagesablauf anders zu gestalten, um Familie und Sport unter einem Hut zu bringen.

Nach alledem ist zu konstatieren, dass die Ausgangssperre keiner rechtlichen Überprüfung – **und dies wie dargelegt, auf jeder Prüfungsebene** – standhalten kann.

3. Schlussbemerkung

Abschließend erlaubt sich die Unterzeichnerin anzumerken, dass es erschütternd ist, zu sehen, mit welcher immer zügelloser werdenden Hemmungslosigkeit die Antragsgegnerin in die Rechte ihrer Bürger:innen eingreift.

Dass sich die Antragsgegnerin gegen die sinnwidrige „Notbremse“, die alleine mit dem – willkürlichen – Inzidenzwert steht und fällt, gegenüber dem Land nicht einmal versucht hat, zu behaupten, und die eigenen Bürger:innen vor rechtswidrigen Grundrechtseingriffen zu schützen, ist unverzeihlich.

Die Antragsgegnerin wäre hier aufgefordert gewesen, gegenüber dem Land zu remonstrieren und die Rechtswidrigkeit der Maßnahme anzumahnen.

Es ist mutmaßlich dem oben von Prof. Dr. Bach beschriebene Teufelskreis aus Angst und Macht zuzuschreiben, dass das Land seine Landkreise dazu zwingt

<https://www.welt.de/politik/deutschland/article230071987/Corona-Landrat-verklagt-seinen-eigenen-Landkreis-wegen-Ausgangssperre.html>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

die „Notbremse“ – letztlich ohne Sinn und Verstand – umzusetzen.

Möglicherweise aus Angst vor der – inzwischen bald Realität werdenden – Drohung der Bundeskanzlerin, den Ländern Kompetenzen im Hinblick auf den Infektionsschutz zu entziehen. Der erste Entwurf der Änderung des IfSG liegt vor und wird als **Anlage 4** zur Akte gereicht. Dort heißt es u.a.:

2. Nach § 28a wird folgender § 28b eingefügt:

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

(1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Inzidenz im Sinne von § 28a Absatz 3 Satz 13 den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen.

[...]

2. Von 21 Uhr bis 5 Uhr ist der Aufenthalt außerhalb einer Wohnung untersagt, es sei denn dieser Aufenthalt ist begründet aufgrund

- a. eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,
- b. der Ausübung beruflicher oder dienstlicher Tätigkeiten oder unaufschiebbarer Ausbildungszwecke,
- c. der Wahrnehmung des Sorge- und Umgangsrechts,
- d. der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,
- e. von Handlungen zur Versorgung von Tieren oder
- f. von ähnlich gewichtigen und unabweisbaren Gründen.

Mit diesem Gesetzesentwurf ist die große Koalition mit Unterstützung von Teilen der Opposition dabei, sich am Grundgesetz und damit letztlich am Souverän endgültig zu versündigen. Es bleibt zu hoffen, dass weitere Entscheidungen wie die des Niedersächsischen Obergericht die Regierenden und Abgeordneten des Bundestags davon noch abhalten können.

Abschließend sei angemerkt, dass es Sache der Antragsgegnerin ist, zu beweisen, bzw. glaubhaft zu machen, dass die Maßnahme formelle und materielle rechtmäßig ist (was ihr nicht gelingen wird). Sie muss belegen, dass ihre Maßnahme geeignet und erforderlich ist. Es ist nicht die Aufgabe - diese rechtstaatswidrige Unsitte lässt sich indes seit Monaten beobachten - des Antragstellers darzulegen, wieso die Maßnahme nicht geeignet und nicht erforderlich ist, was dieser gleichwohl gemacht hat.

Die Beweislast auf die Bürger:innen abzuwälzen entspricht nicht der Konzeption des Grundgesetzes, wonach Grundrechte primär Abwehrrechte gegen den Staat darstellen.

Die klugen und mahnenden Worte von Kirchhof sollte sich die Antragsgegnerin dringend zu Herzen nehmen:

„Der Schutz des Gesundheitssystems kann nur ein Hilfsziel für den Schutz von Leben und Gesundheit in extremer Not sein. Allein um staatliche Therapieeinrichtungen nicht zu überlasten, dürfen die Grundrechte des Bürgers nicht beschränkt werden. Da muss der Staat dann schlicht mehr Einrichtungen schaffen.

Der Staat hat eine Schutzpflicht, gegen ein Virus vorzugehen, das bedrohlich ist und das tödlich sein kann. Die Lage ist zweifellos ernst, wie die Bundeskanzlerin sagt. Aber man kann eine Gesellschaft, man kann eine Wirtschaft, man kann persönliche Beziehungen auch zu Tode schützen.

Mein Beispiel dafür ist immer der Straßenverkehr. Dort gibt es jedes Jahr Verletzte und Tote. Nun könnten wir entscheiden: Das dulden wir nicht, wir unterbinden den Straßenverkehr mit Autos, Fußgängern, Radfahrern. Damit haben wir Gesellschaft, Wirtschaft und Personen effektiv geschützt – aber eben zu Tode geschützt.

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus229606515/Ex-Verfassungsrichter-Man-kann-Gesellschaft-auch-zu-Tode-schuetzen.html>

Jessica Hamed
Rechtsanwältin