



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

Verwaltungsgericht Koblenz  
Deinhardpassage 1  
56068 Koblenz

**Eilt sehr!**

**Bitte sofort vorlegen!**

**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

**Nadla Thibaut**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**René Ritter**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

**Timo Berneit**  
Rechtsanwalt

**Irina Heinrich**  
Rechtsanwältin

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

[www.ckb-anwaelte.de](http://www.ckb-anwaelte.de)  
[info@ckb-anwaelte.de](mailto: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

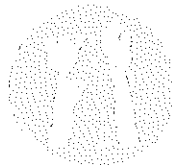
**Commerzbank Bad Kreuznach**  
IBAN DE60 5504 0022 0112 9212 01  
BIC COBADEFFXXX

Nur per beA

<b>DATUM</b>	<b>AKTENZEICHEN</b>	<b>DURCHWAHL</b>	<b>E-MAIL</b>
21.04.2021	0332/2021-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE			

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

Hans Gerhard Merkelbach, [REDACTED]



**- Antragsteller -**

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

gegen  
Rechtsanwältin Jessica Hamed

Landkreis Bad Kreuznach, Salinenstraße 47, 55543 Bad Kreuznach

**- Antragsgegner -**

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 des Antragstellers wird beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 21.04.2021 gegen die Ziffern 12 und 13 der Allgemeinverfügung des Antragsgegners vom 19.04.2021 anzuordnen,
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Der Antrag zu 1) wird wie folgt begründet:

I.

Mit Allgemeinverfügung vom 19.04.2021 hat der Antragsgegner in den hier beanstandeten Ziff. 12 und 13 beschlossen:



Rechtsanwältin Jessica Hamed

12. Das Verlassen einer im Gebiet des Landkreises 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 Gebietskörperschaften grundsätzlich auch Personen, die nicht dort sesshaft sind, untersagt.

13. 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.

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] (eidesstattliche Versicherung,

Anlage 1).

Mit Schriftsatz vom 21.04.2021 legte der Antragsteller sodann Widerspruch gegen die hier beanstandeten Bestimmungen ein (Anlage 2).

Der Antrag zu 1) ist zulässig und begründet.

### 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 des Antragsgegners 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 ermessensfehlerhaft.

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 allein 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.“

<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“.

Abzustellen ist im Hinblick auf die Begründung der Maßnahme auf die aktuell geltende 18. CoBeLVO, da dem Antragsgegner, der im Übrigen die hiesige Ausgangssperre nicht verhängen wollte,

[https://www.allgemeine-zeitung.de/lokales/bad-kreuznach/stadt-bad-kreuznach/landratin-dickes-kritisiert-nachtliche-ausgangssperre\\_23530553](https://www.allgemeine-zeitung.de/lokales/bad-kreuznach/stadt-bad-kreuznach/landratin-dickes-kritisiert-nachtliche-ausgangssperre_23530553)

regelmäßig – so wohl auch hier – kein Ermessensspielraum verbleibt. So auch das hiesige Gericht in seinem Beschluss vom 12.04.2021 (3 L 313/21.KO).

Die äußerst pauschale Begründung für die Anordnung einer nächtlichen Ausgangssperre in der 18. CoBeLVO ist jedoch **evident** nicht ausreichend und wird insbesondere den hohen Anforderungen des § 28a Abs. 2 IfSG nicht einmal im Ansatz gerecht. In der aktuellen



Begründung zur 18. CoBeLVO (Stand: 10.04.2021) heißt es zum Erlass von Allgemeinverfügungen bzw. zur nächtlichen Ausgangssperre u.a.:

Durch den Erlass von Allgemeinverfügungen ist es möglich, auf kommunaler Ebene auf ein erhöhtes Infektionsgeschehen zu reagieren und damit die im Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 geregelte sogenannte „Notbremse“ umzusetzen. Dies geschieht in Rheinland-Pfalz auf dreierlei Weise:

Landkreise und kreisfreie Städte, deren 7-Tages-Inzidenz an drei aufeinanderfolgenden Tagen über 50 aber unter 100 liegt, müssen die der Verordnung als Anlage 2 beigefügte Muster-Allgemeinverfügung für Kommunen mit einer 7-Tages-Inzidenz zwischen 50 und 100 erlassen. Diese Muster-Allgemeinverfügung sieht insbesondere vor, dass gewerbliche Einrichtungen nur öffnen dürfen, wenn nach vorheriger Vereinbarung Einzeltermine vergeben werden, bei denen pro angefangene 40 qm Verkaufsfläche

[...]

Gegenstand dieser Allgemeinverfügungen ist insbesondere auch eine nächtliche Ausgangsbeschränkung. Diese stellt insbesondere bei hohen Inzidenzen ein geeignetes Mittel dar, um der Ausbreitung des Infektionsgeschehens wirksam zu begegnen. Die im Frühjahr 2020 in Deutschland während des sogenannten ersten Shutdowns sowie bis Herbst 2020 in anderen europäischen Staaten gesammelten Erfahrungen deuten darauf hin, dass gerade umfassende Maßnahmen zur Beschränkung von Sozialkontakten zur Eindämmung des Pandemiegeschehens beitragen (vgl. BayVerfGH, Entsch. vom 9. Februar 2021 - Vf. 6-VII-20 -, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. März 2020 - 20 NE 20.632 -, juris; zu im Herbst 2020 ergriffenen Maßnahmen dieser Art auch bereits VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 - 2 K 5102/20 -, Rn. 63, juris; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 18. Dezember 2020 - 1 S 4028/20 -, Rn. 40, juris). Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen grundsätzlich sinnlos seien, weil sich Krankheiten nicht übertragen, wenn Menschen außerhalb ihrer Wohnung alleine Tätigkeiten wie dem Spaziergehen oder der Erkundung der Natur nachgingen. Die Achtzehnte Corona-Bekämpfungsverordnung und mit ihr die in Rede stehende Muster-Allgemeinverfügung verfolgen das Ziel, aufgrund der konkreten hohen Inzidenz die Anzahl physischer Kontakte in der Bevölkerung für einen begrenzten Zeitraum wegen des sehr hohen Infektionsgeschehens umgehend und flächendeckend auf ein absolut erforderliches Mindestmaß zu reduzieren. Die Ausgangsbeschränkungen reduzieren

bestehende Anreize, soziale und gesellige Kontakte im privaten Bereich, insbesondere in den Abendstunden zu pflegen, die sich in der Vergangenheit in infektionsbezogener Hinsicht vielfach als besonders gefahrträchtig erwiesen haben. Auch insoweit trägt die Muster-Allgemeinverfügung dazu bei, Sozialkontakte zu reduzieren und damit dem Pandemiegeschehen entgegenzuwirken.

Die Begründung ist schon deshalb nicht ausreichend, weil nicht dargetan wird (und auf diese Art auch nicht dargetan werden kann), warum die bisher verhängten Maßnahmen nicht ausreichend sein sollten und welche Bemühungen der Antragsgegner entfaltet hat.

Damit verkennt der Antragsgegner bzw. das Land, welches den Antragsgegner vorliegend zum Erlass der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung gezwungen hat, 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 zu lesen. Das Land, dessen Ausführungen sich der Antragsgegner zurechnen lassen muss, ergeht sich vielmehr lediglich in Allgemeinplätzen, die einer rechtlichen Überprüfung ersichtlich nicht Stand halten können.

Das Verwaltungsgericht Mainz hat daher am 15.04.2021 (1 L 301/21.MZ, Anlage 3) in seinem stattgebenden Beschluss bzgl. eines seitens der Unterzeichnerin gestellten Eilantrags zu Recht ausgeführt:

Rechtsanwältin Jessica Häfner

bb) Die in § 23 Abs. 4 Satz 1 der 18. CoBeLVO i.V.m. Anlage 3 zur 18. CoBeLVO vorgesehene und in Nr. 11 der angegriffenen Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin umgesetzte Ausgangsbeschränkung stellt sich jedoch derzeit voraussichtlich nicht als „notwendige Schutzmaßnahme“ im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG dar. Zwar werden Ausgangsbeschränkungen – wie bereits ausgeführt – in dem nicht abschließenden Maßnahmenkatalog des § 28a Abs. 1 IfSG ausdrücklich genannt (vgl. dort Nr. 3). Im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer kann jedoch das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG nicht positiv festgestellt werden.

Nach dieser Vorschrift ist die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG, nach der das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder zu bestimmten Zwecken erlaubt ist, nur zulässig, soweit auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen anderen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erheblich gefährdet wäre. Mit der Regelung des § 28a Abs. 2 IfSG wollte der Gesetzgeber Schutzmaßnahmen im Hinblick auf ihre spezifische Eingriffsintensität grundrechtsdeterminiert eingrenzen (vgl. BT-Drs. 19/24334 S. 73). Die Regelung betont das Gebot der Erforderlichkeit der Maßnahme, indem sie klarstellt, dass von besonders grundrechtsintensiven Maßnahmen erst dann Gebrauch gemacht wer-



Rechtsanwältin Jessica Hamed

den darf, wenn mildere Mittel zur wirksamen Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 nicht ebenso erfolgversprechend sind (vgl. BayVGH, Beschluss vom 11. Januar 2021 – 20 NE 20.3032 –, juris Rn. 25).

Zu Ausgangsbeschränkungen führt der Gesundheitsausschuss in seiner Beschlussempfehlung aus (vgl. BT-Drs. 19/24334 S. 73):

*„Die Anordnung einer Ausgangsbeschränkung nach Absatz 1 Nummer 3, wonach das Verlassen des privaten Wohnbereichs nur zu bestimmten Zeiten oder Zwecken zulässig ist, ist aufgrund der erheblichen Eingriffsintensität in Individualgrundrechte nur nach den qualifizierten Voraussetzungen nach Absatz 2 Satz 1 möglich.“*

Diese qualifizierten Voraussetzungen (z.B. „erhebliche Gefährdung“) werden in der Beschlussempfehlung zwar nicht näher erläutert. Im Zusammenhang mit der § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 IfSG unterfallenden Untersagung von Versammlungen wird indes unter anderem ausgeführt (vgl. BT-Drs. 19/24334 S. 73):

*„Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind nur zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig. Zwar sind die Gesundheit sowie die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems als gleichgewichtige andere Rechtsgüter anzusehen, ein Verbot der Versammlung kommt aber nur als ultima ratio im Einzelfall in Betracht. Eine lediglich auf pauschalen Erwägungen basierende Untersagung wird den betroffenen Individualgrundrechten nicht gerecht und ist daher unzulässig.“*

Diese Erwägungen dürften entsprechend für die Anordnung von Ausgangsbeschränkungen nach § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG herangezogen werden können (vgl. Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 28a Rn. 91). Der Wortlaut („erhebliche Gefährdung“) und die aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Zielsetzung des Gesetzgebers, den im verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgebot wurzelnden Grundsatz der Erforderlichkeit wegen der großen Eingriffsintensität von Ausgangsbeschränkungen besonders hervorzuheben, lässt den Schluss zu, dass Ausgangsbeschränkungen nicht bereits dann zulässig sind, wenn ihr Unterlassen zu irgendwelchen Nachteilen in der Pandemiebekämpfung führt, sondern dass diese nur dann in Betracht kommen, wenn der Verzicht auf Ausgangsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer wesentlichen, im Umfang der Gefahrenrealisierung gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen würde (vgl. VGH BW, Beschluss

vom 5. Februar 2021 – 1 S 321/21 –, juris Rn. 37). Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, ob in dem konkreten Bezugsrahmen – hier dem Gebiet der Antragsgegnerin – andere als die in § 28a Abs. 2 Satz 1 IfSG genannten Schutzmaßnahmen (etwa unter Orientierung an den Regelbeispielen des § 28a Abs. 1 IfSG) zur Verfügung stehen. Ist dies der Fall und wurden diese noch nicht ergriffen, müssen zunächst diese zur Anwendung gebracht werden, sofern sie geeignet sind, die Verbreitung von COVID-19 einzudämmen (vgl. Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 28a Rn. 93). Die in § 28a Abs. 2 IfSG genannten Maßnahmen stellen eine ultima ratio, also das letztmögliche Mittel dar, so dass sie nur dann in Betracht zu ziehen sind, wenn sonstige Maßnahmen – insbesondere solche nach § 28a Abs. 1 IfSG – voraussichtlich nicht mehr greifen (vgl. OVG Nds, Beschluss vom 6. April 2021 – 13 ME 166/21 –, juris Rn. 28; Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, a.a.O.).

Zur Beurteilung der Frage, ob ohne die streitgegenständlichen Ausgangsbeschränkungen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 erheblich gefährdet wäre, hat die zuständige Behörde eine auf die jeweilige Pandemiesituation abstellende Gefährdungsprognose zu erstellen, der eine ex ante-Betrachtung zugrunde liegt (BayVGH, Beschluss vom 11. Januar 2021 – 20 NE 20.3032 –, juris Rn. 26; SächsOVG, Beschluss vom 4. März 2021 – 3 B 26/21 –, juris Rn. 48). Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, kann sich die zuständige Behörde im Rahmen dieser Gefährdungsprognose nicht darauf beschränken, aufzuzeigen, dass der Verzicht auf eine bzw. die Aufhebung einer bereits normierten Aufenthaltsbeschränkung zu Nachteilen führen könnte. Vielmehr muss sie ausgehend von einer auf den aktuellen Erkenntnissen beruhenden, nachvollziehbaren Prognose substantiiert darlegen, dass eine Allgemeinverfügung auch bei Berücksichtigung der übrigen Maßnahmen und ausgehend von dem konkreten und aktuellen Pandemiegeschehen, voraussichtlich einen wesentlichen, im Umfang gewichtigen Anstieg der Infektionszahlen oder vergleichbar schwerwiegende Folgen für die wirksame Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 zur Folge hätte (vgl. VGH BW, Beschluss vom 5. Februar 2021 – 1 S 321/21 –, juris Rn. 38 m.w.N.). Diese Darlegungsanforderungen dürfen auf der anderen Seite nicht überspannt werden, da auch zu berücksichtigen ist, dass die zuständige Behörde – was vom Willen des Bundesgesetzgebers umfasst ist – eine ex ante-Prognose auf der Grundlage des derzeit nur

vorhandenen, sich in der dynamischen Pandemie stets fortentwickelnden Erkenntnismaterials zu treffen hat (vgl. VGH BW, Beschluss vom 5. Februar 2021, a.a.O.)

Diesen Anforderungen wird die in Nr. 11 der Allgemeinverfügung vom 10. April 2021 angeordnete Ausgangsbeschränkung voraussichtlich nicht gerecht. Gemessen an den oben genannten Maßstäben erweist sich die Gefährdungsprognose des Verordnungsgebers der aktuell angespannten Pandemielage derzeit als nicht ausreichend.

Der Verordnungsgeber führt in der Begründung der 18. CoBeLVO (abrufbar unter [www.corona.rlp.de](http://www.corona.rlp.de)) im Zusammenhang mit den Allgemeinverfügungen unter anderem wie folgt aus:

*„Durch den Erlass von Allgemeinverfügungen ist es möglich, auf kommunaler Ebene auf ein erhöhtes Infektionsgeschehen zu reagieren und damit die im Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 geregelte sogenannte „Notbremse“ umzusetzen. Dies geschieht in Rheinland-Pfalz auf dreierlei Weise:*

*[..]*

*Gegenstand dieser Allgemeinverfügungen ist insbesondere auch eine nächtliche Ausgangsbeschränkung. Diese stellt insbesondere bei hohen Inzidenzen ein geeignetes Mittel dar, um der Ausbreitung des Infektionsgeschehens wirksam zu begegnen. Die im Frühjahr 2020 in Deutschland während des sogenannten ersten Shutdowns sowie bis Herbst 2020 in anderen europäischen Staaten gesammelten Erfahrungen deuten darauf hin, dass gerade umfassende Maßnahmen zur Beschränkung von Sozialkontakten zur Eindämmung des Pandemiegeschehens beitragen (vgl. BayVerfGH, Entsch. vom 9. Februar 2021 - Vf. 6-VII-20 -, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. März 2020 - 20 NE 20.632 -, juris; zu im Herbst 2020 ergriffenen Maßnahmen dieser Art auch bereits VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 - 2 K 5102/20 -, Rn. 63, juris; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 18. Dezember 2020 - 1 S 4028/20 -, Rn. 40, juris). Dem kann nicht entgegenhalten werden, dass nächtliche Ausgangsbeschränkungen grundsätzlich sinnlos seien, weil sich Krankheiten nicht übertragen, wenn Menschen außerhalb ihrer Wohnung alleine Tätigkeiten wie dem Spaziergehen oder der Erkundung der Natur nachgingen. Die Achtzehnte Corona-Bekämpfungsverordnung und mit ihr die in Rede stehende Muster-Allgemeinverfügung verfolgen das Ziel, aufgrund der konkreten hohen Inzidenz die Anzahl physischer Kontakte in der Bevölkerung für einen begrenzten Zeitraum wegen des sehr hohen Infektionsgeschehens umgehend und flächendeckend auf ein absolut erforderliches Mindestmaß zu reduzieren. Die Ausgangsbeschränkungen reduzieren bestehende Anreize, soziale und gesellige Kontakte im privaten Bereich,*

*insbesondere in den Abendstunden zu pflegen, die sich in der Vergangenheit in infektionsbezogener Hinsicht vielfach als besonders gefährlich erwiesen haben. Auch insoweit trägt die Muster-Allgemeinverfügung dazu bei, Sozialkontakte zu reduzieren und damit dem Pandemiegeschehen entgegenzuwirken.“*

Diesen Ausführungen lässt sich eine ausreichende Gefährdungsprognose nicht entnehmen. Zwar nimmt der Verordnungsgeber Bezug auf ein erhöhtes Infektionsgeschehen und führt im Zusammenhang mit den hier streitgegenständlichen Ausgangsbeschränkungen aus, dass diese bei hohen Inzidenzen – aufgrund der damit verbundenen Reduzierung sozialer Kontakte – ein geeignetes Mittel darstellten, um der Ausbreitung des Infektionsgeschehens wirksam zu begegnen. Eine Auseinandersetzung mit den für Ausgangsbeschränkungen geltenden, sich aus § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG ergebenden qualifizierten Voraussetzungen findet sich jedoch an keiner Stelle der Begründung. Vor dem Hintergrund der eingangs dargestellten Maßstäbe genügt es gerade nicht, dass der Verordnungsgeber in der Begründung davon ausgeht, die Ausgangsbeschränkung würde zur Eindämmung des Pandemiegeschehens „beitragen“ bzw. der Verbreitung „entgegenwirken“. Vielmehr hätte der Verordnungsgeber substantiiert darlegen müssen, dass der Verzicht auf die Ausgangsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung aller anderen ergriffenen Maßnahmen zu einer „erheblichen Gefährdung“ der wirksamen Eindämmung der Verbreitung von COVID-19, also einer wesentlichen, im Umfang der Gefahrenrealisierung gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen würde. Hierzu finden sich in der Begründung indes keinerlei Angaben. Nichts anderes ergibt sich insoweit durch die Bezugnahme des Verordnungsgebers auf den Beschluss der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 3. März 2021 bzw. die dort beschlossene „Notbremse“. Denn ungeachtet des Umstands, dass die Ausgangsbeschränkung erst in dem Beschluss vom 22. März 2021 ausdrücklich aufgeführt wird, wird sie auch dort nur als eine von mehreren in Betracht zu ziehenden Maßnahmen genannt, die eine Gefährdungsprognose im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten und ergriffenen Schutzmaßnahmen nicht entbehrlich macht.

Darüber hinaus erweist sich die Gefährdungsprognose des Verordnungsgebers derzeit voraussichtlich auch deshalb als rechtsfehlerhaft, weil nicht erkennbar ist, dass er alle grundsätzlich zur Verfügung stehenden und geeigneten Schutzmaßnahmen in Erwägung gezogen und in seinen Abwägungsprozess eingestellt hat. So

fehlen etwa zureichende Ausführungen zu den – in § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG vorgesehenen – verbindlichen und bußgeldbewehrten Kontaktbeschränkungen im privaten Raum. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der 18. CoBeLVO *sollen* private Zusammenkünfte, die in der eigenen Wohnung oder anderen eigenen geschlossenen Räumlichkeiten stattfinden, neben den Angehörigen des eigenen Hausstands auf Personen eines weiteren Hausstands, insgesamt auf höchstens fünf Personen, beschränkt werden. Ein *Verbot* oder eine verbindliche Beschränkung von Kontakten im privaten Raum enthält die Verordnung nicht (anders als beispielsweise in Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen). Ob eine solche Maßnahme zwingend vor Erlass von – als ultima ratio anzusehenden – Ausgangsbeschränkungen bzw. jedenfalls gleichlaufend mit diesen erlassen werden *muss* oder der Ordnungsgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative von einer solchen absehen darf, kann dahingestellt bleiben, da es hier bereits an einer Auseinandersetzung mit möglichen verbindlichen Kontaktbeschränkungen im privaten Raum in der Begründung zur 18. CoBeLVO fehlt.

Die Begründung der Allgemeinverfügung der Antragsgegnerin vom 10. April 2021 führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Antragsgegnerin ist bereits nicht zu einer solchen eigenständigen bzw. ergänzenden Gefährdungsprognose befugt, da sie bei Überschreiten einer 7-Tage-Inzidenz von 100 gemäß § 23 Abs. 4 Satz 1 der 18. CoBeLVO zum Erlass einer dem als Anlage 3 beigefügten Muster entsprechenden Allgemeinverfügung verpflichtet ist. Wie gezeigt, verfügt sie gemäß § 23 Abs. 4 Satz 4 der 18. CoBeLVO lediglich in besonderen atypischen Ausnahmefällen über die Befugnis, im Einvernehmen mit dem Ministerium abweichende Allgemeinverfügungen zu erlassen. Einen solchen Ausnahmefall sieht die Antragsgegnerin bereits selbst als nicht gegeben an. Die fehlende bzw. fehlerhafte Gefährdungsprognose des Ordnungsgebers muss sich die Antragsgegnerin zurechnen lassen; sie vermag diese nicht zu ersetzen.

Da sich die Ausgangsbeschränkung nach alledem derzeit als rechtswidrig erweist und somit von einem voraussichtlichen Unterliegen der Antragsgegnerin im Widerspruchsverfahren auszugehen ist, überwiegt vorliegend das private Aufschubinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der Vollziehung der Allgemeinverfügung mit der Folge, dass die aufschlebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers anzuordnen ist.

Auch das Niedersächsische Obergericht hatte über einen ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden. Mit Beschluss vom 06.04.2021 (13 ME 166/21, Anlage 4) 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 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 ergebnisreichen 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.

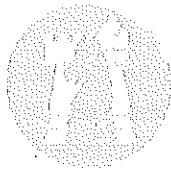
(a) Die streitgegenständliche Ausgangsbeschränkung bewirkt zunächst, dass die von ihr betroffenen Personen in der Zeit von 22 Uhr bis 5 Uhr beim Nichtvorliegen triftiger Gründe den eigenen Haushalt nicht verlassen und sich daher auch nicht allein oder mit weiteren, ihrem Haushalt angehörenden Personen 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](http://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



Rechtsanwältin Jessica Hamed

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 gesteigerte Bemühungen von vorneherein erfolglos bleiben werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin von vorneherein 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-rigorese-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 nachprüfbare 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.

FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFTEN UND SOZIOLOGIE

[...]

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 am Main mit Beschluss vom 09.04.2021 mit ähnlicher Argumentation einem Eilantrag gegen die Ausgangssperre im Mainz-Kinzig-Kreis stattgegeben hat.

<https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/erfolgreicher-antrag-gegen-die-n%C3%A4chtliche-ausgangssperre-im-main-kinzig-kreis>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

In diesem Sinne entschied auch das Verwaltungsgericht Arnshausen am 13.04.2021 (6 L 288/21, Anlage 5). Betroffen war der Märkische Kreis, der am 14.04.2021 eine Inzidenz von 232,8 aufwies ([https://experience.arcgis.com/experience/a5e50d7a402e4c28bec3fe6e7ca9a05e/page/page\\_0/](https://experience.arcgis.com/experience/a5e50d7a402e4c28bec3fe6e7ca9a05e/page/page_0/)). In dem Beschluss heißt es u.a.:

Allerdings vermag die Kammer nicht zu erkennen, dass die von dem Antragsgegner

gewählte Maßnahme den Vorgaben des § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG genügt, durch die der Gesetzgeber besondere Anforderungen an den Umfang des Schadenseintritts gestellt hat, dass nämlich auch bei Berücksichtigung aller bisher getroffenen Schutzmaßnahmen eine wirksame Eindämmung der Verbreitung von Covid-19 erheblich gefährdet wäre.

Der Wortlaut und die Zielsetzung des Gesetzgebers, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes – GG) wegen der Grundrechtsrelevanz und Eingriffsintensität von Ausgangsbeschränkungen besonders hervorzuheben, drängen den Schluss auf, dass solche Beschränkungen nicht schon zulässig sein sollen, wenn ihr Unterlassen „nur“ zu Nachteilen in der Pandemiebekämpfung führen würde.

Vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. Februar 2021 – 1 S 321/21 –, und Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss vom 26. Februar 2021 – 1 B 19/21 –, jeweils: juris.

Vielmehr dürfte zu verlangen sei, dass ein Verzicht auf die Ergreifung einer Ausgangsbeschränkung schwerwiegende Folgen für die wirksame Eindämmung der Verbreitung von SARS-CoV-2 zur Folge haben müsste, wobei einzustellen ist, dass den Behörden bei der Bewertung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zukommt. Dem Antragsgegner ist es in der hier allein zu beurteilenden Ausgestaltung und Begründung der Allgemeinverfügung allerdings nicht gelungen, diesen hohen gesetzlichen Anforderungen zu genügen.

Zwar ist das – mit einem weit überdurchschnittlich hohen Inzidenzwert einhergehende – Infektionsgeschehen im Märkischen Kreis angesichts des noch geringen Anteils geimpfter Personen an der Gesamtbevölkerung besorgniserregend. Auch haben zuvor – durch die Coronaschutzverordnung und verschiedene Allgemeinverfügungen – angeordnete Beschränkungen, deren grundsätzliche Eignung nicht in Frage steht, nicht zu einer nachhaltigen Verbesserung des Infektionsgeschehens, insbesondere nicht zu einem Unterschreiten einer 7-Tages-Inzidenz von 100 geführt. Dass dies maßgeblich auf Vollzugsdefizite – etwa eine unzureichende Überwachungstätig-

keit von Ordnungsbehörden und Polizei sowie darauf beruhendes fehlendes staatliches Eingreifen – zurückzuführen wäre, ist nicht erkennbar. Allerdings gilt es auch zu bedenken, dass die bisher ergriffenen Schutzmaßnahmen noch nicht allzu lange erprobt sind sowie z.T. über die Osterfeiertage nur in abgeschwächter Form galten.

Indes ist es dem Antragsgegner nicht gelungen, eine nachvollziehbare Gefährdungsprognose zu erstellen. Er hat weder ausreichend dargetan noch ist sonst ersichtlich, dass private nächtliche Zusammenkünfte von Personen aus verschiedenen Haushalten außerhalb von Unterkünften ohne die angeordnete Ausgangsbeschränkung ein derart hohes Verbreitungsrisiko bewirken, dass eine wirksame Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus „erheblich“ gefährdet wäre. Vielmehr spricht Vieles für eine sehr begrenzte Wirkung der Ausgangsbeschränkung in der von dem Antragsgegner gewählten Ausgestaltung: Zum einen ist zu bedenken, dass für den öffentlichen Raum bereits § 2 CoronaSchVO Kontaktbeschränkungen (und Mindestabstände) vorschreibt, die der Antragsgegner durch Allgemeinverfügung vom 26. März 2021 auf den privaten Raum übertragen hat. Die privaten Kontakte, die der Antragsgegner mittels der angeordneten Ausgangsbeschränkung zu verhindern bezweckt, sind demgemäß bereits weitgehend (sanktionsbewehrt) untersagt. Zum anderen hat der Antragsgegner nicht dargelegt, auf welcher Grundlage und in welchem Umfang er davon ausgeht, dass die gewählte – lediglich nächtliche – Ausgangsbeschränkung das Infektionsgeschehen im Kreisgebiet deutlich reduzieren könnte. Da sich der Antragsgegner in der Begründung der Allgemeinverfügung auf die Einschätzung des Robert-Koch-Instituts bezieht, zahlreiche Ausbrüche fänden in Privathaushalten, Kindertageseinrichtungen und zunehmend auch in Schulen sowie dem beruflichen Umfeld statt, wären (auch) Erwägungen dazu nötig gewesen, inwieweit gerade private Kontakte zur Nachtzeit außerhalb von Unterkünften – in Abgrenzung zu tagsüber stattfindenden privaten und beruflichen Kontakten sowie Kontakten in Kindertagesstätten – im Kreisgebiet einen ins Gewicht fallenden Anteil am Infektionsgeschehen aufweisen.

[...]

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Schließlich ist ein entscheidender Einfluss (bloß) nächtlicher Ausgangsbeschränkungen auf das Infektionsgeschehen auch nicht offenkundig. So kommen diesen Effekt betreffende untersuchende wissenschaftliche Studien zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen.

Vgl. etwa Brauner, Mindermann, u.a., Inferring the effectiveness of government interventions against COVID-19, 19. Februar 2021, <https://science.sciencemag.org/content/371/6531/eabd9338>; Sharma, Mindermann u.a., Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19, <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.03.25.21254330v1>; Ghasemi, Daneman u.a., Impact of a nighttime curfew on overnight mobility, <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.04.04.21254906v1>, jeweils zuletzt abgerufen am 12. April 2021.

Die Beurteilung der Wirksamkeit ähnlicher Maßnahmen in anderen Staaten, Bundesländern und Kreisen wird insbesondere dadurch erschwert, dass diese kaum isoliert von den Wirkungen der jeweils gleichzeitig geltenden und ganz unterschiedlich ausgeprägten weiteren Beschränkungen sowie anderen Faktoren – wie etwa der Impf-

quote, dem Ausmaß des Infektionsgeschehens und der Dauer der angeordneten Ausgangsbeschränkungen – bewertet werden können.

Trägt die von dem Antragsgegner erstellte Gefährdungsprognose die Annahme, dass ohne die angeordnete Ausgangsbeschränkung eine wirksame Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit i.S.d. § 28 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG erheblich gefährdet wäre, nicht, geht die an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientierte Interessenabwägung zu Gunsten des Antragstellers aus.

cc) Die beanstandete Ziff. 13 wird im Übrigen auch nicht dem **Bestimmtheitsgebot** gerecht. Es bleibt unklar, was ein „triftiger Grund“ ist.

Der Erlaubnisvorbehalt der Ziff. 13 bietet den Normadressat:innen kaum Mehrwert. Denn die dort aufgelisteten Gründe reichen vom medizinischen Notfall bis zur Versorgung von Tieren; 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

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):



RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

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-bei-positiver-pcr/](https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-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/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-klinden>; jeweils abgerufen am 24. November 2020,

einen belastbaren Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben.

[https://www.ckb-anwaelte.de/download/OVG\\_NRW\\_Beschluss\\_vom\\_25.11.2020.pdf](https://www.ckb-anwaelte.de/download/OVG_NRW_Beschluss_vom_25.11.2020.pdf)

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 Tage 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/](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 Infektiosität 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 Infektiosität zulassen, speist, kann denknotwendigerweise auch diesem abgeleiteten Wert keine Aussagekraft zugeschrieben werden.

Mit anderen Worten: Der Fehler – Zuschreibung einer Infektiosität 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-2 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)

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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 Influenza-Fälle und -Todesfälle würden ebenfalls kumulativ berichtet. Wir lägen bei Beginn der Zählung zum Jahresbeginn in diesem Jahr bereits deutlich über den kumulativen COVID-Zahlen

<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“.

Kritisch hierzu auch ein Beitrag bei Welt online am 15.04.2021  
(Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Eine Debatte über die Aussagekraft der PCR-Testung wird hierzulande so gut wie gar nicht geführt. Der Harvard-Epidemiologe Michael Mina schrieb vor einigen Tagen bei Twitter: „Unglaublich, dass Ct-Werte zusammen mit einem positiven Sars-CoV-2-PCR immer noch selten gemeldet werden. Oft ist der Ct-Wert die einzige Information, die ein Arzt oder Kontaktnachverfolger über eine positive Person kennt. Dass wir Ct-Werte wegwerfen, ist bemerkenswert.“ In einem Interview mit dem „Science“-Magazin hatte er erklärt:

„Wir müssen aufhören zu denken, dass jemand positiv oder negativ ist, sondern uns fragen, wie positiv jemand ist.“

Unter anderem in der spanischen Hauptstadt Madrid hatten die Behörden nach eigenen Angaben Kontakt mit Mina und haben ihren Umgang mit PCR-Ergebnissen angepasst. Die Regionalregierung nimmt die Ct-Werte seit Monaten genau unter die Lupe und lässt sie mit in die Entscheidungen über die Verschärfung oder Lockerung von Maßnahmen einfließen; **jüngst lag der Ct-Wert der positiven PCR-Tests in rund 50 Prozent der Fälle bei über 30.**

[...]

Drosten erinnert im weiteren Verlauf an die Sars-Pandemie im Jahr 2003. Menschen, die Kontakt mit Sars-Patienten hatten, aber keine Symptome zeigten, „wurden nicht mit PCR getestet. Stattdessen wurden sie später auf Antikörper getestet, um zu sehen, ob eine Infektion stattgefunden hatte. Das sollte nun auch in Saudi-Arabien geschehen. **Asymptomatische Menschen sollten nicht mit PCR getestet werden.**“

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Aber genau das passiert nicht nur in Deutschland in der Covid-19-Pandemie in großem Stil. Auf die am vergangenen Sonntag verschickte Frage, inwiefern sich Drostens Einschätzung hinsichtlich der PCR-Testung zwischen Mers und Covid-19 unterscheidet, antwortete die Charité bislang nicht.

Fakt ist: In Deutschland spielt der Ct-Wert kaum eine Rolle – und die Politik macht keine Anstalten, daran etwas zu ändern. Das mögliche Argument, es sei zu aufwendig und mit zu viel Bürokratie verbunden, positiv Getestete weitergehend zu untersuchen und die Anzahl der Zyklen zu begutachten, darf dabei nicht gelten. Es wurden Impfstoffe im Raketentempo

entwickelt, Hunderte Covid-Forschungsprojekte initiiert und umfassende Entschädigungsmodelle für vom Lockdown getroffene Unternehmen entwickelt. Da sollte auch mehr Beschäftigung mit PCR möglich sein.

Bloß: Will das jemand? Längst haben es sich die Entscheider bequem gemacht mit ihren Inzidenzwerten und Positivtests – ein realistischer Überblick über das Erkrankungsgeschehen lässt sich so nicht bekommen.“

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

<https://www.welt.de/debatte/kommentare/article230407507/Ct-Wert-Wir-muessen-die-Ergebnisse-der-PCR-Tests-genauer-auswerten.html>

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“

Rechtsanwältin Jessica Hamed

§ 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.

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**.

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):

„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 schonungslos 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 Erkrankungsgeschehen, 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 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):

„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/>

Kritische Worte auch vom ehemaligen Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes Jens Gnisa.

Er hält die Anknüpfung einer Ausgangssperre einzig an dem Inzidenzwert – so wie es auch der hiesige Antragsgegner macht – für falsch, denn:

„Nur auf die Inzidenz abzustellen ist bei derartig drastischen Maßnahmen willkürlich, weil die reine Inzidenz davon abhängt wie viel getestet wird. Dies ist manipulierbar.“

<https://www.berliner-zeitung.de/news/richter-zu-infektionsschutzgesetz-nichtachtung-der-justiz-und-dauerlockdown-li.151817>

Auch die Unterzeichnerin hat sich hierzu öffentlich geäußert und u.a. dargelegt, warum – neben den bereits bestehenden Problemen im Hinblick auf die fehlende Aussagekraft der PCR-Tests – die Anknüpfung allein an dem Inzidenzwert falsch ist:

Denn der Inzidenzwert allein hat noch nie eine verlässliche Messgrundlage dargestellt. Das gilt aktuell mehr denn je. Aufgrund der massenhaft eingesetzten Antigenschnelltest werden erheblich mehr Tests durchgeführt, weshalb mehr Infektionen entdeckt werden, ohne dass hieraus automatisch Schlüsse auf die Dynamik des Infektionsgeschehens gezogen werden können. Aussagekräftig wäre allenfalls die Quote zwischen (allen!) durchgeführten Tests und den positiven PCR-Tests. Indes wird nur die Positivenquote der durchgeführten PCR-Tests durch das RKI ermittelt. Gleichzeitig müssten zudem auch veränderte Teststrategien berücksichtigt werden. Aufgrund der inzwischen wöchentlich anlasslos zu Hundertausendenden durchgeführten Schnelltests werden selbstverständlich mehr positiv Getestete entdeckt. Es entsteht durch die Fixierung allein auf die absoluten Zahlen der positiv Getesteten aus den vorgenannten Gründen ein Zerrbild des Infektionsgeschehens. Das heißt, die rein absoluten Zahlen der positiven PCR-Testungen sind letztlich wertlos. Sie sind lediglich als Rohdaten aufzufassen, die ein Baustein im Gesamtbild darstellen. Sie sagen jedoch nichts über das tatsächliche klinische Erkrankungs-, Therapie- und Belastungsbild aus, weshalb z. B. die Autorengruppe um Matthias Schrappe früh komplexere Parameter vorgeschlagen hatte.

<https://www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/anwaeltin-entwurf-zur-aenderung-des-infektionsschutzgesetzes-verfassungswidrig-li.152338>

d) Die hier beanstandete nächtlich Ausgangssperre bzw. Aufenthaltsverbot stellt zudem, wie bereits unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Mainz und des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts 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**.

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).

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 allein 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):

**„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.

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

„Bodo Pfalzgraf von der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPoIG) 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>

Kritisch im Sinne der kaum möglichen Kontrollier- und damit Vollziehbarkeit auch die Staatsrechtslehrerin Prof. Dr. Anna Katharina Mangold in ihrem Kurzgutachten vom 20.04.2021 „Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre zur Pandemiebekämpfung“, welches sie für die Gesellschaft für Freiheitsrechte angefertigt hat (Anlage 6).

Dort heißt es u.a.:

Gleichzeitig verunmöglicht die Anerkennung gewichtiger Gründe für einen Aufenthalt draußen nach Beginn der Ausgangssperre<sup>42</sup> eine effektive Kontrolle der Ausgangssperre. Der Polizei wird faktisch kaum etwas anderes übrigbleiben, als jeden halbwegs überzeugend vorgetragenen Grund anzuerkennen.

[...]

Rechtsanwältin Jessica Haened

*c) Faktische Unkontrollierbarkeit der grundrechtlich gebotenen Ausnahmen*

Der Regelung der Ausgangssperre liegt seitens des Gesetzgebers offenbar die Annahme zugrunde, dass die Einhaltung der Ausgangssperre anders als die vermuteten Treffen in Innenräumen faktisch besser kontrolliert werden könne.<sup>113</sup> Die Ausgangssperre soll insofern indirekt der Verhinderung von Infektionen dienen.

Vor dem Hintergrund der bereits im Entwurf enthaltenen Ausnahmen vom Tatbestand und der grundrechtlich gebotenen weiten Auslegung der „gewichtigen Zwecke“ (lt. f) erscheint die faktische Kontrollierbarkeit der Ausgangssperre allerdings höchst fraglich. Wird zudem – wie grundrechtlich geboten – für Geimpfte und Immune eine generelle Ausnahme anerkannt,<sup>114</sup> gelten mit zunehmender Impfquote für immer mehr Personen Ausnahmen. Dies würde die Kontrollierbarkeit noch weiter verringern.

Entfällt jedoch die faktische Kontrollierbarkeit der Ausgangssperre, so entfällt auch ihre Zwangswirkung – und damit zugleich ihre Geeignetheit zur indirekten Verhinderung von Infektionen.

<https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2021/04/GFF-Gutachten-Ausgangssperren.pdf>

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>  
Rechtsanwältin Jessica Hamed

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

Auch Prof. Dr. Anna Katharina Mangold hält die nächtliche Ausgangssperre, wie sich aktuell der Bundesgesetzgeber plant, für allenfalls eingeschränkt geeignet und führt u.a. aus:

Der Prognose- und Einschätzungsspielraum ist durch die in Bezug genommenen wissenschaftlichen Erkenntnisse reduziert. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung können die nächtlichen Ausgangssperren lediglich als „moderat“ wirksam berücksichtigt werden.

[...]

## 2. *Geeignetheit der Ausgangssperre zur direkten Infektionsbekämpfung*

In der Gesetzesbegründung wird angegeben, dass „oft keine konkrete Infektionsquelle ermittelt werden“ könne.<sup>92</sup> Zwar trifft dies zu. Unter diesen Bedingungen jedoch anzunehmen, dass das Verlassen einer Wohnung nach 22 Uhr besondere Infektionsgefahren berge, weswegen Ausgangssperren geeignet sein könnten, diese Gefahren direkt zu minimieren,<sup>93</sup> ist fernliegend.

Das gilt besonders deswegen, weil gerade die Begegnung von Personen aus verschiedenen Haushalten in Innenräumen (z. B. „in einer Wohnung“) wegen der Aerosolübertragung verhindert werden soll.<sup>94</sup> Inzwischen ist in der Aerosolforschung gut belegt, dass sich das Virus im Freien so gut wie nicht

verbreitet, wenn Abstandsregeln eingehalten und Masken getragen werden,<sup>95</sup> im Unterschied zu Innenräumen:

„In a study of infection chains, Qian et al.<sup>96</sup> found that COVID-19 infection is essentially an indoor phenomenon and that almost no infections occur outdoors, i.e. outside enclosed spaces. Out of more than 7000 observed and documented infections, only one single infection occurred outdoors. This is probably due to the fact that a rapid dilution of virus-laden aerosol particles is to be expected in outdoor areas, which reduces the risk of infection. However, especially in large crowds with small distances between people, an infection cannot be ruled out even outdoors.“<sup>97</sup>

Die Ausgangssperre soll aber gerade den Aufenthalt *im Freien* ab 22 Uhr verhindern.

Unmittelbar kann die Ausgangssperre das angestrebte Ziel, Kontakte zu verringern und so die Übertragung des Virus zu verhindern, folglich nicht fördern. Als Maßnahme kann sie allenfalls indirekte Effekte zur Infektionsbekämpfung erzielen. Möglicherweise wirkt sie sogar kontraproduktiv, weil Treffen draußen, die weit weniger Infektionsgefahr bergen, in die deutlich infektiöseren und damit gefährlicheren Innenräume verlagert werden.<sup>98</sup> Gerade im Frühling und Sommer ist dies ein wenig überzeugender Ansatz.<sup>99</sup>

## 3. *Geeignetheit der Ausgangssperre zur indirekten Infektionsbekämpfung*

Als Maßnahme der *indirekten* Infektionsbekämpfung zielt die Ausgangssperre darauf ab, gesellige Zusammenkünfte zu unterbinden, da diese im privaten Raum faktisch nicht kontrollierbar sind. Deswegen soll der Weg zur und von der Zusammenkunft nach 22 Uhr unterbunden werden.

### a) *Empirisch bislang allenfalls moderate Wirkungen von Ausgangssperren allgemein*

Die verfügbaren Erkenntnisse lassen allerdings nicht darauf schließen, dass diese Maßnahme sonderlich wirksam ist.

Allenfalls moderate Wirkungen haben die Ausgangssperren in anderen Ländern entfaltet (etwa Portugal, Frankreich und Italien). Freilich fanden diese Ausgangssperren statt unter ganz anderen rechtlichen und gesellschaftlichen Bedingungen und im Bewusstsein unterschiedlicher Erfahrungen mit den jeweiligen Pandemieverläufen (etwa in Italien: die tragische Situation in Bergamo im Januar/Februar 2020). Die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommenen drei wissenschaftlichen Studien<sup>100</sup>

welsen allenfalls einen moderaten Effekt von Ausgangssperren nach.<sup>101</sup> Alle drei in der Gesetzesbegründung genannten Studien betonen zudem das Zusammenwirken mit anderen Maßnahmen.<sup>102</sup>

Die in Deutschland grundrechtlich gebotenen **Ausnahmen** müssten zudem bei der Übertragung der Erkenntnisse aus anderen Staaten und Prognosen über die Wirkung von Ausgangssperren auf Deutschland berücksichtigt werden. Wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirksamkeit der Maßnahmen im deutschen Rechts- und Erfahrungsregime aus den geltenden Ausgangssperren in Bayern, Baden-Württemberg,<sup>103</sup> Sachsen,<sup>104</sup> Niedersachsen und Thüringen<sup>105</sup> sind in den Gesetzesentwurf nicht eingeflossen.<sup>106</sup>

Empirisch nicht belegte „Erfahrungen“<sup>107</sup> und **Generalverdacht** gegenüber der Ausübung grundrechtlicher Freiheit<sup>108</sup> vermögen die Geeignetheit der intensiv eingreifenden Ausgangssperre angesichts der Dauer der Pandemie und der faktischen Möglichkeit zur Wissensgewinnung nicht mehr begründen.

#### **b) Dauer von 22 Uhr bis 5 Uhr**

Die Verlegung des Beginns der Ausgangssperre von 21 Uhr auf 22 Uhr<sup>109</sup> verringert die Effektivität dieser Pandemiebekämpfungsmaßnahme weiter. Erlaubt bleibt etwa der Abverkauf von Speisen bis 22 Uhr.<sup>110</sup> Bezweckt ist die indirekte Verhinderung nach § 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG-E<sup>111</sup> unerlaubter Treffen. Finden solche Treffen statt, werden sie vielfach so abgeschlossen sein, dass ohnedies keine Wege im

Freien nach 22 Uhr erforderlich sind. Dafür sprechen Mobilitätsdaten, denen zufolge die nächtliche Mobilität zwischen 22 Uhr und 5 Uhr ohnehin nur 7,4 % der Gesamtmobilität ausmacht.<sup>112</sup>

#### **c) Faktische Unkontrollierbarkeit der grundrechtlich gebotenen Ausnahmen**

Der Regelung der Ausgangssperre liegt seitens des Gesetzgebers offenbar die Annahme zugrunde, dass die Einhaltung der Ausgangssperre anders als die vermuteten Treffen in Innenräumen faktisch besser kontrolliert werden könne.<sup>113</sup> Die Ausgangssperre soll insofern indirekt der Verhinderung von Infektionen dienen.

Vor dem Hintergrund der bereits im Entwurf enthaltenen Ausnahmen vom Tatbestand und der grundrechtlich gebotenen weiten Auslegung der „gewichtigen Zwecke“ (lit. f) erscheint die **faktische Kontrollierbarkeit** der Ausgangssperre allerdings höchst fraglich. Wird zudem – wie grundrechtlich geboten – für Geimpfte und Immune eine generelle Ausnahme anerkannt,<sup>114</sup> gelten mit zunehmender Impfquote für immer mehr Personen Ausnahmen. Dies würde die Kontrollierbarkeit noch weiter verringern.

Entfällt jedoch die faktische Kontrollierbarkeit der Ausgangssperre, so entfällt auch ihre Zwangswirkung – und damit zugleich ihre Geeignetheit zur indirekten Verhinderung von Infektionen.

#### **d) Heimweg stets „gewichtiger und unabweisbarer Grund“**

Falls der **Weg nach Hause** von privaten Zusammenkünften, die zwischen 5:01 und 20:59 begonnen haben, als „gewichtiger und unabweisbarer Grund“ anerkannt würde,<sup>115</sup> wie etwa das OVG Lüneburg angenommen hat,<sup>116</sup> so wäre die Ausgangssperre zur indirekten Verhinderung von Infektionen gänzlich ungeeignet, denn dann wäre gerade das erlaubt, was verhindert werden soll: dass Personen von privaten Treffen nach Hause zurückkehren.

#### **e) Wahrscheinlichkeit von Widerstand gegen unvernünftige Maßnahme**

Zwar kann eine Ausgangssperre **Signalwirkung** entfalten, weil diese Maßnahme in weiten Teilen Deutschlands neu sein wird und deswegen das Gefahrenbewusstsein neuerlich stärken könnte. Dies spricht für die Geeignetheit zum Infektionsschutz. Allerdings ist zu bedenken, dass diese Signalwirkung der Maßnahmen abnehmen wird, wenn die Ausgangssperren dauerhaft und undifferenziert gelten.<sup>117</sup>

Gegen die Geeignetheit der Ausgangssperre kann zudem ins Feld geführt werden, dass sie wegen der Einschränkungswirkung und des zugrundeliegenden Verdachts unvorsichtigen Verhaltens **Trotzreaktionen** und **Widerstand** auslösen könnte.<sup>118</sup>

Angesichts der Studienlage zur Aerosolübertragung<sup>119</sup> von den Menschen in Deutschland zu verlangen, sie mögen sich – im Idealfall: allein – *in* Wohnungen aufhalten statt *im Freien*, obgleich es im Freien kaum Infektionsgefahren gibt, untergräbt das Vertrauen in die Rationalität der Gesetzgebung.

Demokratisches Recht lebt freilich davon, dass die Rechtsunterworfenen es nicht allein aus Angst vor Sanktion befolgen, sondern auch und vor allem wegen der *rationalen Nachvollziehbarkeit der Regelung*. Demokratisches Recht muss es also den Einzelnen die Möglichkeit offenhalten, Vorschriften aus Überzeugung einzuhalten. Diese Bedingung ist nicht mehr gegeben, wenn die Einzelnen wider besseres Wissen das Gegenteil dessen machen sollen, was wissenschaftliche Erkenntnisse nahelegen.

Mit der *Ressource des Rechtsgehorsams aus Überzeugung* sollte nicht leichtfertig umgegangen werden. Dies ist schon ein Gebot politischer Klugheit, weil die Rechtsfolgsamkeit bei den Pandemiemaßnahmen schlechterdings nicht flächendeckend erzwungen werden kann. Es ist aber auch eine Gewährleistung der Grundrechte, dass nur *geeignete* Eingriffe überhaupt grundrechtlich rechtfertigungsfähig sind.

#### 4. Ergebnis

Die Geeignetheit einer Maßnahme unterliegt einer weiten Einschätzungsprärogative. Gleichwohl ist festzuhalten, dass eine wie vorliegend ausgestaltete Ausgangssperre zur indirekten Infektionskontrolle nur wenig effektiv ist. Sie erfasst überhaupt nur einen geringen Anteil von 7,4 % der täglichen Gesamtmobilität, von der wiederum ein erheblicher Anteil aufgrund der – ihrerseits gebotenen – Ausnahme-tatbestände auch unter Geltung der Ausgangssperre weiter stattfinden wird.

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 allein draußen zu ermöglichen**. Jedenfalls von einem Spaziergang, der allein 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 milderes, 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?>

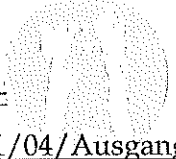
Im Übrigen ist eine nächtliche Ausgangssperre als **Freiheitsentziehung** i. S. d. Art. 104 Abs. 2 GG zu bewerten.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Die hier beanstandete Ausgangssperre ist die bislang eingriffsintensivste 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. In einer Veröffentlichung vom 14.04.2021 führt er u.a. aus:

2. Die Einzigartigkeit der Ausgangssperre im Katalog der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen tritt aber noch unter einem weiteren Aspekt zutage, mit dem wir nunmehr das Feld strafrechtlicher Überlegungen betreten (und der primär öffentlich-rechtlich orientierten Juristen insofern vielleicht nicht ohne weiteres bewußt ist): Anders als Kontaktbeschränkungen und Schließungen von Einrichtungen richtet sich die Ausgangssperre unmittelbar gegen ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut der Person, nämlich die durch § 239 StGB (Freiheitsberaubung) geschützte Freiheit, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen. Dieser Umstand ist schon für sich genommen von besonderem Gewicht. Seine Bedeutung wird aber noch dadurch massiv gesteigert, daß die persönliche Fortbewegungsfreiheit ein besonders hochstehendes Rechtsgut darstellt. Diese Wertung ist fest und unübersehbar in § 35 StGB verankert, der für den entschuldigenden Notstand neben Leben und Gesundheit als einziges weiteres Rechtsgut (!) die persönliche Fortbewegungsfreiheit für notstandsfähig erklärt. Dies zeigt erneut in aller Deutlichkeit, warum die Ausgangssperre (selbst wenn sie als „Ausgangsbeschränkung“ Ausnahmetatbestände vorsieht, die indessen jeweils nur einer Minderheit zugute kommen) ein denkbar massiver Eingriff ist, der alle anderen Corona-Maßnahmen selbst dann weit in den Schatten stellt, wenn diese den einzelnen im Alltag de facto stärker belasten mögen: Die unmittelbare und gezielte Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter, insbesondere eines der drei höchsten von ihnen, ist *per se und prinzipiell* von ganz besonderem Gewicht, was u.a. darin zum Ausdruck kommt, daß der strafrechtliche Schutz zwar beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, keinesfalls jedoch allgemein deshalb entfällt, weil die Beeinträchtigung des Opfers im Einzelfall letzten Endes nicht so schwer wiegt. Inwieweit die Verhängung und Durchsetzung von Ausgangssperren dabei tatsächlich den Straftatbestand von § 239 StGB erfüllt, ist eine andere Frage, die an dieser Stelle offenbleiben kann, weil ein rechtstreuer Bürger an der Ausübung seiner Fortbewegungsfreiheit im Ergebnis jedenfalls mit dem gleichen Nachdruck gehindert sein dürfte, wie das bei einem Einsperren oder einer anderen von § 239 StGB zweifelsfrei erfaßten Form der Freiheitsberaubung der Fall wäre.

  
<https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/04/Ausgangssperre.pdf>

Mithin können Ausgangssperren unter der Geltung des Grundgesetzes – wenn überhaupt – *allenfalls* bei einer ganz extrem zugespitzten Lage, in der ersichtlich gar nichts anderes mehr hilft, zulässig sein. Offenkundig ist der Punkt vorliegend nicht erreicht, vielmehr wird die Eingriffsschwelle immer niedriger angesetzt. Zu Recht führt Prof. Dr. Erb daher aus:

Die Coronakrise erforderte und erfordert zweifellos einschneidende Maßnahmen, um die ansteckungsfähigen Kontakte der Menschen auf ein Minimum zu reduzieren, bis jeder die Möglichkeit hat, sich durch eine Impfung zumindest vor einem schweren Krankheitsverlauf mit hoher Zuverlässigkeit zu schützen. Dies darf jedoch nicht auf eine völlige Entgrenzung staatlicher Machtentfaltung hinauslaufen – in einem Rechtsstaat heiligt der Zweck bekanntlich nicht jedes Mittel. Eine solche Entgrenzung erleben wir derzeit durch die immer weiter um sich greifende Verhängung von Ausgangssperren, nach denen die Wohnung zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr nicht mehr frei, sondern nur noch bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ verlassen werden darf, als den das schlichte Bedürfnis nach Bewegung im Freien ausdrücklich nicht gelten soll: Würde diese Maßnahme zunächst nur in räumlich engbegrenzten Gebieten mit einem extremen Infektionsgeschehen verhängt, kam es während der zweiten Welle zu einem flächendeckenden Einsatz in Bayern und Baden-Württemberg sowie ansonsten in Kreisen und Städten mit einer Inzidenz über 200 Neuinfektionen pro Woche und 100.000 Einwohner. Neuerdings genügt in vielen Ländern – so auch in Rheinland-Pfalz – eine Inzidenz von 100 für den Erlass entsprechender Allgemeinverfügungen. Das niedersächsische Obergericht in Lüneburg hat dieses Vorgehen in einem Eilverfahren mit Beschluß vom 6. April wegen eklatanten Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für unzulässig erklärt (OVG Lüneburg 6.4.2021 – 13 ME 166/21 15 / B 2883/21, in der juris-Datenbank bereits veröffentlicht), ohne daß dies bislang ein größeres überregionales Medienecho, geschweige denn Konsequenzen in den anderen Bundesländern nach sich gezogen hätte. Statt dessen sieht ein Entwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes, der schon in der kommenden Woche Bundestag und Bundesrat passieren soll, die Maßnahme unter entsprechenden Umständen deutschlandweit verbindlich vor.

Die Unterscheidung zwischen freiheitsentziehenden und freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erfolgt im Übrigen 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.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

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, wie von Prof. Dr. Erb aufgezeigt, fundamental 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. 12 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 – vorerst bis zum 25.04.2021 – 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 Vollstreckungsbeamt: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\_n 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 bereits 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.

Zu diesem Ergebnis kommt letztlich auch Prof. Dr. Mangold. Sie führt u.a. aus:

### 1. Eingriffsintensität der Ausgangssperren

Zur Bestimmung milderer Mittel sind zunächst Eingriffsintensität der Ausgangssperre zu ermitteln, um sie mit anderen Maßnahmen zu vergleichen.

Als Maßnahme der Indirekten Infektionsbekämpfung ist sie wenig zielgenau. Ihre Streubreite ist immens.

Die Ausgangssperre trifft unmittelbar überwiegend infektionsschutzrechtlich **harmlose Aktivitäten** (Aufenthalt oder Wege im Freien; nach 24 Uhr: Spaziergänge, nächtlicher Individualsport). Selbst Ansammlungen im Freien bergen nur dann ein moderates Risiko, wenn Abstandsgebote nicht eingehalten und ggf. Masken nicht getragen werden. Das Infektionsrisiko im Freien ist drastisch geringer als jenes in Innenräumen.

Die Ausgangssperre ist an die **Allgemeinheit** gerichtet. In dieser Allgemeinheit befinden sich drei Personengruppen: (1) erkannt oder unerkannt Infizierte, (2) Immune, (3) nicht Infizierte; milderes

Mittel sind alle passgenaueren Maßnahmen mit geringerer Streubreite.<sup>122</sup> Die Streubreite intensiviert die Eingriffe.<sup>123</sup>

Die Ausgangssperre soll gem. § 28b Abs. 1 Hs. 1 IfSG-E einheitlich in Landkreisen und kreisfreien Städten sowie in Hamburg und Berlin gemäß § 28b Abs. 7 IfSG gelten. Besonders in Flächenlandkreisen wirkt die Ausgangssperre **regional undifferenziert**.<sup>124</sup> Die Ausgangssperren greifen also **personal und regional undifferenziert massiv**<sup>125</sup> in Grundrechte ein. Ihr Beitrag zur Kontakt- und Infektionsreduzierung ist bestenfalls gering, möglicherweise sogar kontraproduktiv. Zugleich machen sie millionenfach epidemiologisch harmlose grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen zum Anknüpfungspunkt erheblicher Sanktionen.

Die grundrechtliche „Bilanz“ dieser Maßnahme ist deswegen als verheerend zu bezeichnen.

Ihr ist insbesondere bei ihrer Bilanz zuzustimmen, in der Tat kann die hiesige Ausgangssperre aus verfassungsrechtlicher Sicht nur als „verheerend“ bezeichnet werden.

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

Oberverwaltungsgericht 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.

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.“

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Sächsisches Oberverwaltungsgericht, 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.

In diesem Sinne auch Prof. Dr. Mangold:  
Rechtsanwältin Jessica Hamed

Ausweislich der Gesetzesbegründung sind die Ausnahmegründe der Polizei bei einer Kontrolle „glaubhaft zu machen“.<sup>40</sup> Hier stellt sich zunächst ganz praktisch die Frage, wie das Vorliegen eines Ausnahmegrundes plausibilisiert werden soll: Wie soll etwa ein eiliger Fürsorgeeinsatz dokumentiert sein, und zwar so, dass sich zugleich zwingend ergibt, dass er unaufschiebbar notwendig ist? Diese Begründungspflicht hat das Potential, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verletzen, weil es die Polizei im Normalfall eben nichts angeht, aus welchen Gründen man wohin oder woher unterwegs ist.<sup>41</sup> Mit der Rechtfertigungslast für die Grundrechtsausübung wird ein erheblicher grundrechtlicher Kollateralschaden produziert.

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):

Rechtsanwältin Jessica Hamed  
„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 Ausgangsverboten 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 untätigen 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.“

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:

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

„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 fürsorgerischem 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 fürsorgerische 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

fürsorgerischen 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.

### Rechtsanwältin Jessica Hamed

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.

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 der Antragsgegner – auf Geheiß des Landes – in die Rechte ihrer Bürger:innen eingreift.

Dem Antragsgegner ist wenigstens zu Gute zu halten, dass er sich gegen das Land und dessen sinnwidrige „Notbremse“, die alleine mit dem – willkürlichen – Inzidenzwert steht und fällt, versucht hat, zu behaupten, um die eigenen Bürger:innen vor rechtswidrigen Grundrechtseingriffen zu schützen.

Dass das Land den Antragsgegner zur Anordnung der Ausgangssperre, die das Verwaltungsgericht Mainz am 15.04.2021 als „offensichtlich rechtswidrig“ bezeichnet hat, zwingt, kann durchaus als **Missachtung der Justiz** bezeichnet werden.

Der Umstand, dass gegen die Entscheidung noch Beschwerde eingelegt werden kann, ändert daran ebenso wenig, wie der Umstand, dass sich das hiesige Gericht vergangene Woche **noch** – das dürfte sich inzwischen aufgrund des Erkenntniszuwachses geändert haben – nicht in der Lage sah, die aufgeworfenen Rechts- und Sachverhaltsfragen zu klären und daher im Wege einer Folgenabwägung einen Eilantrag gegen die nächtliche Ausgangssperre ablehnte.

Auch der rheinland-pfälzische ehemalige Verfassungsrichter Prof. Dr. Friedhelm Hufen äußerte sich am 14.04.2021 kritisch zu der nunmehr bundesgesetzlich angedachten Ausgangssperre und der Ignoranz der Regierenden im Hinblick entgegenstehender gerichtlicher Entscheidungen.

Er prangert dort insbesondere an, dass mit dem geplanten Gesetz der Rechtsschutz ausgeschaltet werde und mutmaßt, dass es gerade das Ziel sei, die Oberverwaltungsgerichte „aus dem Spiel zu nehmen“.

Zu Recht qualifiziert er das Gesetzesvorhaben insbesondere auch im Hinblick auf die Ausgangssperre, die überzeugend mit klaren Worten vom Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht für voraussichtlich rechtswidrig erklärt wurde, als **Missachtung der Gerichte**.



<https://www.rhein-zeitung.de/region/rheinland-pfalz/artikel/-ehemaliger-rheinlandpfaelzischer-verfassungsrichter-zum-infektionsschutzgesetz-das-koennte-nicht-laeche-arid,2246226.html>

Offensichtlich hat sich das Land Rheinland-Pfalz im negativen Sinne von dieser Haltung, die auf Bundesebene zu beobachten ist, inspirieren lassen.



Es droht nunmehr der Erlass einer verfassungswidrigen Ausgangssperre als Bundesgesetz. An dieser rechtlichen Einschätzung vermag auch die neu aufgenommene Ausnahme, nachdem es Bürger:innen alleine zusätzlich gestattet ist, sich zwischen 22 und 0.00 Uhr körperlich im Freien zu bewegen, nichts.

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 hier genannten die Regierenden und Abgeordneten des Bundestags davon noch abhalten können.

Abschließend sei angemerkt, dass es Sache des Antragsgegners ist, zu beweisen, bzw. glaubhaft zu machen, dass die Maßnahme formell und materielle rechtmäßig ist (was ihm nicht gelingen wird). Er muss

belegen, dass seine Maßnahme geeignet und erforderlich sind. 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. Wenn der Antragsgegner – was er nicht kann – die angebliche Erforderlichkeit der Ausgangssperre nicht belegen kann, dann ist dem Eilantrag stattzugeben.

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

Das Vorsorgeprinzip kennt Grenzen. Diese sind nach hiesigem Dafürhalten schon längst überschritten. Davon, dass der Kammer das ebenfalls bewusst ist, geht die Unterzeichnerin aus.

Es ist dem effektiven Rechtsschutz auch nicht Genüge getan, die Erfolgsaussichten als offen zu qualifizieren und zahlreiche Zweifel an verschiedenen Stellen anzubringen. Grundrechte sind nichts mehr wert, wenn es kein Gericht gibt, das sie als letzte Abwehrlinie gegen einen immer übergriffiger und autoritärer werdenden Staat verteidigt.

Rechtsanwältin Jessica Hamed  
Die Unterzeichnerin endete ihre oben angesprochene Analyse in der Berliner Zeitung mit den folgenden Worten, die auch diesen Schriftsatz abschließen sollen:

Es ist nicht der erste Fall einer entfesselten Staatsmacht in der Bundesrepublik ist. Schon einmal tagten inoffizielle Krisenstäbe, wurden fragwürdige Gesetze erlassen und eine Nachrichtensperre verhängt. Helmut Schmidt, Bundeskanzler von 1974 bis 1982, kommentierte die Geschehnisse rund um den Deutschen Herbst im Jahr 1977 später mit den Worten: „Ich kann nur nachträglich den deutschen Juristen danken, dass sie das alles nicht verfassungsrechtlich untersucht haben.“

Er war immerhin noch dankbar, die hiesigen Regierenden hingegen scheinen dieses „Entgegenkommen“ jedoch gerade zu einzufordern.

Jessica Hamed  
Rechtsanwältin