



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

An die
Landeshauptstadt Mainz
Stadthaus Große Bleiche
Große Bleiche 46/Löwenhofstraße 1
55116 Mainz

Eilt sehr!

Bitte sofort vorlegen!

Per Bote



DATUM 03.04.2021 **AKTENZEICHEN** 0247/2021-JH **DURCHWAHL** (06131) 5547666 **E-MAIL** hamed@ckb-anwaelte.de

Hamed ./. Stadt Mainz
Widerspruch gegen die Allgemeinverfügung der Stadt Mainz vom 31.03.2021

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der vorbezeichneten Angelegenheit zeigen wir an, dass wir die rechtlichen Interessen von Frau Jessica Hamed, [REDACTED] Mainz vertreten. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Gegen Ziffer 11 und 12 der „Allgemeinverfügung der Stadtverwaltung Mainz zur Anordnung von notwendigen, weiteren Schutzmaßnahmen aufgrund des vermehrten Aufkommens von SARS-CoV-2-Infektionen in Mainz vom 31.03.2021“ der Stadt Mainz vom 31.03.2021 wird

Widerspruch

eingelegt.

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. pub
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

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

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Irina Heinrich
Rechtsanwältin

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

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

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

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

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

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

Es wird beantragt,

1. dem Widerspruch unverzüglich abzuhelpfen;
2. der Unterzeichnerin unverzüglich Akteneinsicht - bis spätestens zum 07.04.2021 - und ergänzendes rechtliches Gehör vor einer abschließenden negativen Entscheidung zu gewähren und
3. die Kosten des Verfahrens zu übernehmen.



RECHTSANWÄLTIN UND RECHTSANWÄLT

Begründung

I.

Mit Allgemeinverfügung vom 31.03.2021 hat die Widerspruchsgegnerin in der hier beanstandeten Ziffern 11 und 12 beschlossen:

„11. Das Verlassen einer im Gebiet der Landeshauptstadt Mainz gelegenen Wohnung oder Unterkunft und der Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung oder Unterkunft ist täglich im Zeitraum zwischen 21:00 Uhr und 5:00 Uhr des Folge-tages 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.“

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

- a) die Ausübung beruflicher Tätigkeiten,
- b) Handlungen, die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind,

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

Die Widerspruchsführerin ist von der beanstandeten Regelung betroffen.

Sie ist regelmäßig beruflich [REDACTED], sodass ihr aufgrund der beanstandeten Regelung kaum Raum für rein private Kontakte oder auch nur abendliche Spaziergänge verbleibt. Zwar kann die Widerspruchsführerin für ihre berufliche Tätigkeit die in Ziff. 12 postulierte Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen, diese ermöglicht ihr aber gerade nicht, zum Zwecke der Erholung noch einen abendlichen Erholungsspaziergang – und schon gar nicht mit einer weiteren Person – zu unternehmen. Die Regelung greift nicht zuletzt vor dem Hintergrund der langen Arbeitszeiten der Widerspruchsführerin unangemessen in ihre private Lebensgestaltung ein.

[REDACTED]



II.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Die Anträge sind zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Die Widerspruchsführerin ist hier offenkundig antragsbefugt, die beanstandeten Bestimmungen greifen in ihre 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, auf Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG sowie auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG ein.

2. Begründetheit

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Der Widerspruch ist begründet.

Es besteht 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 die Widerspruchsführerin auch keineswegs alleine da, so teilt auch der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Hans-Jürgen Papier jüngst diese Zweifel. Am 10.03.2021 äußerte er sich gegenüber der Welt wie folgt:

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

[...]

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

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

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

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

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

Mir fehlt die Beteiligung des Parlaments an der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen und der ihnen entgegenstehenden Rechtsgüter. Es ist feststehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Bundestag selbst diese Austerierung 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-Tode-schuetzen.html>

bb) Die hier beanstandete nächtliche Ausgangssperre ist darüber hinaus auch *in concreto* nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Denn § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG sieht dem Wortlaut nach nur eine „Ausgangsbeschränkung“ und keine „Ausgangssperre“ vor, wonach ein Mindestmaß an sozialen Kontakten gewährleistet bleiben muss (§ 28a Abs. 2 a. E. IfSG).

Ziff. 12 enthält aber gerade keine Ausnahme für den Besuch anderer Personen, sodass Alleinlebende für immerhin ein Drittel des Tages vollständig sozial isoliert sind. Während der § 28a Abs. 2 Nr. 2 IfSG auch nur das Verlassen des „privaten Wohnbereichs“ (zu dem auch der Garten zählen würde) verbietet, darf nach dem Wortlaut der Ziff. 11 die „Wohnung“ selbst nicht mehr verlassen werden.

Nach § 28a Abs. 2 IfSG darf eine qualifizierte Ausgangsbeschränkung auch 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“.

Vor dem Hintergrund, dass die Widerspruchsgegnerin erneut keine Begründung veröffentlicht hat, sondern lediglich die Möglichkeit der Einsichtnahme vor Ort einräumt, kann hierzu erst nach Übersendung der Begründung der Allgemeinverfügung abschließend Stellung genommen werden. Ersichtlich ist für die Widerspruchsführerin das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung jedenfalls nicht.

Das Verwaltungsgericht Hannover hat am 02.04.2021 mehreren Eilanträgen gegen nächtliche Ausgangssperren stattgegeben, weil die Begründung der Stadt den sehr hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die in § 28a Abs. 2 IfSG auch zum Ausdruck kommen, nicht gerecht wurde. In der Pressemitteilung des Gerichts heißt es (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die Antragsteller wenden sich gegen die sich aus der Allgemeinverfügung der Region Hannover vom 31. März 2021 ergebenden Ausgangsbeschränkungen. Nach Nummer 1 der Allgemeinverfügung ist das Verlassen einer häuslichen Unterkunft in der Zeit vom 1. April 2021 bis einschließlich zum 12. April 2021 jeweils in der Zeit von 22.00 Uhr bis 05.00 Uhr nur bei Vorliegen triftiger Gründe erlaubt.

Mit Beschlüssen vom 2. April 2021 hat die 15. Kammer des Verwaltungsgerichts Hannover mehreren Eilanträgen stattgegeben. Die beschließende Kammer betonte zunächst, dass angesichts der hohen Infektionszahlen nicht das „Ob“ weitergehender infektionsschutzrechtlicher Maßnahmen in Rede stehe, sondern der jeweilige Beschluss allein die Wahl des Mittels der abendlichen bzw. nächtlichen Ausgangsbeschränkung betreffe. Dahingehend seien die nach § 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Infektionsschutzgesetzes vorgeschriebenen - sehr hohen - Anforderungen an die Rechtfertigung eines solch gewichtigen Grundrechtseingriffs derzeit nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht gegeben. Die darlegungs- und begründungspflichtige Antragsgegnerin habe insbesondere nicht hinreichend dargelegt, dass der Verzicht auf Ausgangsbeschränkungen zu einer wesentlichen, im Umfang der Gefahrenrealisierung gewichtigen Verschlechterung des Infektionsgeschehens führen würde. Es bestünden ferner durchgreifende Bedenken, ob die Anordnung der Ausgangssperre verhältnismäßig sei - insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob es sich bei der angeordneten Maßnahme um das mildeste - gleich geeignete - Mittel handele.“

<https://www.verwaltungsgericht-hannover.niedersachsen.de/aktuelles/pressemitteilungen/eilant>

[rage-gegen-die-ausgangsbeschränkungen-in-der-region-hannover-haben-erfolg-199166.html](#)

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

Der Erlaubnisvorbehalt der Ziff. 12 bietet den Normadressat:innen kaum Mehrwert. Denn die dort aufgelisteten Gründe reichen vom medizinischen Notfall bis zur Versorgung von Tieren oder dem Besuch eines Ostergottesdienstes; mithin stammen sie aus derart verschiedenen Lebensbereichen und sind von unterschiedlicher Wichtigkeit – die zudem jede Person individuell anders bewertet –, dass man sie nicht vernünftig miteinander vergleichen oder bewerten kann. Dementsprechend ist es kaum möglich, rechtssicher zu beurteilen, ob sich das eigene Verhalten, welches nicht eindeutig unter die Aufzählung fällt, als triftiger Grund darstellt.

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

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

„Die Allgemeinverfügung dürfte sich in ihrer Ziffer 1 jedoch voraussichtlich als formell rechtswidrig erweisen, da die vom Landratsamt auf der Grundlage der §§ 28 Abs. 1 Satz 1 und 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG als Allgemeinverfügung erlassene Maßnahme nicht in der Handlungsform der Allgemeinverfügung, **sondern in der Rechtsform als Rechtsverordnung** (auf der zusätzlichen Grundlage des § 32 IfSG) hätte erlassen werden müssen. Denn

die sich aus dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ergebenden Voraussetzungen für eine Regelung durch eine personenbezogene Allgemeinverfügung gemäß § 35 Satz 2 Var. 1 LVwVfG und damit durch Verwaltungsakt dürften vorliegend nicht erfüllt sein.“

[...]

Durch die angeordnete Ausgangsbeschränkung werden verschiedenste Lebenssachverhalte der Bevölkerung von Pforzheim und darüber hinaus eingeschränkt. So verbietet Ziffer 1 Abs. 1 der Allgemeinverfügung den Aufenthalt außerhalb der Wohnung im Zeitraum von 21 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags ohne inhaltliche Eingrenzung. Ziffer 1 Abs. 1 Satz 2 verbietet zudem den Aufenthalt von nicht in Pforzheim sesshaften Personen im gesamten Stadtgebiet. Hierdurch wird eine Vielzahl unterschiedlicher Verhaltensweisen mit jeweils unterschiedlichen Beweggründen betroffen, die lediglich lose durch die Oberbegriffe des Verlassens einer Wohnung oder den Aufenthalt im Stadtgebiet von Pforzheim zusammengefasst werden können. Insofern unterscheidet sich der hier geregelte Fall auch deutlich von sonstigen Allgemeinverfügungen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, die beispielsweise Ausschankverbote oder Sperrzeiten festsetzen (insofern eine Allgemeinverfügung zu Recht als ausreichend erachtend VG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2020 - 3 K 4418/20 -, juris Rn. 26 ff.; in diesem Sinne wohl allgemein auch BVerwG, Urt. v. 28.02.1961 - I C 54.57 -, BVerwGE 12, 87 = juris Rn. 41). Anders als in Fällen des Verkaufs bestimmter Waren, des Alkoholausschanks, der Öffnung von Gaststätten oder auch des Tragens von Mund-Nasen-Bedeckungen betrifft ein Verbot des Verlassens der eigenen Wohnung verschiedene Lebenssachverhalte. So sind offensichtlich kurzzeitige und niederschwellige Handlungen, ohne erkennbare Infektionsgefahren, etwa das abendliche

Hinausbringen von Hausmüll zu einer gemeinschaftlichen Müllsammelanlage oder das kurzzeitige Betreten des öffentlichen Straßenraums wegen eines Gangs zu einem abgestellten Kraftfahrzeug umfasst. Gleichfalls umfasst sind längere Aufenthalte im öffentlichen Raum außerhalb der Wohnung für Spaziergänge – auch ohne Begleitung weiterer Personen –, die im Regelfall auf das Seuchengeschehen keinen ersichtlichen Einfluss haben, aber abstrakt, etwa im Falle spontaner Begegnungen zu Ansteckungen führen könnten. Ferner sind für das Infektionsgeschehen höchst relevante Handlungen wie das abendliche bzw. nächtliche Verlassen der eigenen Wohnung mit der Absicht, andere Menschen im öffentlichen Raum oder in anderen privaten Wohnungen zu treffen, erfasst. Schließlich bestehen auch mit Blick auf die Beweggründe für verbotene Verhaltensweisen erhebliche Unterschiede. Für eine solche Vielzahl an Sachverhalten sprechen auch die beispielhaften Aufzählungen von Ausnahmen in Ziffer 1 Abs. 2 der Allgemeinverfügung.

[...]

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

VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 – 2 K 5102/20,
juris.

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

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

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

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

Im Einzelnen:

aa) **Positiver PCR-Test ungleich Infektiosität**

Rechtsanwältin Jessica Hamed

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

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

Siehe dazu etwa
https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-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/aktuelle-meldungen-Intensivmedizin/nicht-warten-bis-wir-am-limit-sind-gemeinsamer-ruf-nach-politischem-schutzschirm-fuer-belastete-kliniken>; jeweils abgerufen am 24. November 2020,

einen belastbaren Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben.

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

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

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

Zusammenfassend waren die Proben nur bis zu einer bestimmten Viruskonzentration (Ct-Wert <24) und höchstens bis zu sieben 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/

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 Infektiösität der betroffenen Patient:innen ankommt.**

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

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 Widerspruchsgegnerin zu fordern, dass sie die **positiven Fallzahlen – die das Fundament für alle Coronabekämpfungsmaßnahmen, auch der hiesigen, darstellen** – jedenfalls um diejenigen Zahlen bereinigt, bei denen der Ct-Wert **über 24** liegt.

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

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

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

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

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

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

„Der Gesundheitsdienst der Stadt Wien verwendet darin die Wörter „Fallzahlen“, „Testergebnisse“, „Fallgeschehen“ sowie „Anzahl an Infektionen“. Dieses Durcheinanderwerfen der Begriffe wird einer wissenschaftlichen Beurteilung der Seuchenlage nicht gerecht. Für die WHO (WHO Information Notice for IVD Users2020/05,Nucleic acid testing (NAT) technologies that use polymerase chain reaction (PCR)for detection of SARS-CoV-2, 20 January 2021) ausschlaggebend ist die Anzahl, der Infektionen/Erkrankten und nicht der positiv Getesteten oder sonstiger „Fallzahlen“. Damit bleibt es schon damit offen, von welchen Zahlen die „Information“ ausgeht. Die „Information“ nimmt Bezug auf die Empfehlung der Corona-Kommission vom 21.1.2021. Es ist mangels Angaben nicht nachvollziehbar, ob die dieser Empfehlung zugrundeliegenden Zahlen nur jene Personen enthalten, die nach den Richtlinien der WHO zur Interpretation von PCR-Tests vom 20.01.2021 untersucht wurden. Konkret ist nicht ausgewiesen welchen CT-Wert ein Testergebnis hatte, ob ein Getesteter ohne Symptome erneut getestet und anschließend klinisch untersucht wurde. Damit folgt die WHO dem Erfinder der PCR-Tests, ... (<https://www.youtube.com/watch?...>). Mutatis mutandis sagt er

damit, dass ein PCR-Test nicht zur Diagnostik geeignet ist und daher für sich alleine nichts zur Krankheit oder einer Infektion eines Menschen aussagt. Laut einer Studie aus dem Jahr 2020 (Bullard, J., Dust, K., Funk, D., Strong, J. E., Alexander, D., Garnett, L., ... & Poliquin, G. (2020). Predicting infectious severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 from diagnostic samples. *Clinical Infectious Diseases*, 71(10), 2663-2666.) ist bei CT-Werten größer als 24 kein vermehrungsfähiger Virus mehr nachweisbar und ein PCR Test nicht dazu geeignet, die Infektiosität zu bestimmen. Geht man von den Definitionen des Gesundheitsministers, „Falldefinition Covid-19“ vom 23.12.2020 aus, so ist ein „bestätigter Fall“ 1) jede Person mit Nachweis von SARS-CoV-2 spezifischer Nukleinsäure (PCR-Test, Anm.), unabhängig von klinischer Manifestation oder 2) jede Person, mit SARS-CoV-2 spezifischem Antigen, die die klinischen Kriterien erfüllt oder 3) jede Person, mit Nachweis von SARS-CoV-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).

[...]

Sollte die Corona-Kommission die Falldefinition des Gesundheitsministers zugrunde gelegt haben, und nicht jene der

WHO; so ist jegliche Feststellung der Zahlen für „Kranke/Infizierte“ falsch.

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

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

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

In einem Artikel der renommierten Fachzeitschrift „The Lancet“ wurde ferner dem PCR-Tests der Status als angeblicher Goldstandard für das Screening nach ansteckenden Personen (nur diese sind für das

Infektionsgeschehen relevant) abgesprochen. Die Wissenschaftler:innen führten hierzu am 17.02.2021 u.a. aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

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

Most people infected with SARS-CoV-2 are contagious for 4-8 days. Specimens are generally not found to contain culture-positive (potentially contagious) virus beyond day 9 after the onset of symptoms, with most transmission occurring before day 5. This timing fits with the observed patterns of virus transmission (usually 2 days before to 5 days after symptom onset), which led public health agencies to recommend a 10-day isolation period. The short window of transmissibility contrasts with a median 22-33 days of PCR positivity (longer with severe infections and somewhat shorter among asymptomatic individuals). This suggests that 50-75% of the time an individual is PCR positive, they are likely to be post-infectious.

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

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

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

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

[...]

Überhaupt muss mit **Vehemenz** kritisiert werden, dass die **SARS-CoV-2 Inzidenzen fast ausschließlich als Absolutzahlen ohne Bezugsgröße berichtet werden**. Die Bekanntgabe der Gesamtzahl der Test-positiven und der Todesfälle erfolgt zudem **kumulativ**, was den Grundprinzipien der Darstellung epidemiologischer Daten widerspricht. Kumulativ sind beispielsweise in diesem Jahr bereits deutlich mehr als 500.000 Menschen in Deutschland gestorben, täglich etwa 2.500 insgesamt (davon etwa 20 Menschen jünger als 30 Jahre) [33]. Man stelle sich vor, Pneumokokkenpneumonien und 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“.

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

cc) Legaldefinition von „Neuinfektion“

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

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

Rechtsanwältin Jessica Flamed

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 und weitere Anträge

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 auch das OVG Lüneburg 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>

Vor diesem Hintergrund wird beantragt,

Nachweise über die der Widerspruchsgegnerin zum Zeitpunkt des Erlasses der hier verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung

- a. bekannten Zahlen von Neuinfizierten im Sinne des § 2 Ziff. 2 IfSG in den sieben Tagen zuvor,
- b. bekannten Zahlen aller symptomatisch Erkrankten mit laborbestätigtem und per Virenanzucht nachgewiesenen mit einem SARS-CoV-2-Virus infizierten Personen,
- c. bekannten Zahlen von Personen, die nachweislich mit Covid-19-Erkrankung hospitalisiert waren,
- d. bekannten Zahlen von Personen, die nachweislich mit Covid-19-Erkrankung auf einer ICU waren,
- e. bekannten Zahlen von Personen, die nachweislich mit Covid-19-Erkrankung beatmet werden mussten,

zu erbringen. Diese aufgeschlüsselt nach Alter der Personen, Zeitpunkt der Infektion und Ort der Ansteckung (gem. Empfehlungen des Robert Koch-Instituts).

Darüber hinaus wird beantragt,

1. die jeweiligen der Widerspruchsgegnerin zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Labordaten der vorgenannten Personen in anonymisierter Form vorzulegen. Anonymisiert heißt, dass nur der Zeitpunkt des Tests, Bezeichnung und Hersteller des jeweiligen Testkits, Ort der Abnahme, verwendeter Zyklus, Anzahl von Targets, Bezeichnung der überprüften Gene, Bezeichnung der zertifizierten Reagenzien, Verlaufsprotokolle der Zyklen mit Temperaturangaben, Nachweisgrenze (LOD), Anzahl der Zyklen und die Bezeichnung der Software zum Auswerten mitgeteilt werden.

2. darzulegen, welche wissenschaftliche Erkenntnisse ihr zum Zeitpunkt des Erlasses der verfahrensgegenständlichen Allgemeinverfügung vorlagen, wann und wo in welchem Umfang unter welchen Umständen Infektionen im Sinne des IfSG erfolgt sind. Insbesondere interessiert hierbei, welche Erkenntnis die Widerspruchsführerin in Bezug auf

- a. Ansteckungsorte,
- b. Häufigkeit der Ansteckungen an diesen Orten,
- c. Umstände der Ansteckung an diesen Orten

in ihrem Zuständigkeitsbereich hatte.

Ersichtlich bilden diese Daten die Grundlage für die Einschätzung des Infektionsgeschehens und der Belastung des Gesundheitssystems, sodass davon auszugehen ist, dass die Widerspruchsgegnerin diese Daten erhoben hat. Eine andere Möglichkeit der tatsächlichen Entscheidungsfindung ist nach hiesigem Dafürhalten jedenfalls nicht denkbar.

d) Die hier beanstandete nächtlich Ausgangssperre bzw. Aufenthaltsverbot stellt zudem 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 **materiell rechtswidrig**.

Sie verletzt die Widerspruchsführerin in ihren 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, auf Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 GG sowie auf Unverletzlichkeit der Wohnung Art. 13 Abs. 1 GG.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

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 die Widerspruchsführerin darin gehindert wird, sich außerhalb ihrer Wohnung aufzuhalten (in diesem Sinne auch VG Karlsruhe, Beschluss vom 10. Dezember 2020 – 2 K 5102/20, juris).

Die Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß **Art. 13 Abs. 1 GG** soll die räumlich abgeschirmte Privatsphäre der Wohnungsinhaberin vor staatlichen Eingriffen schützen. Indem die Widerspruchsführerin aber das Verlassen der Wohnung und den **Aufenthalt außerhalb der eigenen Wohnung** unter Strafe stellt bzw. nur unter bestimmten, von ihr festgelegten Gründen erlaubt, kann sie dadurch **mittelbar das Geschehen** innerhalb der Wohnung beeinflussen. Etwa dergestalt, dass

dort keine Treffen mit haushaltsfremden Personen stattfinden dürfen, sodass das Recht der Wohnungsinhaberin, „innerhalb ihrer eigenen vier Wände zu tun und zu lassen, was er will“, beeinträchtigt wird. Damit greift die Widerspruchsgegnerin – wenngleich indirekt – im Übrigen erstmals während der gesamten Pandemie in die Unverletzlichkeit der Wohnung ein.

Daneben liegt durch die aus der Ausgangssperre resultierende soziale Einschränkungen 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.

Nur am Rande sei angemerkt, dass die bevorzugte Behandlung des Ostergottesdiensts gegen die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) verstößt und Angehörige anderer Religionen diskriminiert.

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

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

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

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

Dieser Befund ist nicht nur politisch, sondern auch verfassungsrechtlich von Bedeutung. Das Grundgesetz garantiert allen Bürgerinnen und Bürgern die Freizügigkeit – also das Recht, sich frei im ganzen Bundesgebiet zu bewegen. Das ist ein entscheidender Bestandteil demokratischer Freiheit. Die Demokratie lebt von einer lebendigen Öffentlichkeit und einem intensiven öffentlichen Diskurs. Ohne Freizügigkeit ist beides

kaum möglich. Ja, es stimmt: Der Staat darf Grundrechte einschränken, um die Pandemie zu bekämpfen.

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

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

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

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

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



„Bodo Pfalzgraf von der Deutschen Polizeigewerkschaft (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 Bezirksamter weiterverfolgt, die sind völlig überlastet.““

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

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

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

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

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

Wenn mit der Ausgangssperre nächtliche Ansammlungen verhindert werden sollen (wobei dann wieder eine Ungleichbehandlung gegenüber Treffen zu sonstigen Zeiten vorliegt), wäre ein milderer, 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 Thomaе, 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.

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

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

Ziff. 11 ordnet grundsätzlich das Verbleiben in der eigenen Wohnung an. Das Verlassen der Wohnung ist zwar bei Vorliegen bestimmter

Gründe erlaubt. Der nicht abschließende Katalog der möglichen Gründe ist jedoch - wie oben gezeigt - nicht geeignet, ein großes Mehr an persönlicher Fortbewegungsfreiheit zu schaffen.

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

Selbst wenn man aufgrund der Begrenzung der Ausgangssperre auf acht Stunden in der Nacht in ihr „nur“ eine *Freiheitsbeschränkung* sehen würde, kommt diese aufgrund ihrer täglichen Wiederholung - vorerst bis zum 11.04.2021 - 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 jedemfalls nur aus besonders gewichtigen Gründen des Allgemeinwohls zulässig. Im Rahmen der Abwägung ist eine besonders sorgfältige Prüfung unter strenger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen. Vor allem präventive Einschränkungen der persönlichen Freiheit unterliegen damit strengen Voraussetzungen. Die Anordnung von präventiven Freiheitsentziehungen oder tiefgreifenden Freiheitsbeschränkungen durch abstrakt-generelle Verordnungen der Exekutive, die keine Berücksichtigung des Einzelfalls vorsehen, ist verfassungsrechtlich in höchstem Maße – so auch § 28a Abs. 2 IfSG – rechtfertigungsbedürftig.

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

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

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

Im Hinblick auf die bereits oben angesprochene fehlende Erforderlichkeit einer derartigen Beschränkung führte das Sächsische Obergericht 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. O. Rn. 38). Es muss aber zumindest erkennbar werden, dass

sich der Ordnungsgeber 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.“

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 die Widerspruchsführerin unmittelbar einem „Generalverdacht“ aus und muss erdulden, nach einem triftigen Grund gefragt zu werden.

Als besonders problematischer Ausnahmegrund erweist sich dabei im Übrigen 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 Flamed
„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 Ordnungsgeber 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 Verfassungs 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:

RICHTERANWÄLTE UND TATANWÄLTE

„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

fürsorglichen Charakters vorgestellt haben. Für die Annahme, daß sie nur an unmittelbare Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gedacht haben, spricht die Art der in der Diskussion verwendeten Beispiele; gegen diese Annahme lassen sich die zitierte Äußerung des Abgeordneten Zinn und die auffällige Textänderung im Unterausschuß - das Eliminieren des Begriffes der öffentlichen Gewalt - anführen, die mit redaktionellen Gründen kaum erklärt werden kann.

Gewiß war der Parlamentarische Rat von dem Grundgefühl leidenschaftlicher Abkehr vom Nationalsozialismus erfüllt; doch darf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Freiheitsgarantie im einzelnen nicht aus dieser Haltung gedeutet und daraus gefolgert werden, daß die richterliche Kontrolle nur gegen Mißbräuche der Exekutive gemeint sein könne. Den Abgeordneten im Parlamentarischen Rat ging es nicht nur darum, etwas gegen den Nationalsozialismus zu "pointieren" (vgl. etwa die Abgeordneten Dr. Heuss und Dr. Schmid, Grundsatzausschuß 4. Sitzung, Stenoprot. S. 10)."

vgl. BVerfGE 10, 318 ff.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Die nächtliche Ausgangssperre als unmittelbare Maßnahme der öffentlichen Gewalt mit fürsorglichem 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 Widerspruchsführerin anzumerken, dass es erschütternd ist, zu sehen, mit welcher immer zügelloser werdenden Hemmungslosigkeit die Widerspruchsgegnerin in die Rechte ihrer Bürger*innen eingreift.

Statt sich gegen die sinnwidrige „Notbremse“, die alleine mit dem willkürlichen – Inzidenzwert steht und fällt, gegenüber dem Land zu behaupten – das seinerseits, vermutlich aus Angst vor der Drohung der Bundeskanzlerin den Ländern Kompetenzen im Hinblick auf den Infektionsschutz zu entziehen, im vorseilenden Gehorsam alles umsetzt, was im nicht verbindlichen Beschluss zwischen den Ministerpräsident:innen und dem Kanzleramt jüngst vereinbart wurde

<https://www.swr3.de/aktuell/nachrichten/coronapolitik-merkel-machtwort-anne-will-100.html>

- nicht die Stirn bietet, um seine Bürger*innen vor rechtswidrigen Grundrechtseingriffen zu schützen, ist unverzeihlich.

Es ist außerdem Sache der Widerspruchsgegnerin zu beweisen, bzw. glaubhaft zu machen, dass die Maßnahme formelle und materielle rechtmäßig ist (was ihr nicht gelingen wird). Sie muss belegen, dass ihre Maßnahme geeignet und erforderlich ist. Es ist nicht die Aufgabe – diese rechtstaatswidrige Unsitte lässt sich indes seit Monaten beobachten – der Widerspruchsführerin darzulegen, wieso die Maßnahme nicht geeignet und nicht erforderlich ist, was diese gleichwohl gemacht hat.

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

Abschließend darf auf die klugen und mahnenden Worte von Kirchhof hingewiesen werden, die sich die Widerspruchsgegnerin dringend zu Herzen nehmen sollte:

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

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

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

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

Rechtsanwältin Jessica Hamed

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

Vor dem Hintergrund, dass aufgrund des aktuellen Inzidenzwertes in Mainz von 114,8 davon ausgegangen werden muss, dass es über den 11.04.2021 hinaus zu einer Verlängerung der hier beanstandeten Ausgangssperre kommt, da nach § 23 Abs. 4 18. CoBeLVO die Allgemeinverfügung erst aufgehoben werden darf, wenn die 7-Tage-Inzidenz mindestens sieben Tage in Folge unter 100 gelegen hat, wird einer abschließenden Entscheidung bis zum 09.04.2021

entgegengesehen. Hiernach behält sich die Widerspruchsführerin vor,
Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nachzusuchen.

Mit freundlichen Grüßen

Jessica Hamed
Rechtsanwältin



RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN



Rechtsanwältin Jessica Hamed