

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

dmurswiek@gmail.com

vorab per Fax an: 0721 9101-382

22.4.2021

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

im Verfassungsbeschwerdeverfahren

gegen

das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Antragsteller/innen:

1. Carlos A. Gebauer, Düsseldorf
2. M.
3. G.
4. H.
5. Florian Post MdB, München

Namens und kraft Vollmacht der Antragsteller/innen (im folgenden: Bf.), deren Vollmachten ich mit der gleichzeitig erhobenen Verfassungsbeschwerde überreicht habe, stelle ich den

Antrag,

folgende

einstweilige Anordnung

zu erlassen:

1. Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache gelten die in § 28b Abs. 1 Nr. 1-10 IfSG genannten Maßnahmen bei Erfüllung der Voraussetzung des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG erst dann, wenn und soweit zuvor die nach Landesrecht zuständige Behörde für den jeweiligen Landkreis oder die jeweilige kreisfreie Stadt unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen festgestellt und die Geltung der Maßnahmen durch Allgemeinverfügung angeordnet hat.
2. Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache findet § 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG keine Anwendung.
3. Die Bundesregierung ist verpflichtet, binnen 10 Tagen einen Plan für die Erhöhung der Zahl der verfügbaren Intensivbetten einschließlich des dafür benötigten Pflegepersonals vorzulegen. Der Plan muss auf das Ziel abgestellt sein, einen so großen Kapazitätspuffer zu erreichen, dass die Anwendung der „Notbremse“-Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen nicht erforderlich ist, und er muss einen Zeitrahmen für die Verwirklichung angeben.

Diesen Antrag **begründe** ich wie folgt:

Die Antragsteller/innen (im folgenden Ast.) reichen gleichzeitig eine Verfassungsbeschwerde gegen das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ein, mit der sie geltend machen, durch den mit diesem Gesetz in das Infektionsschutzgesetz neu eingefügten § 28b IfSG in ihren Grundrechten verletzt zu sein.

I.

Aus der Verfassungsbeschwerdeschrift ergibt sich, dass die Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet ist.

II.

Die Notwendigkeit einer Eilentscheidung resultiert daraus, dass das Gesetz schon am Tag nach seiner Verkündung, also am 23.4.2021, in Kraft tritt, und dass die umfangreichen Freiheitseinschränkungen, die in § 28b Abs. 1 IfSG vorgesehen sind, in den meisten Teilen Deutschlands sofort wirksam werden. Denn der Inzidenz-Schwellenwert, der gemäß § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG die Geltung der Maßnahmen auslöst, ist zur Zeit in den meisten Teilen Deutschlands überschritten. Die bundesweite Inzidenz liegt bei 162. In 359 von 462 Landkreisen und kreisfreien Städten ist der Inzidenzwert 100 überschritten.¹

Effektiver Rechtsschutz gegen die Verbote und Gebote des durch das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in das Infektionsschutzgesetz eingefügten § 28b Abs. 1 IfSG ist nur im Wege des Eilrechtsschutzes möglich. Denn bei der angegriffenen Vorschrift handelt es sich um eine situationsbezogene Maßnahmevorschrift, deren Gebote und Verbote bei Wechsel des Infektionsgeschehens automatisch in Geltung treten oder auch wieder außer Kraft treten. Außerdem ist die Geltung des § 28b Abs. 1 IfSG gemäß Abs. 10 bis längstens zum 30.6.2021 befristet. Bei der üblichen Dauer von Verfassungsbeschwerdeverfahren könnte die Entscheidung im Hauptsacheverfahren daher möglicherweise erst kommen, wenn die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Vorschriften schon nicht mehr gelten.

III.

Über einen zulässigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entscheidet das Bundesverfassungsgericht, wenn die Verfassungsbeschwerde nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, aufgrund einer Folgenabwägung.

1. Antrag Nr. 1

a) Für den Fall, dass die beantragte einstweilige Anordnung ergeht, die Verfassungsbeschwerde sich aber später als unbegründet erweisen sollte, sind keine schwerwiegenden Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland ersichtlich.

Das ergibt sich aus folgendem:

Antrag Nr. 1 ist nicht darauf gerichtet, die „Notbremse“-Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG zu verhindern, sondern sie nur nach Überprüfung ihrer situationsbezogenen Verhältnismäßigkeit in Geltung zu setzen. Dies kann schnell geschehen, so dass sich daraus keine wesentliche Verzögerung ergibt. Für die Zeit, bis die auf Landesebene zuständigen Behörden die Prüfung vorgenommen und nach Feststellung der Verhältnismäßigkeit die Geltung der Maßnahmen angeordnet haben, ist folgendes zu beachten:

¹ Zahlen nach RKI, Täglicher Lagebericht, Stand: 20.4.2021, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-20-de.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 21.4.2021).

- Die Maßnahmen, deren Geltung nach § 28b Abs. 1 IfSG durch den Inzidenzwert-Automatismus ausgelöst wird, können nach geltendem Recht – nämlich nach § 28a IfSG beziehungsweise nach §§ 32 i.V.m. 28a IfSG – bereits jetzt angeordnet werden.
- Sie sind auch im wesentlichen bereits angeordnet worden. Die sogenannte „Notbremse“ ist im wesentlichen bereits Gegenstand der letzten Beschlüsse der Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten und -präsidentinnen der Länder vom 22.3.² und vom 3.3.2021³. Die Vereinbarung von Bund und Ländern ist im wesentlichen durch die Corona-Verordnungen der Länder umgesetzt worden, gilt also bereits landesrechtlich.

Demgemäß hätte die beantragte einstweilige Anordnung nicht zur Folge, dass im Zeitraum zwischen Erlass der einstweiligen Anordnung und Entscheidung der zuständigen Behörde ein pandemiepolitisches Vakuum entstünde. Vielmehr bliebe eine effektive Politik zur Eindämmung des Infektionsgeschehens und zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen möglich.

Die Nachteile, die sich bei Erlass der mit Nr. 1 beantragten Anordnung für die öffentliche Pandemiepolitik ergäben, wären demnach minimal. Wenn es überhaupt Nachteile gibt, werden sie durch den rechtsstaatlichen Zugewinn der Pandemiepolitik, der ein Gemeinwohlnutzen der beantragten einstweiligen Anordnung wäre (unten c), sogar überkompensiert.

b) Demgegenüber sind die Nachteile, die entstehen, wenn die einstweilige Anordnung nicht ergeht und sich im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass die angefochtenen Vorschriften verfassungswidrig sind, sehr schwer und vor allem irreversibel.

Jeder Tag, der vergeht und an dem die betroffenen Menschen wegen der durch § 28b Abs. 1 IfSG automatisch ausgelösten Corona-Maßnahmen ihre Freiheit nicht so ausüben konnten, wie dies ihren Vorstellungen entspricht, ist ein Tag unwiederbringlichen Freiheitsverlusts. Dieser Freiheitsverlust lässt sich durch eine nachträgliche Hauptsacheentscheidung nicht mehr kompensieren.

Von den „Notbremse“-Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG sind nicht nur die Ast., sondern auch viele Millionen anderer Menschen betroffen.⁴

Dies trifft alle Menschen und den ganzen Rechtsstaat besonders hart, weil in der konkreten Situation der fachgerichtliche Rechtsschutz gegen unverhältnismäßige Maßnahmen entfällt. Der Schematismus der bundeseinheitlichen Regelung lässt keine regionalen oder

² Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 3. März 2021, Beschluss, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1> (abgerufen am 4.3.2021).

³ Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 22. März 2021, Beschluss, Stand: 24.3.2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1879672/6059d343a54df7da465f93a4af2e2af6/2021-03-22-mpk-data.pdf?download=1> (abgerufen am 21.4.2021).

⁴ Bei der Abwägung sind nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die Folgen für die Ast., sondern die Auswirkungen auf alle vom Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, vgl. *BVerfGE* 121, 1 (17 f.); 122, 342 (361); 131, 47(61).

lokalen Korrekturen zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit zu. Er lässt auch keinen Rechtsschutz zu, mit dem spezifisch die Unverhältnismäßigkeit auf Landkreis- oder Stadtkreisebene geltend gemacht werden könnte.

Dieses fundamentale Erfordernis des Rechtsstaats würde hingegen durch die beantragte Anordnung Nr. 1 wiederhergestellt, denn wenn über die Geltung der Maßnahmen des § 28b Abs. 1 IfSG eine auf Landesebene zuständige Behörde entscheidet, ist gegen diese Entscheidung verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben.

c) Bei Abwägung der Nachteile ergibt sich, dass die Nachteile, die den Antragstellern und der Gesamtheit der Grundrechtsbetroffenen entstünden, wenn die beantragte einstweilige Anordnung nicht erginge, weit größer sind, als die Nachteile, die für die staatliche Corona-Politik entstünden, wenn die beantragte einstweilige Anordnung erginge. Im Gegenteil lässt sich sagen, dass die beantragte einstweilige Anordnung der staatlichen Corona-Politik sogar nützt, insofern sie nämlich die „Bundes-Notbremse“ auf rechtsstaatliche Füße stellt und auf diese Weise geeignet ist, die Akzeptanz der Corona-Politik zu erhöhen.

2. Antrag Nr. 2

Die mit Antrag Nr. 2 beantragte Anordnung nimmt die Hauptsache teilweise vorweg. Das ist hier aber zulässig, weil die Vorschrift, gegen die der Antrag sich richtet, evident verfassungswidrig ist, die Freiheitsbeeinträchtigung für die Bf. und vor allem für die Gesamtheit der Betroffenen außerordentlich groß ist und weil nur auf diese Weise effektiver Grundrechtsschutz erreicht werden kann.

a) Für den Fall, dass die beantragte einstweilige Anordnung ergeht, die Verfassungsbeschwerde sich aber später als unbegründet erweisen sollte, sind keine schwerwiegenden Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland ersichtlich.

Da die nächtliche Ausgangssperre für den Schutz vor SARS-CoV-2 so gut wie gar nichts bringt,⁵ wird die beantragte Anordnung keine negativen Auswirkungen auf die Entwicklung des Infektionsgeschehens in Deutschland und auf die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele haben. Eine neue Studie hat belegt, dass nächtliche Ausgangssperren keinen Effekt für die Begrenzung des Infektionsgeschehens haben.⁶

⁵ Siehe Verfassungsbeschwerde C.III.2.b) bb) (3).

⁶ *Samuel de Haas / Georg Götz / Sven Heim*, Measuring the effects of COVID-19-related night curfews: Empirical evidence from Germany, 21.4.2021, <https://www.uni-giessen.de/fbz/fb02/fb/professuren/vwl/goetz/forschung/publikationenordner/arbeitspapiere/Curfews> (abgerufen am 21.4.2021); dazu FAZ 21.4.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/uni-giessen-naechtlliche-ausgangssperren-laut-studie-nicht-effektiv-17304680.html> (abgerufen am 21.4.2021). – Die Studie ist der Verfassungsbeschwerde als Anlage beigelegt.

b) Demgegenüber sind die Nachteile, die entstehen, wenn die einstweilige Anordnung nicht ergeht und sich im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass die angefochtenen Vorschriften verfassungswidrig sind, sehr schwer und vor allem irreversibel.

Flächendeckende Ausgangssperren zählen zu den schwersten Einschränkungen der individuellen Freiheit. Die nächtliche Ausgangssperre ist zwar hinsichtlich der Tageszeit, für die sie gilt, in ihren Auswirkungen begrenzt. Dennoch beeinträchtigt sie das Niveau der Rechtsstaatlichkeit und Freiheitlichkeit des Gemeinwesens auf äußerst gravierende Weise.

c) Bei der Nachteilsabwägung übertreffen die Nachteile für die Gesamtheit der Betroffenen und für das Gemeinwohl, die die Versagung der beantragten Anordnung hätte, eindeutig und bei weitem die Nachteile, die dem Gemeinwohl durch den Erlass der beantragten Anordnung allenfalls entstehen könnten.

3. Antrag Nr. 3

a) Für den Fall, dass die beantragte einstweilige Anordnung ergeht, die Verfassungsbeschwerde sich aber später als unbegründet erweisen sollte, sind keine schwerwiegenden Nachteile für die Bundesrepublik Deutschland ersichtlich.

Wird dem Antrag Nr. 3 stattgegeben, behindert dies die Corona-Politik in keiner Weise. Die Bundesregierung wird nur zu etwas verpflichtet, was sie eigentlich von sich aus schon seit dem ersten Lockdown hätte tun müssen, nämlich einen Plan für den Ausbau der Kapazitäten der Intensivstationen entwickeln.

Erwiese sich die Verfassungsbeschwerde in diesem Punkt als unbegründet, dann entstände der Bundesrepublik Deutschland kein Nachteil daraus, dass sie dann diesen Plan hat. Der einzige Nachteil wäre die von der Ministerialbürokratie aufgewendete Zeit für die Ausarbeitung dieses Plans.

b) Demgegenüber sind die Nachteile, die entstehen, wenn die einstweilige Anordnung nicht ergeht und sich im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass die angefochtenen Vorschriften verfassungswidrig sind, sehr schwer und vor allem irreversibel.

Im Hauptsacheverfahren wird beantragt festzustellen, dass das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Bf. in ihren Grundrechten verletzt, soweit das Gesetz die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nicht mit einem Konzept zur Behebung der Gründe für diese Maßnahmen, insbesondere zur Erhöhung der Zahl der verfügbaren Intensivbetten, verbindet. Diese Feststellung soll die Bundesregierung und den Bundestag dazu bewegen, so schnell wie möglich ihrer verfassungsrechtlichen Pflicht zur Aufstockung der Intensivkapazitäten nachzukommen, damit die durch die Corona-Maßnahmen bewirkten Freiheitseinschränkungen, die nun schon monatelang andauern und immense Schäden für die Volkswirtschaft und den Staatshaushalt, aber auch für die Entwicklungschancen von Kindern sowie viele weitere Kollateralschäden verursachen, so schnell wie möglich beendet werden können.

Wird der Antrag Nr. 3 abgewiesen und stellt sich im Hauptsacheverfahren heraus, dass die Verfassungsbeschwerde insoweit begründet ist, dann ist dadurch äußerst wertvolle Zeit verloren worden, die man braucht, um die Aufstockung der Intensivkapazität in Angriff zu nehmen. Denn dann müsste die Bundesregierung erst mit der Planung beginnen.

c) Auch hinsichtlich Antrag Nr. 3 ergibt die Abwägung, dass die Nachteile, die für die Ast. und für die Allgemeinheit entstehen, wenn die beantragte einstweilige Anordnung nicht ergeht und die Verfassungsbeschwerde sich in der Hauptsache in diesem Punkt als begründet erweist, sehr viel größer sind als die Nachteile, die der Bundesregierung im umgekehrten Fall entstünden.

Beide Anträge sind somit begründet.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)