



**Florian Post**

Bundestagsabgeordneter  
für den Münchner Norden

**Florian Post MdB**

Belgradstraße 15a

80796 München

Tel 089/18 94 65-38

Fax 089/18 94 65-39

florian.post@bundestag.de

München, den 28. Mai 2021

Änderung des Infektionsschutzgesetzes:

## **Meine Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht**

Will das Bundesverfassungsgericht meinen  
Corona-Eilantrag aussitzen?

Sehr geehrte Damen und Herren,

auf den folgenden Seiten finden Sie die Pressemitteilung meines  
Anwalts des Verfassungsrechtlers, Prof. Murswiek, zur Verzögerung  
des BVerfG bzgl. meiner Beschwerde gegen die Bundesnotbremse.

*Florian Post*

27.5.2021

## Will das Bundesverfassungsgericht den Corona-Eilantrag des Bundestagsabgeordneten Florian Post aussitzen?

Als am 23. April der neue § 28b Infektionsschutzgesetz – die sogenannte „Bundes-Notbremse“ – in Kraft trat, lag dem Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde bereits vor, die ich am 22. April für den Düsseldorfer Rechtsanwalt Carlos A. Gebauer (FDP), den Münchener Bundestagsabgeordneten Florian Post (SPD) und einige weitere Beschwerdeführer eingereicht hatte. Mit der Verfassungsbeschwerde verbunden ist ein Eilantrag, mit dem wir vor allem erreichen wollen, dass bis zur Entscheidung in der Hauptsache die rechtsstaatlichen Minimalanforderungen an schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen durch eine einstweilige Anordnung gewährleistet werden.

Dieser Eilantrag liegt seit nunmehr fünf Wochen beim Bundesverfassungsgericht, ohne dass das Gericht tätig geworden ist. Über eine Reihe anderer Eilanträge hat das Bundesverfassungsgericht schon längst entschieden; sie wurden alle abgelehnt. Allerdings waren alle diese Anträge darauf gerichtet, einzelne der im Rahmen der „Notbremse“ vorgesehenen Freiheitseinschränkungen (Kontakteinschränkungen, nächtliche Ausgangssperre, Schließung von Gaststätten usw.) vorläufig außer Kraft zu setzen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies abgelehnt, weil es die Nachteile, die der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung für den Gesundheitsschutz hätte, für gewichtiger hielt als die Nachteile der Ablehnung der einstweiligen Anordnung für die Freiheit der Antragsteller.

Eine solche Nachteilsabwägung müsste bezüglich unseres Eilantrags anders ausfallen. Denn wir fordern gar nicht, dass die „Notbremse“-Maßnahmen suspendiert werden, sondern wir fordern lediglich, dass bei Überschreitung des Inzidenz-Kriteriums in einem Stadt- oder Landkreis das zuständige Gesundheitsamt prüft, ob angesichts der besonderen örtlichen oder regionalen Verhältnisse die Maßnahmen zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen wirklich erforderlich und verhältnismäßig sind. Nach dieser Prüfung und Bejahung der Verhältnismäßigkeit müsste das Gesundheitsamt die Maßnahmen ausdrücklich in Kraft setzen. Damit würde nicht nur erreicht, dass unnötige und daher verfassungswidrige Freiheitseinschränkungen unterblieben, sondern auch, dass gegen die Inkraftsetzung der „Notbremse“ in einem Land- oder Stadtkreis verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz möglich würde. Dieser wurde nämlich durch die „Bundes-Notbremse“ ausgeschaltet; das ist mit der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsschutzgarantie unvereinbar, wie übrigens auch der Präsident des Verwaltungsgerichts Düsseldorf, Andreas Heusch, scharf kritisiert hat.

Unser Eilantrag soll also erreichen, dass es einerseits nicht zu Grundrechtsverletzungen kommt und andererseits das Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet bleibt.

Zugleich steht die von uns beantragte einstweilige Anordnung der Wirksamkeit des Gesundheitsschutzes durch die „Bundes-Notbremse“ nicht entgegen. Denn wir wollen ja gar nicht generell die Maßnahmen verhindern, sondern die Maßnahmen könnten nach Prüfung durch das örtliche Gesundheitsamt in aller Regel umgehend in Kraft gesetzt werden. Daraus ergäbe sich nur eine knappe Verzögerung von vielleicht einem Tag. Das hätte keine praktisch bedeutsamen Auswirkungen hinsichtlich der Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen, deren Vermeidung die „Bundes-Notbremse“ ja dienen soll.

Es spricht also alles dafür, dass die Abwägung, die das Bundesverfassungsgericht bei einem Antrag auf einstweilige Anordnung vornehmen muss, zu unseren Gunsten ausgeht.

Aber statt unserem Antrag zügig stattzugeben und rechtsstaatliche Verhältnisse in der Corona-Bekämpfung wiederherzustellen, tut das Bundesverfassungsgericht gar nichts. Es drängt sich der Eindruck auf, als wolle der zuständige Erste Senat abwarten, bis die Sieben-Tage-Inzidenz in allen Landkreisen und kreisfreien Städten unter 100 gesunken ist. Dann nämlich käme die „Bundes-Notbremse“ in ganz Deutschland nicht mehr zur Anwendung, und dann könnte das Bundesverfassungsgericht unseren Eilantrag ablehnen, weil ja keine aktuelle Grundrechtsbeeinträchtigung mehr bestünde.

In dieser Weise den von uns gestellten Eilantrag „auszusitzen“, müsste die richterliche Funktion verfehlen. Es wäre ein Aussitzen zugunsten der Regierung. Ich kenne aber die Beweggründe der Richter nicht und gehe davon aus, dass ihre Untätigkeit in unserer Sache nicht durch das Ziel, die Regierung zu schonen, motiviert ist. Aber unabhängig von Gründen und Motiven muss man objektiv sagen: Ein Eilrechtsschutz, der zu spät kommt, ist kein effektiver Rechtsschutz. Die Regierung hat mit der „Bundes-Notbremse“ den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ausgeschaltet. Es gibt nur Rechtsschutz beim Bundesverfassungsgericht, aber im Hauptsacheverfahren erst nachträglich, wenn die Pandemie wahrscheinlich längst vorbei ist. Eilrechtsschutz ist der einzige Rechtsbehelf, der gegen die gegenwärtigen Grundrechtsverletzungen wirklich helfen kann. Die „Bundes-Notbremse“ ist bis zum 30. Juni befristet. Jetzt ist schon die Hälfte ihrer vorgesehenen Geltungsdauer abgelaufen, und für diese erste Hälfte hat es keinen Rechtsschutz gegeben.

Ich habe daher jetzt in einem neuen Schreiben das Bundesverfassungsgericht auf den drohenden vollständigen Rechtsschutzverlust aufmerksam gemacht und um eine umgehende Entscheidung gebeten.

Dass das Bundesverfassungsgericht auch nach Ablauf ihrer Geltung die Verfassungsmäßigkeit der „Notbremse“ im Hauptsacheverfahren noch beurteilen muss, wird nicht nur historische Bedeutung haben. Denn das Regelungsmuster, das Regierung und Gesetzgeber mit der „Notbremse“ geprägt haben, werden sie jederzeit neu aktivieren können. Deshalb wird es wichtig sein, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit feststellt, um Wiederholungen zu verhindern.

Professor Dr. iur. Dietrich Murswiek

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Erster Senat  
Postfach 1771  
76006 Karlsruhe

vorab per Fax an:

25.5.2021

**Eilt! Bitte sofort vorlegen!**

Verfassungsbeschwerdeverfahren

der Beschwerdeführer/innen / Antragsteller/innen:

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

**1 BvR 794/21**

**- hier: Antrag auf einstweilige Anordnung -**

**Fortbestehende Eilbedürftigkeit und neue Abwägungsgesichtspunkte**

Über meinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 22.4.2021 hat das Bundesverfassungsgericht nach mehr als einem Monat immer noch nicht entschieden. Ich weise deshalb darauf hin, dass die Eilbedürftigkeit nach wie vor gegeben ist und dass mit fortschreitender Zeit die beantragte Eilentscheidung immer dringlicher wird, weil andernfalls das Recht auf effektiven Rechtsschutz leerläuft.

**Eilantrag Nr. 2 nehme ich hiermit zurück.**

**Ich bitte aber dringlich, über die Eilanträge Nr. 1 und Nr. 3 nunmehr umgehend zu entscheiden.**

## 1. Fortbestehende Eilbedürftigkeit und konkrete gegenwärtige Betroffenheit

a) Die Inzidenzwerte sind zwar an den Wohnorten der Ast. inzwischen unter 100 gesunken. Das ändert aber nichts an ihrer aktuellen Betroffenheit, da die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen nicht spezifisch auf den Wohnort bezogen sind. Die Verbote und Gebote der „Bundes-Notbremse“ gelten immer noch in einer Vielzahl von Stadt- und Landkreisen, in denen die Inzidenz immer noch über 100 liegt. Die Grundrechte gelten für die Ast. nicht nur an ihrem Wohnort, sondern im ganzen Bundesgebiet. So schränkt § 28b Abs. 1 Nr. 10 IfSG zur Zeit die Freizügigkeit und die allgemeine Handlungsfreiheit der Ast. in allen Landkreisen und kreisfreien Städten ein, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz noch über 100 liegt. Dies ist eine gegenwärtige Grundrechtseinschränkung unabhängig davon, ob die Ast. sich gegenwärtig in einem der betreffenden Landkreise oder kreisfreien Städte befinden oder den konkreten Plan haben, sich dorthin zu begeben und in einem Beherbergungsbetrieb zu übernachten. Denn das Recht auf Freizügigkeit garantiert die Freiheit des Einzelnen, sich dazu zu entschließen, in jedem Ort der Bundesrepublik seinen Aufenthalt zu nehmen, und diese Entschlussfreiheit wird beeinträchtigt, wenn der Staat durch ein Beherbergungsverbot dem Einzelnen die Möglichkeit der Übernachtung nimmt.

Entsprechendes gilt für die anderen durch die Verbote und Gebote des § 28b Abs. 1 IfSG berührten Grundrechte. Die Ast. sind daran gehindert, sich in den Land- und Stadtkreisen, in denen die „Notbremse“ gegenwärtig gilt, Freizeiteinrichtungen (§ 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG), Konzerte, Theater, Museen oder andere Kulturveranstaltungen beziehungsweise Kultureinrichtungen (Nr. 5) zu besuchen, in Einzelhandelsgeschäften, die vom Verbot gemäß Nr. 4 betroffen sind, einzukaufen, in einem Café oder Restaurant einzukehren (Nr. 7), sich mit anderen Menschen in größerer Zahl als nach Nr. 1 erlaubt zu treffen.

Die Ast. müssen nicht darlegen, wann sie wo einkaufen wollen, mit wem sie sich in welcher Stadt treffen wollen, wo sie essen gehen wollen usw., um ihre gegenwärtige Betroffenheit zu belegen. Zur individuellen Freiheit gehört es, nach eigenem Belieben jederzeit neue Entscheidungen über die Ausübung der eigenen Freiheit treffen zu können. Hieran werden die Ast. gegenwärtig durch § 28b Abs. 1 IfSG in bezug auf diejenigen Stadt- und Landkreise gehindert, in denen die Voraussetzung der „Bundes-Notbremse“ erfüllt ist.

b) Am Beispiel der Ast. zu 2. soll gezeigt werden, wie sich § 28b Abs. 1 IfSG gegenwärtig für jemanden, an dessen Wohnort die Inzidenz unter 100 ist, praktisch auswirkt.

Die Ast. zu 2. hat einen krebskranken Bruder, der in Villingendorf (Landkreis Rottweil) lebt. Dort liegt die Sieben-Tage-Inzidenz immer noch weit über 100.<sup>1</sup> Da die „Notbremse“ dort noch gilt, wird es der Ast. zu 2. wesentlich erschwert, ihren Bruder zu besuchen, und zwar unter folgenden Gesichtspunkten:

- Sie darf ihren Bruder nicht in Begleitung ihres Ehemannes besuchen (§ 28b Abs. 1 Nr. 1 IfSG. (Die Ast. zu 2. und ihr Ehemann sind nicht geimpft.)

---

<sup>1</sup> Heute, am 25.5.2021, beträgt sie laut Corona-Dashboard des RKI, [https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page\\_1/](https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4/page/page_1/) (abgerufen am 25.5.2021) 144,4.

- Sie kann in Villingendorf oder im benachbarten Rottweil nicht in einem Hotel oder Gasthof übernachten (§ 28b Abs. 1 Nr. 10 IfSG).
- Sie kann in ihrer Heimatstadt Rottweil kein Konzert und keine Theaterveranstaltung besuchen und nicht ins Museum gehen (§ 28b Abs. 1 Nr. 5 IfSG).
- Sie kann mit ihrem Bruder und seiner Frau nicht gemeinsam Essen gehen und sich auch nicht mit Jugendfreunden im Café oder Restaurant treffen (§ 28b Abs. 1 Nr. 7 IfSG).
- Auch von der nächtlichen Ausgangssperre ist die ASt. zu 2. betroffen. Sie darf die Wohnung ihres Bruders nach 22 Uhr nicht mehr verlassen (§ 28b Abs. 1 Nr. 2 IfSG). Um noch nach Hause fahren zu können, ohne gegen die Ausgangssperre zu verstoßen, muss sie erheblich vor 22 Uhr ihren Besuch beenden.

c) Die gegenwärtige Betroffenheit ist also trotz Verbesserung der allgemeinen Corona-Lage zu bejahen. Die Eilbedürftigkeit ist nach wie vor gegeben, da eine Entscheidung in der Hauptsache viel zu spät käme, um die gegenwärtige Grundrechtsbeeinträchtigung zu beheben.

## 2. Neue Abwägungsgesichtspunkte

Da in den bald fünf Wochen seit Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 IfSG und seit Stellung dieses Eilantrags die Sieben-Tages-Inzidenz im Bundesdurchschnitt von anfangs über 160 auf jetzt knapp unter 60 gesunken ist<sup>2</sup> und die „Bundes-Notbremse“ in den meisten Stadt- und Landkreisen nicht mehr in Kraft ist, ist die Intensität der grundrechtlichen Betroffenheit deutlich gesunken.

Andererseits ist mit dem Absinken der Inzidenz die vom Gesetzgeber angenommene Gefahr für eine Überlastung der Intensivstationen vollständig verschwunden. Der Zweck des Gesetzes, der nicht allgemein im Schutz von Leben und Gesundheit, sondern explizit im Schutz von Leben und Gesundheit *durch Vermeidung der Überlastung der Intensivstationen* besteht,<sup>3</sup> hat sich daher zur Zeit erfüllt. Angesicht der generell in Deutschland und allen Nachbarstaaten sinkenden Tendenz der Infektionszahlen ist gegenwärtig nicht damit zu rechnen, dass eine sehr hohe Zahl schwerer Covid-19-Erkrankungen zur systemischen Überlastung der Intensivstationen führen wird. Es sind hinreichend freie Intensivbetten vorhanden.

Ob es in einzelnen Kliniken eine Bettenknappheit gibt, ist nicht relevant, da auf andere Kliniken ausgewichen werden kann. Das DIVI-Register zeigt heute rund 3.788 freie Intensivbetten an.<sup>4</sup> Unter den insgesamt 19.451 Intensivpatienten befinden sich gegenwärtig 3.197 als Covid-19-Fälle gemeldete Patienten.<sup>5</sup> Die Zahl der intensivbehandlungsbedürftigen Covid-19-Fälle könnte sich also verdoppeln, ohne dass es zu einer systemischen Überlastung der Intensivstationen käme. Auch wenn man berücksichtigt, dass laut DIVI-

---

<sup>2</sup> Corona-Dashboard (Fn. 1).

<sup>3</sup> Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444, S. 8, 1.

<sup>4</sup> <https://www.intensivregister.de/#!/aktuelle-lage/laendertabelle> (Stand: 25.5.2021 8:19, abgerufen am 25.5.2021) – siehe Anlage.

<sup>5</sup> Stand: 25.5.2021, s.o. Fn. 4.

Register die Zahl der freien Covid-19-spezifischen Intensivbetten „nur“ 1.761 beträgt, ist der Sicherheitspuffer angesichts der allgemein rückläufigen Infektionszahlen groß. Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass es zusätzlich eine Notfallreserve von 10.182 Intensivbetten gibt.<sup>6</sup> Von der Notwendigkeit einer Triage für Covid-19-Patienten sind wir daher so weit entfernt, dass diese Situation gegenwärtig als völlig unrealistisch betrachtet werden muss. Die Gefahr einer systemischen Überlastung der Intensivstationen mit der Folge, dass Triage-Entscheidungen notwendig werden, ist aber der eigentliche Grund für Lockdown-Maßnahmen. Diese Gefahr ist – wenn sie je gegeben war – jedenfalls jetzt nicht mehr gegeben.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Sieben-Tage-Inzidenz ein Prognosetool für die Belegung der Intensivstationen mit Covid-19-Patienten ist. Wie in der Verfassungsbeschwerdeschrift dargelegt, ist fragwürdig, ob dieses Tool einigermaßen brauchbar ist und den Anforderungen an eine dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Eingriffsfertigung entspricht. Aber wenn im Rahmen der Nachteilsabwägung die tatsächlichen Annahmen des Gesetzgebers hinsichtlich der Begründung einer Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen berücksichtigt werden müssen,<sup>7</sup> dann müssen dieselben Annahmen auch – mit der gleichen Maßgeblichkeit – berücksichtigt werden, wenn die Inzidenzwerte unter die Schwelle gefallen sind, die eine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen markieren soll. Da im größten Teil Deutschlands gegenwärtig die Inzidenz stark gesunken ist und tendenziell weiter sinkt, muss man im Sinne der gesetzgeberischen Prognose annehmen, dass dies für ein stark sinkendes Risiko der Überlastung der Intensivstationen spricht.

### 3. Abwägung auf der Basis der gegenwärtigen epidemischen Lage

Wie gesagt, hat sich die Belastung der Ast. und der Allgemeinheit seit Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 IfSG erheblich verringert, weil die „Notbremse“ nur noch in einem Teil der Land- und Stadtkreise gilt.

In noch größerem Maße aber hat sich das Risiko verringert, dass es ohne die „Notbremse“ zu einer Überlastung der Intensivstationen kommt. Denn einerseits gilt die „Notbremse“ nur noch in einem Teil der Land- und Stadtkreise, kann also gegenwärtig nur noch entsprechend wenig zur Senkung des Risikos einer Überlastung der Intensivstationen beitragen. Insofern sieht es so aus, als liefen die Minderung der Intensität der Grundrechtseinschränkungen und die Minderung des Risikos der Überlastung der Intensivstationen parallel.

Das Risiko einer *systemischen* Überlastung der Intensivstationen – und nur hierauf kommt es an – sinkt aber überproportional. Denn wenn im ganz überwiegenden Teil Deutschlands die Inzidenzen gering sind, die Intensivstationen freie Kapazitäten haben und das Risiko ihrer Überlastung angesichts der tendenziell sinkenden Inzidenzen immer geringer wird, kann eine hohe Inzidenz in relativ wenigen Land- und Stadtkreisen allenfalls zu einem Risiko für die Überlastung *örtlicher* Krankenhäuser in den betreffenden

---

<sup>6</sup> Stand: 25.5.2021, s.o. Fn. 4.

<sup>7</sup> So z.B. *BVerfG*, Beschl. v. 20.5.2021 – 1 BvR 900/21, Rn. 16 f.; Beschl. v. 20.5.2021 – 1 BvR 968/21 u.a., Rn. 16.

Land- und Stadtkreisen führen. Das ist aber kein Risiko für eine systemische Überlastung des Gesundheitssystems, weil gegebenenfalls Patienten in andere Kliniken außerhalb der betreffenden Kreise verlegt werden könnten.

Die möglichen Nachteile für das Gesundheitssystem haben sich also stark verringert.

### **a) Abwägung zu Antrag Nr. 1**

Antrag Nr. 1 lautet:

- 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.*

Mit Antrag Nr. 1 wird *nicht* die Aussetzung der Verbote und Gebote des § 28b Abs. 1 IfSG verlangt, sondern beantragt wird lediglich eine – vorläufige – Modifizierung, mit der die Beachtung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die vom Gesetzgeber vorgesehenen Maßnahmen sichergestellt werden soll. Wie bereits in der Antragschrift vom 22.4.2021 dargelegt, überwiegen schon aus diesem Grunde eindeutig die Nachteile für die von den Maßnahmen Betroffenen gegenüber den Nachteilen für die Allgemeinheit hinsichtlich der Gefahr der Überlastung der Intensivstationen.

In der epidemischen Lage, die sich inzwischen entwickelt hat, fällt das Ergebnis der Nachteilsabwägung noch eindeutiger aus. Es ist schlechthin nicht erkennbar, worin denn überhaupt ein Nachteil für den Schutz der Intensivstationen vor Überlastung oder auch für den Gesundheitsschutz bestehen könnte, wenn dem Antrag stattgegeben wird und sich später herausstellen sollte, dass die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache unbegründet ist. Denn der Antrag will ja nicht verhindern, dass die „Notbremse“ als solche ausgesetzt wird, sondern er will lediglich sicherstellen, dass die zuständige Behörde auf Kreis-ebene prüft, ob unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse die Maßnahmen überhaupt erforderlich und verhältnismäßig sind.

Wenn die Behörden davon ausgehen, dass das gesetzliche Inzidenzkriterium im Regelfall die Maßnahmen rechtfertigt, brauchen sie nur zu checken, ob in der konkreten Situation aufgrund besonderer Umstände die Erforderlichkeit entfällt oder die Maßnahmen evident unverhältnismäßig wären – ob beispielsweise die hohe Inzidenz auf einem eingegrenzten Hotspot beruht oder ob ganz überwiegend junge, nicht zu Risikogruppen gehörende Menschen infiziert sind oder ob eine Situation vorliegt wie vor kurzem im Kreis Pinneberg, wo die Inzidenz im Landkreis über 100 lag, während die zum Landkreis gehörende Insel Helgoland eine 0-Inzidenz hatte und trotzdem in den verschärften Lockdown musste.<sup>8</sup>

Zuständige Behörden werden die Gesundheitsämter sein. Diese müssen ohnehin ständig die epidemische Lage in ihrem Zuständigkeitsbereich beobachten. Sie wissen also, ob es

---

<sup>8</sup> „Ausgangssperre, obwohl die Inzidenz bei Null liegt“, Welt 27.4.2021, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article230703333/Ausgangssperre-Kubicki-kritisiert-Irrsinn-auf-Helgoland.html?cid=onsite.onsitesearch> (abgerufen am 2.5.2021).



in dem jeweiligen Stadt- oder Landkreis örtliche oder regionale Besonderheiten gibt, die zu einer vom gesetzlichen Raster abweichenden Verhältnismäßigkeitsentscheidung führen müssen, ohne dass sie hierfür zeitaufwendige Recherchen anzustellen hätten. Das jeweilige Gesundheitsamt wird seine Entscheidung daher in der Regel innerhalb eines Tages treffen können. Daher ergibt sich in Relation zur in § 28b Abs. 1 Satz 3 IfSG von der zuständigen Behörde vorzunehmenden Bekanntmachung kaum eine Verzögerung.

Die denkbaren negativen Auswirkungen, die der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung für die Entwicklung des Infektionsgeschehens und infolgedessen für die Belastung der Intensivstationen hätte, sind deshalb derart gering, dass sie praktisch überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Sofern sie überhaupt wahrnehmbar sind, werden sie jedenfalls eindeutig überkompensiert durch den Gewinn für die Rechtsstaatlichkeit (insbesondere durch die Wiederherstellung der Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes), wie in der Antragschrift und in der Verfassungsbeschwerdeschrift näher beschrieben.

## **2. Antrag Nr. 2**

Im Hinblick auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5.5.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. – habe ich mich entschlossen, Antrag Nr. 2 (Suspendierung der Ausgangssperre) zurückzunehmen. Ich meine zwar, dass angesichts der oben geschilderten Änderung der epidemischen Lage die Nachteilsabwägung heute zugunsten der Ast. ausfallen müsste, möchte aber angesichts des Umstandes, dass die Ast. gegenwärtig an ihren Wohnorten von der Ausgangssperre nicht mehr betroffen sind, die Arbeitskapazität des Bundesverfassungsgerichts nicht über Gebühr in Anspruch nehmen.

## **3. Antrag Nr. 3**

Antrag Nr. 3 lautet:

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.*

Zu Antrag Nr. 3 gibt es aufgrund der Entwicklung der epidemischen Lage keine neuen Abwägungsgesichtspunkte. Es spricht einiges dafür, dass es objektiv keiner Erhöhung der Intensivkapazitäten bedarf, weil während der Covid-19-Epidemie nie die Gefahr einer Überlastung gegeben war.<sup>9</sup> Und in mit Deutschland vergleichbaren Ländern ohne Lockdown – wie Schweden – ist es nicht zu einer systemischen Überlastung der Intensivstationen gekommen. Aber Bundesregierung und Bundestag haben die Lockdowns und ihre wiederholte Verlängerung und Verschärfung mit der genannten Gefahr begründet; die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des Bundesverfassungsgerichts hat dies

---

<sup>9</sup> Vgl. *Matthias Schrappe u.a.*, 3. Ad hoc-Stellungnahme: Die Pandemie durch SARS-CoV-2/CoVid-19 – Zur intensivmedizinischen Versorgung in der SARS-2/CoVid-19-Epidemie, Update vom 17.5.2021, [http://www.matthias.schrappe.com/index\\_html\\_files/thesenpapier\\_adhoc3\\_210517\\_endfass.pdf](http://www.matthias.schrappe.com/index_html_files/thesenpapier_adhoc3_210517_endfass.pdf) (abgerufen am 24.5.2021)

akzeptiert. Geht man deshalb davon aus, dass die Begründung des Lockdown mit der drohenden Überlastung der Intensivstationen tragfähig ist, dann ist der Staat zur Vermeidung weitreichender Freiheitseinschränkungen zur Erhöhung der Intensivkapazität verpflichtet (Verfassungsbeschwerdeschrift C.IV., S. 47 ff.).

Zur Nachteilsabwägung verweise ich auf die Antragschrift.

Zur Eilbedürftigkeit sei folgendes hinzugefügt: Wie oben dargelegt, hat die Entwicklung des Infektionsgeschehens seit Inkrafttreten des § 28b Abs. 1 IfSG gezeigt, dass die Sieben-Tage-Inzidenz sich innerhalb weniger Wochen drastisch verändern kann (von rund 160 auf rund 60 im Bundesdurchschnitt innerhalb von viereinhalb Wochen). Es kann also auch von einer relativ niedrigen Inzidenz sehr schnell zu einem Anstieg kommen, bei dem die „Bundes-Notbremse“ wieder greift und somit automatisch sehr weitreichende Freiheitseinschränkungen für die gesamte Bevölkerung ausgelöst werden. Könnte die beantragte einstweilige Anordnung erst dann erlassen werden, wenn flächendeckende Freiheitseinschränkungen erneut unmittelbar bevorstünden, weil die Überschreitung der 100er-Inzidenz angeblich die Gefahr der Überlastung der Intensivstationen indiziert, dann könnte die einstweilige Anordnung die Freiheitseinschränkungen nicht mehr verhindern. Nur wenn die Bundesregierung sich mit dem Problem der knappen Intensivkapazität überhaupt beschäftigt und eine vorsorgende Planung zur Vermeidung künftiger Lockdowns vornimmt, wird sie in der Lage sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, wenn eine neue Welle die Erhöhung der Kapazität erforderlich macht.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Klima-Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a. – entschieden, dass der Staat verpflichtet sei, heute diejenigen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um spätere schwerer wiegende Freiheitseinschränkungen zu vermeiden. Dieser Grundgedanke wird auch mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde und mit Eilantrag Nr. 3 verfolgt, nur dass hier die künftig zu erwartenden Freiheitseinschränkungen nicht durch heutige Freiheitseinschränkungen, sondern durch vorsorgliches staatliches Eigenhandeln abgewendet werden sollen.

### **Schlussbemerkung**

Seit Inkrafttreten der mit der Verfassungsbeschwerde und dem Eilantrag angegriffenen Norm und zugleich seit Zugang des Eilantrags beim Bundesverfassungsgericht sind jetzt schon fast fünf Wochen verstrichen. Das ist die Hälfte der gesamten (vorläufigen) Geltungsdauer der Vorschrift. Da der einstweilige Rechtsschutz weitgehend seines Sinnes entleert wird, wenn vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der größte Teil der Geltungsdauer der angegriffenen Vorschrift verstreicht, ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die gestellten Anträge nunmehr dringend geboten.

(Professor Dr. Dietrich Murswiek)

Anlage: Auszug aus dem DIVI-Register