RAe Keller & Kollegen GbR | Kernerplatz 2 | 70182 Stuttgart

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Nikolai Keller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht

Anna Fuchs-Keller
Rechtsanwältin
Arbeitsrecht
Mediatorin

Jan Matthias Hesse
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Bernhard Ludwig
Rechtsanwalt
Mediator

Benjamin Böhm
Rechtsanwalt

Kernerplatz 2
70182 Stuttgart

info@anwaltskanzlei-keller.de

Fon 0711-22 02 16 90
Fax 0711-22 02 16 91

www.anwaltskanzlei-keller.de

Bankverbindung
GLS Gemeinschaftsbank

BIC
GENODEM1GLS

IBAN
DE 82 4306 0967 0103 344500

Steuer-Nr. 95131/17066

Kooperationspartner

Barkhoff & Partner mbB
Rechtsanwälte
Husemannplatz 3
44787 Bochum

Hohage, May & Partner mbB
Rechtsanwälte • Steuerberater
Mittelweg 147
20148 Hamburg

Johanna Keller
Rechtsanwältin
Alsterarkaden 9
20354 Hamburg

Siebeck und Tietgen
Partnerschaft mbB
Wirtschaftsprüfer • Steuerberater
Kernerplatz 2
70182 Stuttgart

Register-Nr.: 151/21 07.05.2021

Verfassungsbeschwerden

und Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

[redacted]

- Beschwerdeführende (Bf.) zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Benjamin Böhm und Bernhard Ludwig,

Keller & Kollegen Rechtsanwälte, Kernerplatz 2, 70182 Stuttgart,

[redacted]

- Beschwerdeführender (Bf.) zu 2. -

Verfahrensbevollmächtigte:

wie bei der Bf. zu 1.

unmittelbar gegen § 28b Absatz 3 Satz 3 (IfSG) in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBl. I 802) vom 22. April 2021, in Kraft getreten am 23. April 2021.

Verletzte Grundrechte:

- Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (für die Bf. zu 1.)

- Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (für die Bf. zu 2.)

- Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (für den Bf. zu 2.)

- Art. 3 Abs. 1 GG (für die Bf. zu 1. und 2.)

Namens und in Vollmacht der Bf. zu 1. und 2. wird **beantragt** zu entscheiden:

1. § 28b Abs. 3 Satz 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG) in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBl. I 2021, 802) verletzt die Beschwerdeführende zu 1. in ihrem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG und den Beschwerdeführenden zu 2 in seinem Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG; das Gesetz ist insoweit nichtig.

2. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Bf. die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Namens und in Vollmacht der Bf. zu 1. und 2. wird ferner **beantragt**,

> Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache wird § 28b Abs. 3 Satz 3 außer Vollzug gesetzt.

Auf die Unterzeichner lautende Vollmachten als Verfahrensbevollmächtigte der Bf. zu 1. und 2. gemäß § 22 Abs. 1 BVerfGG ist beigefügt.

Anlage VB 1 (Vollmacht)

Begründung

Zur Begründung tragen wir Folgendes vor:

Gliederung:

A. Sachverhalt und Zusammenfassung des Vorbringens der Beschwerdeführenden 7

B. Die Rechtslage, Rechtsanwendung und faktische Wirkungen vor und nach der Neuregelung des § 28b IfSG ab dem 23.04.2021 13

I. Regelungen vor dem 23.04.2021: § 28a IfSG und Landesrecht 13

1. Verordnungslage von 12. April 2021 bis 18. April 2021 13
2. Verordnungslage von 19. April 2021 bis 23. April 2021 13

II. Gesetzeslage seit 23.04.2021: § 28b IfSG in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage 14

1. Gesetzeswortlaut 14
2. Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen, die Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind – § 28b Abs. 3. Satz 3 IfSG - Präsenzunterrichtsverbot.....16

a) Tatbestand: Schwellenwertüberschreitung von 165 der Sieben-Tage-Inzidenz .16
b) Rechtsfolge: Untersagung von Präsenzunterricht 17

aa) Bedeutung des Präsenzunterrichts 17
bb) Unmittelbarer Eintritt der Rechtsfolge 17

c) Adressaten der Regelung 18

III. Landesrechtliche Anpassung an § 28b Abs. 3 IfSG: Verordnungslage seit 24. April 2021.....18

IV. Zusammenhang zwischen Inzidenzwert und Überlastung intensivmedizinischer Kapazitäten 19

1. Ermittlung und Feststellung der 7-Tage-Inzidenz 19
2. PCR-Test und dessen Aussagegehalt.....21
3. Fehlende Validierung und Standardisierung der PCR-Tests 24
4. Geeignetheit der 7-Tage-Inzidenz als Indikator drohender Überlastung intensivmedizinscher Kapazitäten.....24
5. Tatsächliche Belastung der intensivmedizinischen Kapazitäten 25

V. Bisherige und durch die Neureglung zu erwartende Beeinträchtigungen.....28

1. Feststellbare Beeinträchtigungen für Kinder insgesamt.....29
2. Feststellbare Beeinträchtigungen durch Präsenzunterrichtsverbote im Speziellen.....31

a) Beeinträchtigung des Erwerbs von Wissen und Fertigkeiten.....31

aa) Reduzierung der Lernzeit.....32
bb) Reduzierung der Lernqualität.....32
cc) Reduzierung der Lernmotivation 33
dd) Weniger Lernen durch Unterbindung der erforderlichen sozialen Prozesse 34
ee) Defizite in der sozialen Unterstützung.....34
ff) Empirische Evidenz zu den Lerneinbußen durch Präsenzunterrichtsverbote.....35
gg) Beeinträchtigungen durch Bewegungsmangel 35

b) Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung.....37
c) Beeinträchtigung der sozialen Kompetenz.....37
d) Beeinträchtigung der Integrationsfunktion.....39
e) Beeinträchtigung der Schutzfunktion von Schulen 39
f) Beeinträchtigung der Funktion des Ausgleichs von Bildungsungerechtigkeit 40

3. Beeinträchtigungen für den Beschwerdeführenden zu 2. im Besonderen 41
VI. Keine von geöffneten Schulen ausgehenden besonderen Gefährdungen 41
1. Die Rolle von Schulen im Pandemiegeschehen 41
2. Zur Eigengefährdung von Kindern und Jugendlichen durch SARS-Cov-2 45
3. Zur Gefährdung von Lehrerinnen und Lehrern sowie anderer Personen durch Kinder 45
4. Keine größere Gefahr durch neue Mutationen 46
C. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden 47
I. Beschwerdegegenstand 47
II. Beschwerdebefugnis 47
1. Allgemein, insb. Grundrechtsrügen 47
a) Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 47
b) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG 49
c) Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG 49
d) Art. 3 Abs. 1 GG 50
2. Unmittelbarkeit, Selbstbetroffenheit 51
a) Der Beschwerdeführende zu 2. 51
b) Die Beschwerdeführende zu 1. 51
3. Gegenwärtigkeit 52
III. Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) 52
IV. Vorherige Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) 53
V. Grundsatz der Subsidiarität 53
D. Begründetheit der Verfassungsbeschwerden 55
I. Berührte Schutzbereiche der Freiheitsrechte der Beschwerdeführenden 55
1. Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG 55
2. Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG 55
II. Eingriffe in die Freiheitsrechte der Beschwerdeführenden 56
1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG 56
2. Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG 58
3. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG 60
III. Eingriffsrechtfertigung 60
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG 61
a) Fehlende Kompetenz des Bundesgesetzgebers 61
b) Verstoß gegen die Zustimmungspflicht des Bundesrates 62
2. Keine hinreichen bestimmte gesetzliche Grundlage – Unvereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip 64
3. Unverhältnismäßigkeit aller Freiheitseinschränkungen, die an die Überschreitung eines Inzidenz-Schwellenwertes anknüpfen 70
a) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel 71
b) Geeignetheit 72
c) Erforderlichkeit 72
aa) Strengere Erforderlichkeitsprüfung im Zeitverlauf 72
bb) Fehlende Prüfung der Wirksamkeit von milderen Maßnahmen 73
(1) Fehlende Erforderlichkeit mangels Gefahrenlage trotz Inzidenzwertüberschreitung 74
(2) Mangelnde Differenzierungsmöglichkeit auf Landkreisebene 75
d) Verhältnismäßigkeit der Inzidenzwert-Anknüpfung im engeren Sinne 75

4. Unverhältnismäßigkeit speziell der auf dem Präsenzunterrichtsverbot/Präsenzbetreuungsverbot beruhenden Freiheitseinschränkungen 83
a) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit 83
b) Unzumutbarkeit des Eingriffs in die Rechte des Beschwerdeführenden zu 2. 85
aa) Der Beitrag des Präsenzunterrichtsverbots zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems 85
bb) Die schwerwiegenden Folgen des Präsenzunterrichtsverbots 88
(1) Langwirkende negative gesundheitliche Auswirkungen 89
(2) Irreversible Bildungsdefizite und Verluste von Zukunftschancen 89
(3) Inanspruchnahme von Kindern als „Nichtstörer“ 90
cc) Folgen für den Beschwerdeführenden zu 2. 92
dd) Gesamtabwägung 92
c) Unzumutbarkeit des Eingriffs in das Recht der Beschwerdeführenden zu 1 92
IV. Die rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) 92
1. Maßstab 93
2. Ungleichbehandlungen 93
a) Ungleichbehandlung gegenüber Arbeitsplätzen und entsprechend (fehlenden) Einschränkungen der Berufsfreiheit 94
b) Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Schulen 96
3. Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis zwischen Arbeitsplatz- und Bildung 97
4. Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis verschiedener Schularten 101
E. Begründung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung 102
I. Keine offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit 102
II. Dringlichkeit 102
III. Folgenabwägung 104
1. Keine schwerwiegenden Nachteile für die Bundesrepublik 104
2. Schwerwiegende Nachteile für Kinder und Familien 107
3. Abwägung 109

Übersicht über die Anlagen:

Anlage VB 1: Vollmacht

Anlage VB 2: Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 22. April 2021 (BGBl. I S. 802-807)

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung

Anlage VB 4 Sorgerechtsbeschluss d. AG Bad Neustadt a.d. Saale

Anlage VB 5 Genehmigungsbescheid des RP Stuttgart vom 06.09.2013 betr. private Grundschule

Anlage VB 6 Genehmigungsbescheid des RP Stuttgart vom 06.09.2013 betr. private Werkrealschule

Anlage VB 7 Eidesstattliche Versicherung der Vorstände v. 03.05.2021

Anlage VB 8: Feststellungsbescheid des Landkreises Schwäbisch Hall vom 23.04.21

Anlage VB 9: Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 05.02.2021

Anlage VB 10: CODAG Bericht Nr. 14

Anlage VB 11: Bundesgesundheitsblatt – Ergebnisse der COPSY-Studie

Anlage VB 12: ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?

Anlage VB 13: Landesjugendämter zu Schulabbrechern

Anlage VB 14: Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 21.04.2021

Anlage VB 15 SARS-CoV-2 und die Schulen – Was sagen die Daten?

Anlage VB 16: Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/28444)

Anlage VB 17: Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zum Entwurf des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drucks. 19/28692)

Anlage VB 18: Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zum Entwurf des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drucks. 19/28732)

A.

Sachverhalt und Zusammenfassung des Vorbringens der Beschwerdeführenden

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen am 23. April 2021 in Kraft getretene Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBl. 2021 Teil I S. 802).

> **Anlage VB 2** (Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021)

Es geht um die Frage, ob Schulen bei einer 7-Tage-Inzidenz von 165 je 100.000 Einwohner in einem Landkreis automatisch geschlossen werden müssen und keinen Präsenzunterricht mehr durchführen dürfen.

Die Bf. zu 1. ist studierte Lehrerin und Bildungswissenschaftlerin (M.A.) und als Lehrerin berufstätig. Sie ist die Mutter von [redacted], dem Bf. zu 2., alleinerziehend und hat das alleinige Sorgerecht für ihren einzigen Sohn, den Bf. zu 2.

> **Anlage VB 3** Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Die Bf. zu 1. und der Bf. zu 2. zogen im September 2020 an ihren derzeitigen Wohnort um. Der Grund für den Umzug lag darin, dass die Betreuungssituation für [redacted] den Bf. zu 2., in der Schule am vorherigen Wohnort durch den eingeschränkten Präsenzunterricht und die damit verbundene Isolation der Bf. zu 1. und 2. zunehmend negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Bf. zu 2. sowie auf das Verhältnis zwischen Mutter und Sohn, der Bf. zu 1. und dem Bf. zu 2., hatte.

> **Anlage VB 3** Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Diese zunehmenden Schwierigkeiten veranlassten die Bf. zu 1., einen neuen Ort zum Leben zu suchen, welcher der zweiköpfigen Familie neue Perspektiven, ein neues Lernumfeld für [redacted], den Bf. zu 2., und eine Neujustierung des aufgrund der sog. Corona-Maßnahmen äußerst angestrengten Verhältnisses von Mutter und Sohn bieten würde. Konkret fand die Bf. zu 1. diesen Ort in der „Schule für freie Entfaltung“ Schloss Tempelhof. Dabei ging es der Bf. zu 1. insbesondere und gerade darum, dass diese Schule ausdrücklich konzeptionell dafürsteht, ein breites Übungsfeld im sozialen Miteinander und ein individualisiertes Lernen in gemeinschaftlichem Umfeld zu ermöglichen (zum besonderen pädagogischen Konzept der Schule vergleiche die Darstellung in diesem Abschnitt unten auf Seite 11 und 12.).

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Anlage VB 4 Sorgerechtsbeschluss AG Bad Neustadt a.d. Saale in Kopie

Hierfür verließen die Bf. zu 1. und 2. deshalb im September 2020 ihr komplettes soziales Umfeld mit Schule, Arbeitsplatz, Freunden, und mussten sich am neuen Wohnort mit neuen Menschen und neuer Schule von Grund auf neu orientieren und einfinden. Wenn solche Umstände bereits unter gewöhnlichen Bedingungen für einen Jungen im Alter von 8 Jahren eine Herausforderung darstellen, galt dies für den Bf. zu 2. umso mehr in Zeiten von Corona, in denen soziale Kontakte nur eingeschränkt und nur unter Beachtung besonderer Auflagen stattfinden konnten.

Trotz der mit dem bewussten Wechsel durch den Umzug in ein stärker verbindendes und unterstützendes soziales Umfeld verbundenen Hoffnung auf bessere Bedingungen für die Förderung der sozialen und altersgemäßen Entwicklung des Bf. zu 2., brachten die Schulschließungen seit Dezember 2020 und die eingeschränkte Notbetreuung mit den weiteren Maßnahmen, wie Kontaktbeschränkungen und etc. neue Herausforderungen mit sich. Dadurch hatte der Bf. zu 2. viel weniger Kontakte zu Gleichaltrigen. Die durch die Schulschließung hervorgerufenen Umstände verhinderten den Aufbau eines sozialen Netzwerks und schwächten die soziale und persönliche Entwicklung des Bf. zu 2.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

So fiel der Bf. zu 1. bereits seit dem ersten Lockdown im März 2020 ein Rückgang der sozialen und emotionalen Entwicklung beim Bf. zu 2. auf. Er baute seitdem schwerer Kontakt zu Gleichaltrigen und auch zu Erwachsenen auf, war anhänglicher gegenüber der Mutter, sagte ihr gegenüber, dass er sich ungern von ihr trenne, weil er sich nicht sicher fühle, insbesondere, weil er nicht wisse welche Freunde und Lehrkräfte täglich in der Notbetreuung sein würden.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Diese Tatsachen bereiten der Bf. zu 1. sorgen. Die Unbeständigkeit der schulischen Öffnung und die damit einhergehenden Unsicherheiten würden sich auch auf das Verhalten des Bf. zu 2. im privaten Umfeld auswirken. Während [redacted] der Bf. zu 2. vorher gerne zu Freunden aus der Schule mit nach Hause ging und auch eigenständig unterwegs war, verstärkt die momentane Situation die Unsicherheiten und er braucht länger, um sich auf Neues einzulassen. Selbst in den rechtlich zugelassenen Eins-zu-Eins Kontakten zu anderen Kindern, kann die Mutter Unsicherheiten spüren. Sie berichtet, dass der Bf. zu 2. in seinen Worten kommuniziere, dass er keine festen Freunde finden könne, weil er diese so wenig sehen könne.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Als Mutter beobachtet die Bf. zu 1. bei ihrem Sohn auch, dass der Bf. zu 2. nun öfters über Kopf- und Bauchschmerzen klagt und zieht in Erwägung, dass die psychische Belastung auch das Immunsystem des Bf. zu 2. nachteilig beeinflussen könnte.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Die Bf. zu 1. sorgt sich vor diesem Hintergrund um die Entwicklung der sozialen, personalen, kognitiven und weiterer in der Schule erlernter Kompetenzen. Als studierte Bildungswissenschaftlerin hat Sie sich eingehend mit dem Thema beschäftigt und weiß, dass sich grundlegende Kompetenzen unter Ängsten und Sorgen nur sehr eingeschränkt entwickeln. Daher möchte Sie ihrem Sohn, uneingeschränkten Zugang zu Bildung und zu Gleichaltrigen ermöglichen.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Die Bf. zu 1. ist sich sicher, dass Sie ohne ihre Berufstätigkeit zwar als Mutter und Lehrerin einiges auffangen könnte, allerdings Schule nicht in all ihren Facetten abbilden und vor allem nicht das soziale Miteinander unter Gleichaltrigen für ihren Sohn würde ersetzen können. Aus ihrer Sicht ist es daher notwendig, dem Bf. zu 2. eine andauernde Schulbildung zu ermöglichen.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

[redacted] der Bf. zu 2., besucht die 2. Klasse der Schule für freie Entfaltung Schloss Tempelhof.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

Bei der Schule für freie Entfaltung handelt es sich um eine 2013 gegründete staatlich genehmigte Grundschule und Werkrealschule in freier Trägerschaft.

Anlage VB 5 (Genehmigungsbescheid des RP Stuttgart vom 06.09.2013 betr. private Grundschule)

Anlage VB 6 (Genehmigungsbescheid des RP Stuttgart vom 06.09.2013 betr. private Werkrealschule)

Rechtsträger der „Schule für freie Entfaltung“ ist der Verein Schloss Tempelhof e.V..

In der Selbstdarstellung der Schule heißt es:

> „Die Schule für freie Entfaltung Schloss Tempelhof ist eine demokratische Schule, in der die Kinder den Schulalltag gemeinsam mit den LernbegleiterInnen gestalten und entscheiden. Sie setzt sich zum Ziel, Kinder und Jugendliche auf ihrem Weg zu mündigen, authentischen, zukunftsfähigen und verantwortlichen Bürgern zu begleiten und in ihnen ein Lernen anzulegen, das sie lebenslang befähigt, herausragende eigensinnige Leistungen zu erbringen.“ [1]

Weiter heißt es:

> „Der Name Schule für freie Entfaltung ist Programm: Unser Schulkonzept orientiert sich am natürlichen Lernen von Kindern, die gar nicht anders können, als ihr Potential in der Auseinandersetzung mit der Umwelt zu entwickeln, wenn sie darin nicht gestört oder manipuliert werden.“[2]

Über die pädagogischen Grundannahmen heißt es auf der Webseite der Schule:

> „Unsere pädagogische Grundhaltung geht „vom Kinde aus“. Nicht die Vermittlung von Lernstoff und wie der am besten in die Köpfe der Kinder kommt, ist unsere Leitfrage, sondern wie ein Umfeld beschaffen sein muss, damit ein Kind seine kreativen Potentiale entfaltet, sich Wissen und Können aneignet und zu einer eigenständigen, sozial kompetenten und verantwortungsbewussten Persönlichkeit heranreift. Lernen ist eine Eigenaktivität des Menschen. Das Prinzip der Selbsttätigkeit ist grundlegend für das Lernen in unserer Schule. Lehren durch Erwachsene wird konsequent durch ein vom jungen Menschen selbst gesteuertes Lernen ersetzt. Die Aufgabe der Erwachsenen ist, „vom Kinde her“ zu denken und zu handeln und seine Selbstverantwortung für sein Lernen zu stärken. Basis dafür ist die grundlegende Akzeptanz des Rechtes eines Kindes auf Persönlichkeit und Souveränität.“[3]

Seit dem 16.12.2020 ist die Schule für den regulären Präsenzunterricht geschlossen. Dies stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund des besonderen Konzepts der Schule als schwere Einschränkung heraus. Die Pädagogik der Schule fußt essenziell auf dem Beziehungsaufbau und dem Dialog zwischen den Schülern und Lernbegleitern sowie der Interaktion zwischen den Schülerinnen und Schülern untereinander. Das lässt sich im Fernunterricht nicht umsetzen. Schulversammlungen als wichtiges Element der demokratischen Entscheidungsfindung und Mitbestimmung können nicht stattfinden. Das gesamte pädagogische Konzept (wie oben beschrieben) braucht eine echte Begegnung von Mensch zu Mensch. Wesentliche Elemente des pädagogischen Konzeptes können ohne Präsenzunterricht und ohne reale persönliche Begegnung nicht umgesetzt werden.

Anlage VB 7 Eidesstattliche Versicherung der Vorstände v. 03.05.2021

Dies betrifft auch die Bf. zu 1. und 2., die diese Schule gerade wegen ihres pädagogischen Konzepts ausgewählt haben und nun aufgrund des Präsenzunterrichtsverbots nicht wie gewünscht und vereinbart daran teilnehmen können.

---

[1] https://www.schloss-tempelhof.de/schule/.

[2] Ebd.

[3] https://www.schloss-tempelhof.de/schule/konzept/paedagogoische-grundannahmen-und-ziele/.

Die vom Bf. zu 2. besuchte Schule befindet sich im Landkreis Schwäbisch Hall in Baden-Württemberg, der Wohnort der beiden Bf. befindet sich im angrenzenden Landkreis Ansbach in Bayern.

Der Landkreis Schwäbisch-Hall hat ausweislich der Angaben des Statistischen Landesamtes (Stand 2019) 196.761 Einwohner, davon sind 35.102 Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren.[4]

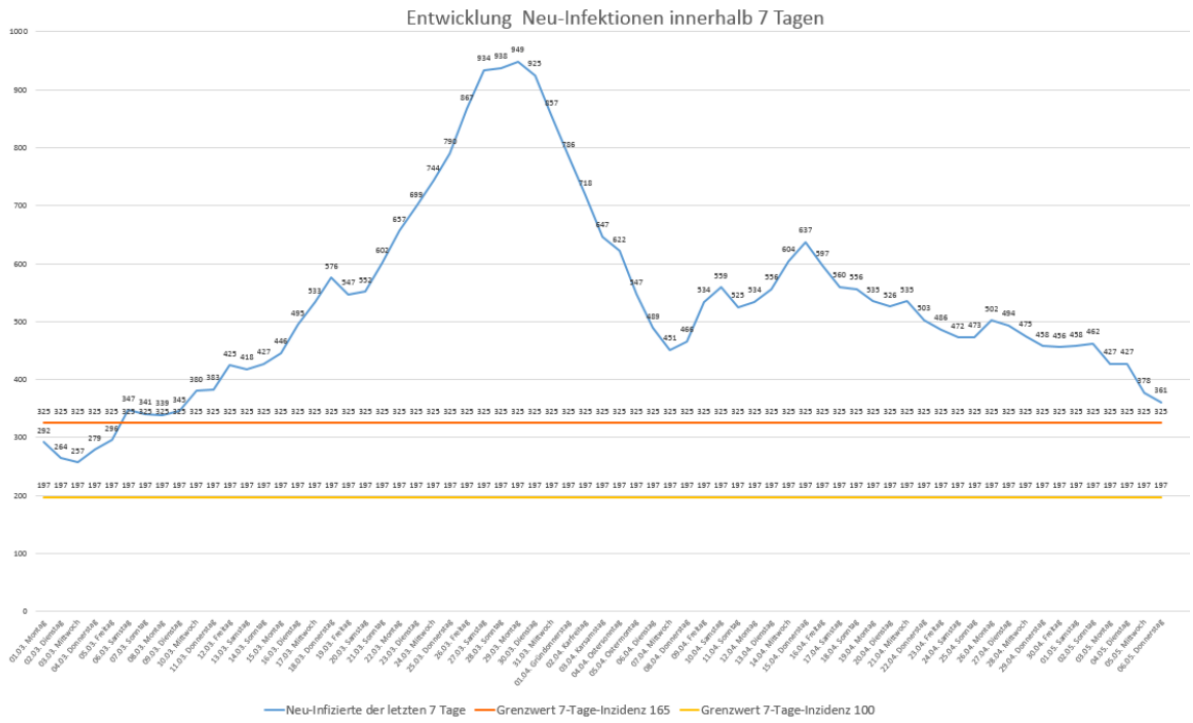
Laut amtlicher Bekanntmachung des Landkreises Schwäbisch Hall vom 23.04.2021 wurde festgestellt,

> dass die Sieben-Tages-Inzidenz im Landkreis Schwäbisch Hall seit drei Tagen den Wert von 165 überschreitet. Insoweit finden die Regelungen des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG ab dem 24. April 2021 Anwendung. Allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen, Hochschulen, au-ßerschulischen Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnlichen Einrichtungen ist die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. Ausnahmen können sich aus § 28b Abs. 3 S. 4 oder S. 5 IfSG ergeben.

Anlage VB 8: Feststellungsbescheid des Landkreises Schwäbisch Hall vom 23.04.21

Die Lage in Bezug auf die Ausbreitung des SARS-Cov-2-Virus im Landkreis Schwäbisch stellt sich ausweislich des Gesundheitsamtes im Landratsamt *aktuell* (Stand 06.05.2021) wie folgt dar: 627 Menschen mit dem Coronavirus infiziert. In den letzten 7 Tagen gab es im Landkreis Schwäbisch Hall 361 Neuinfektionen. 7-Tage-Inzidenz pro 100 000 Einwohner beträgt: 183,5. Kontaktpersonen Kat I in Quarantäne: 1.106.

[4] https://www.statistik-bw.de/BevoelkGebiet/Bevoelkerung/99025010.tab?R=KR127



Quelle: Landratsamt Schwäbisch Hall[5]

Aus der Abbildung ist zu ersehen, dass die Zahl der Neuinfektionen seit einem „Zwischenhoch“ Mitte April 2021 mit 637 innerhalb von 7 Tagen kontinuierlich auf 361 innerhalb von 7 Tagen zurückgegangen ist.

Im Klinikum Crailsheim befinden sich aktuell 6 positive Covid-19-Fälle auf den Stationen sowie 1 Verdachtsfall. Im Intensivbereich befinden sich momentan 2 positive Fälle. Im Diakoneo Diak Klinikum befinden sich aktuell 14 positive Fälle sowie 6 Verdachtsfälle auf den Stationen. Im Intensivbereich sind 7 Covidpatienten.[6]

Ausweislich des „Dashboard DIVI-Intensivregister auf Landkreisebene“ sind von 50 Intensivbetten im Landkreis Schwäbisch Hall aktuell 38 belegt (also 76%, 24% sind frei), 10 Covi-19-Patienten befinden sich auf der Intensivstation (26%), davon werden 7 invasiv beatmet.[7]

Der aktuelle 7-Tage-Inzidenzwert Landkreis Ansbach (184.591 Einwohner[8]) beträgt 119,7 (Stand: 06.05.2021).[9] Ausweislich des RKI gehen die Inzidenzen im Landkreis Ansbach nach

[5] https://publish.cmcitymedia.de/data/news/1940-1620316365-6.pdf (abgerufen am 06.05.2020).

[6] https://www.lrasha.de/index.php?id=1007&publish%5Bid%5D=1212280&publish%5Bstart%5D=

[7] Dashboard DIVI-Intensivregister Germany (arcgis.com) (abgerufen am 06.05.2020).

[8] https://www.statistik.bayern.de/mam/produkte/veroffentlichungen/statistische_berichte/a1200c_201944.xla (abgerufen am 07.05.2021).

[9] https://www.landkreis-ansbach.de/Quicknavigation/Startseite/index.php?object=tx,2238.3943.1&NavID=2150.1 (abgerufen am 07.05.2021).

einem „Zwischenhoch“ am 22.04.2021 von 232 kontinuierlich zurück.[10] Laut Divi-Intensivregister sind im Landkreis Ansbach derzeit 32% der Intensivbetten frei. Von 35 Intensivbetten sind insgesamt 22 belegt, davon 4 mit Covid-19-Patienten; 2 von Ihnen werden beatmet.[11]

B.
Die Rechtslage, Rechtsanwendung und faktische Wirkungen vor und nach der Neuregelung des § 28b IfSG ab dem 23.04.2021

I. Regelungen vor dem 23.04.2021: § 28a IfSG und Landesrecht

§ 28a IfSG gibt den Ländern spezielle Befugnisse, der Gefahr durch das SARS-Cov-2 Virus zu durch Verordnungen auf Landeseben zu begegnen.

1. Verordnungslage von 12. April 2021 bis 18. April 2021

Von 12. April 2021 bis 18. April 2021 galt in Baden-Württemberg die Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 vom 27. März 2021,[12] mit den Änderungen der „Erste Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung“[13] vom 8. April. Nach deren § 14b Abs. 1 war der Unterrichtsbetrieb in Präsenz, mit gewissen Ausnahmen für Abschlussklassen, Leistungsfeststellungen oder Prüfungen und ähnliches (§ 14b Abs. 2 bis 11) untersagt.

2. Verordnungslage von 19. April 2021 bis 23. April 2021

In der Zeit von 19. April 2021 bis 23. April 2021 änderte sich diese Verordnungslage mit Inkrafttreten der „Zweite Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung“[14] am 19. April 2021. In dieser Fassung waren nach § 14b Abs. 14 S. 1 Präsenzunterricht und Präsenzlernangebote grundsätzlich untersagt, wenn das zuständige Gesundheitsamt in einem Land- oder Stadtkreis eine seit drei Tagen in Folge bestehende Sieben-Tages-Inzidenz

[10] https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Fallzahlen_Kum_Tab.html (abgerufen am 07.05.2021).

[11] https://experience.arcgis.com/experience/3a132983ad3c4ab8a28704e9addefaba (abgerufen am 07.05.2020).

[12] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210327_7.CoronaVO.pdf.

[13] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210408_Erste_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf.

[14] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210417_Zweite_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf.

von mehr als 200 Neuinfektionen mit dem Coronavirus je 100.000 Einwohner festgestellt und ortsüblich bekannt gemacht hat. § 14b Abs. 14 S. 4 sah die Aufhebung des Präsenzunterrichtsverbots für den Tag vor, der auf den Tag folgt, an dem das zuständige Gesundheitsamt in einem Land-oder Stadtkreis ein seit fünf Tagen in Folge bestehendes Unterschreiten der Sieben-Tage-Inzidenz von 200 Neuinfektionen mit dem Coronavirus je 100.000 Einwohner festgestellt und ortsüblich bekannt gemacht hat.

II. Gesetzeslage seit 23.04.2021: § 28b IfSG in der Fassung des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage

1. Gesetzeswortlaut

Am 23.04.2021 sind folgende Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in Kraft getreten (BGBl. I S. 802 ff.), wobei die Bestimmungen, gegen die sich die Verfassungsbeschwerde unmittelbar richtet, fett hervorgehoben sind:

> § 28b IfSG
>
> [Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen, Verordnungsermächtigung][15]
>
> (1) Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:
>
> [...]
>
> (2) Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt.
>
> (3) Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet werden. Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende

[15] Gemäß Art. 1 Nr. 2 Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. April 2021, BGBl. 2021 I S. 802.

Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. **Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt.** Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. **Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend**.

(4) Versammlungen im Sinne des Artikels 8 des Grundgesetzes sowie Zusammenkünfte, die der Religionsausübung im Sinne des Artikels 4 des Grundgesetzes dienen, unterfallen nicht den Beschränkungen nach Absatz 1.

(5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt.

(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen:

1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19),

2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten.

Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat.

(7) Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.

(8) Das Land Berlin und die Freie und Hansestadt Hamburg gelten als kreisfreie Städte im Sinne dieser Vorschrift.

(9) Anerkannte Tests im Sinne dieser Vorschrift sind In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind. Soweit nach dieser Vorschrift das Tragen einer Atemschutzmaske oder einer medizinischen Gesichtsmaske vorgesehen ist, sind hiervon folgende Personen ausgenommen:

1. Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben,

2. Personen, die ärztlich bescheinigt aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske tragen können und

3. gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen.

(10) Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. Dies gilt auch für Rechtsverordnungen nach Absatz 6.

(11) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden eingeschränkt und können auch durch Rechtsverordnungen nach Absatz 6 eingeschränkt werden.

2. Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen, die Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind – § 28b Abs. 3. Satz 3 IfSG - Präsenzunterrichtsverbot

Die Bestimmung ordnet an, dass wenn „in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165“ überschreitet, „ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt“ ist. Die Vorschrift des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG lässt sich in Tatbestand und Rechtsfolge aufteilen.

a) Tatbestand: Schwellenwertüberschreitung von 165 der Sieben-Tage-Inzidenz

Das zentrale Kriterium des Tatbestands, an welches die Rechtsfolge anknüpft ist die Schwellenwertüberschreitung von 165 der Sieben-Tage-Inzidenz in einem Landkreis oder in einer kreisfreien Stadt.

Die Regelung macht Vorgaben für die Berechnung des Inzidenzwerts sowohl in zeitlicher als auch in örtlicher Hinsicht.

In zeitlicher Hinsicht wird bestimmt, dass es sich um die Sieben-Tage-Inzidenz handeln muss. Hierdurch sollen Verzerrungen verhindert werden, die sich ergäben, würde man die Inzidenz über weniger Tage erfassen, da über Sieben Tage die durch die Wochenenden bestehenden Unregelmäßigkeiten statistisch eingeebnet werden. Durch die Vorgabe, dass es sich um die Sieben-Tage-Inzidenz handeln muss, soll eine bessere Vergleichbarkeit der über den Zeitverlauf dynamischen Werte innerhalb desselben Gebietes erreicht werden.

In örtlicher Hinsicht wird die Inzidenzwertermittlung auf den geografischen Bereich der Landkreise und kreisfreien Städte festgelegt.

b) Rechtsfolge: Untersagung von Präsenzunterricht

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, ordnet die Vorschrift die Untersagung der Durchführung von Präsenzunterricht an.

aa) Bedeutung des Präsenzunterrichts

Tritt die Rechtsfolge des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG ein, ist die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. Die Relevanz dieser Untersagung ergibt sich insbesondere dadurch, dass das Abhalten von Präsenzunterricht dem Hauptzweck von Schulen - dem Lernen - dient. So ist die Schule als einem Ort an dem Lehrer unterrichten und Schüler lernen, in grundsätzlicher Weise davon abhängig, dass Präsenzunterricht stattfinden kann. Fehlt es an der gemeinsamen Präsenz von Lehrern und Schülern am Schulort, kann Schule diese Funktion nicht mehr erfüllen. Als Alternative bleibt die Möglichkeit, unter dem Verlust der Präsenzbegegnung Distanzunterricht durchzuführen, wobei die gleichzeitige Anwesenheit an einem Ort wegfällt.

Die gesetzliche Neuregelung sieht die Möglichkeit von Ausnahmen vor. Nach § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG können die nach Landesrecht zuständigen Behörden Abschlussklassen und Förderschulen von der Untersagung nach Satz 3 ausnehmen. Bemerkenswerter Weise finden diese Ausnahmen also nicht auf derselben Regelungsebene statt, sondern stehen sowohl was die Handlungsform, sowie das ob und das wie der Ausnahmeregelung anbelangt im Ermessen der Landesbehörden. Ob, auf welche Weise und wie solche Ausnahmeregelungen bestehen, liegt nach dem Regelungskonzept des Bundesgesetzgebers in der Verantwortung der Länder. Eine Pflicht, solche Ausnahmen zu gewähren, besteht nach der konkreten Regelung ebenso wenig, wie, dass sich aus der Regelung ein unmittelbarer Anspruch auf Ausnahmen ergibt.

bb) Unmittelbarer Eintritt der Rechtsfolge

Dem Wortlaut nach tritt die Rechtsfolge unmittelbar mit der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen ein („ist [..] untersagt“). Ein Vollzugsakt für die Untersagung ist weder vorgesehen noch erforderlich. Das Verbot gilt kraft Gesetzesbefehls.

Dieser fundamentale Mangel ist nicht etwa dadurch behoben worden, dass der Gesundheitsausschuss noch eine Bekanntmachungsvorschrift in den Absatz 1 (vorletzter Satz) eingefügt hat: „Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten“ und den Absatz 2 in Satz 7 durch einen Verweis hierauf

ergänzt hat. Diese Norm soll lediglich dem rechtsstaatlichen Publizitätsgebot Rechnung tragen und für Rechtssicherheit bezüglich des jeweils geltenden Rechts sorgen. Sie gibt der zuständigen Behörde keine Prüfungs- und Entscheidungszuständigkeit, sondern die Behörde ist verpflichtet, die Veröffentlichung vorzunehmen, wenn das Schwellenwert-Kriterium des Satzes 1 erfüllt ist. Einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum gibt das Gesetz der Behörde nicht.

c) Adressaten der Regelung

Adressaten des gesetzlichen Untersagungsbefehls sind dem Wortlaut nach „allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen". Landesrechtliche Anpassung an § 28b Abs. 3 IfSG

Verordnung" vom 23. April 2021 zur Änderung der „Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung –CoronaVO)" vom 27. März 2021 (zur davor bestehenden Verordnungslage vgl. oben unter B. I.). Danach sah § 14b Abs. 14 S. 2 die Untersagung von Präsenzunterricht im Falle der Geltung der Maßnahmen nach § 28b Abs. 3 IfSG vor. Diese Regelung blieb auch nach den durch die „Vierte Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung" vom 1. Mai 2021 in Kraft getretenen Anpassungen unverändert bestehen.

III. Landesrechtliche Anpassung an § 28b Abs. 3 IfSG: Verordnungslage seit 24. April 2021

Die landesrechtliche Anpassung in Baden-Württemberg an die Einführung von § 28b Abs. 3 IfSG erfolgte durch die „Dritte Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung"[16] vom 23. April 2021 zur Änderung der „Verordnung der Landesregierung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung –CoronaVO)"[17] vom 27. März 2021 (zur davor bestehenden Verordnungslage vgl. oben unter B. I.). Danach sah § 14b Abs. 14 S. 2 die Untersagung von Präsenzunterricht im Falle der Geltung der Maßnahmen nach § 28b Abs. 3 IfSG vor. Diese Regelung blieb auch

[16] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210423_Dritte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf.

[17] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210327_7.CoronaVO.pdf.

nach den durch die „Vierte Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Verordnung“[18] vom 1. Mai 2021 in Kraft getretenen Anpassungen unverändert bestehen.

IV. Zusammenhang zwischen Inzidenzwert und Überlastung intensivmedizinischer Kapazitäten

1. Ermittlung und Feststellung der 7-Tage-Inzidenz

Das Robert Koch Institut (RKI) erläutert die Erhebung der Inzidenzen wie folgt:[19]

> „In Einklang mit den internationalen Standards der WHO und des ECDC wertet das RKI alle labordiagnostischen Nachweise von SARS-CoV-2 unabhängig vom Vorhandensein oder der Ausprägung der klinischen Symptomatik als COVID-19-Fälle. Unter COVID-19-Fällen werden somit sowohl akute SARS-CoV-2-Infektionen als auch COVID-19-Erkrankungen zusammengefasst.
>
> Für die Gesamtzahl pro Bundesland/Landkreis werden die den Gesundheitsämtern nach Infektionsschutzgesetz gemeldeten Fälle verwendet, die dem RKI bis zum jeweiligen Tag um 0 Uhr übermittelt wurden.
>
> Für die Darstellung der neuübermittelten Fälle pro Tag wird das Meldedatum verwendet – das Datum, an dem das lokale Gesundheitsamt Kenntnis über den Fall erlangt und ihn elektronisch erfasst hat.
>
> Zwischen der Meldung durch die Ärzte und Labore an das Gesundheitsamt und der Übermittlung der Fälle an die zuständigen Landesbehörden und das RKI können einige Tage vergehen (Melde- und Übermittlungsverzug). Jeden Tag werden dem RKI neue Fälle übermittelt, die am gleichen Tag oder bereits an früheren Tagen an das Gesundheitsamt gemeldet worden sind. Diese Fälle werden in der Grafik Neue COVID-19-Fälle/Tag dann bei dem jeweiligen Datum ergänzt.
>
> Der genaue Infektionszeitpunkt der gemeldeten Fälle kann in aller Regel nicht ermittelt werden. Das Meldedatum an das Gesundheitsamt spiegelt daher am besten den Zeitpunkt der Feststellung der Infektion (Diagnosedatum) und damit das aktuelle Infektionsgeschehen wider. Durch den Meldeverzug sind die Daten die letzten Tage in der Grafik noch unvollständig und füllen sich mit den in den kommenden Tagen nachfolgend übermittelten Daten auf. **Aus dem Verlauf der übermittelten Daten allein lässt sich daher kein Trend zu den aktuell erfolgten Neuinfektionen ablesen.**
>
> Das Erkrankungsdatum ist der Tag, an dem der Patient nach eigener Angabe bzw. nach Angabe des behandelnden Arztes mit klinischen Symptomen erkrankt ist. Das Erkrankungsdatum kann wegen der sehr zeitigen Labortests auch nach dem Meldedatum liegen. Liegt dem Gesundheitsamt das Erkrankungsdatum nicht vor, so wird alternativ das Meldedatum genutzt. (…)“
>
> [Hervorhebung durch die Unterzeichner]

[18] Abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/210501_Vierte_VO_der_LReg_zur_Aenderung_der_CoronaVO.pdf.

[19] Siehe das sog. „Dashobaord“ des Robert Koch-Institut: COVID-19-Dashboard Auswertungen basierend auf den aus den Gesundheitsämtern gemäß IfSG übermittelten Meldedaten https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c454480e823b17327b2bf1d4 (abgerufen am 26.04.2021).

Auf der Website des RKI wird erläutert:

„Hinweise zur Erfassung und Veröffentlichung von COVID-19-Fallzahlen

In Einklang mit den internationalen Standards der WHO wertet das RKI alle labordiagnostischen Nachweise von SARS-CoV-2 unabhängig vom Vorhandensein oder der Ausprägung der klinischen Symptomatik als COVID-19-Fälle. In den folgenden Darstellungen sind unter „COVID-19-Fälle“ somit sowohl akute SARS-CoV-2-Infektionen als auch COVID-19-Erkrankungen zusammengefasst.

Es werden die bundesweit einheitlich erfassten und an das Robert Koch-Institut (RKI) übermittelten Daten zu bestätigten COVID-19-Fällen dargestellt. COVID-19-Verdachtsfälle und - Erkrankungen sowie Nachweise von SARS-CoV-2 werden gemäß Infektionsschutzgesetz an das zuständige Gesundheitsamt gemeldet. Die Gesundheitsämter ermitteln ggf. zusätzliche Informationen, bewerten den Fall und leiten die notwendigen Infektionsschutzmaßnahmen ein.

Die Daten werden gemäß Infektionsschutzgesetz spätestens am nächsten Arbeitstag vom Gesundheitsamt elektronisch an die zuständige Landesbehörde und von dort an das RKI übermittelt. In der aktuellen Lage übermitteln die meisten Ämter sogar täglich. Am RKI werden sie mittels weitgehend automatisierter Algorithmen validiert.

Es werden nur Fälle veröffentlicht, bei denen eine labordiagnostische Bestätigung (unabhängig vom klinischen Bild) vorliegt. Die Daten werden am RKI einmal täglich jeweils um 0:00 Uhr aktualisiert. Durch die Dateneingabe und Datenübermittlung entsteht von dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens des Falls bis zur Veröffentlichung durch das RKI ein Zeitverzug, sodass es Abweichungen hinsichtlich der Fallzahlen zu anderen Quellen geben kann.

In der aktuellen Krise werden die Daten des infektionsepidemiologischen Meldewesens zu COVID-19 mit einem möglichst geringen Zeitverzug publiziert. Dies trägt der sehr hohen Dynamik der Lage Rechnung. Allerdings werden hierdurch zuweilen auch Daten vor Qualitätskontrollen und Validierungen veröffentlicht. **Durch weitere Ermittlungen der Gesundheitsämter und Plausibilitätsprüfungen kann es zu Nachträgen oder Korrekturen kommen, was vereinzelt zu Abweichungen gegenüber den zuvor berichteten Daten führt. Auch Abweichungen nach unten sind möglich, etwa, wenn ein Fall nach der Ermittlung des Wohnortes einem anderen Gesundheitsamt zugewiesen wird. Dies ist Ausdruck der kontinuierlichen Qualitätssicherung durch die zuständigen Behörden.**

Für eine detailliertere Analyse der der COVID-19-Fälle siehe bitte den täglichen Lagebericht des RKI, für detaillierte Zahlen nach Landkreis bitte das Dashboard (https://corona.rki.de).

Stand: 04.09.2020“[20]

Unter den Antworten auf häufig gestellte Fragen veröffentlich das RKI auf seine Website folgende Informationen:

„Welchen Zusammenhang gibt es generell zwischen erhöhten Testzahlen und erhöhten Fallzahlen?

(…) Die Anzahl der nachgewiesenen SARS-CoV-2 Infektionen hängt generell vom Vorkommen dieser Infektionen in der Bevölkerung, der Teststrategie und der Anzahl der durchgeführten Tests ab. Die Testkriterien werden an die jeweilige epidemiologische Lage angepasst (siehe Nationale Teststrategie und Flussschema).

Eine Ausweitung der Testindikationen (z.B. für Reiserückkehrer) oder eine Erhöhung der Zahl durchgeführter Tests (z.B. im Rahmen von Ausbrüchen oder Studien) kann zu einem Anstieg der

[20] https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html (abgerufen am 26.04.2021).

> Fallzahlen führen, da zuvor unentdeckte Infizierte (auch ohne oder mit nur sehr milden Symptomen) erkannt werden. Das heißt aber nicht, dass umgekehrt die beobachteten steigenden Fallzahlen nur mit dem vermehrten Testaufkommen zu erklären wären, geschweige denn mit einem vermeintlich hohen Anteil an falsch-positiven Ergebnissen der PCR-Testung (für weitere Informationen siehe „Welche Rolle spielen falsch-positive Testergebnisse?“).“[21]

Zu der seit März laufenden „Nationalen Teststrategie“ schreibt das RKI auf seiner Website:

> „Präventive Testungen bei asymptomatischen Personen in weiteren Lebensbereichen
>
> Vor dem Hintergrund gestiegener Antigentestkapazitäten und im Sinne eines niedrigschwelligen breiten Testangebots mit dem Ziel, möglichst früh auch asymptomatische Infektionen zu erkennen, wurde die Teststrategie im März 2021um präventive Testungen in weiteren Lebensbereichen erweitert.“[22]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Inzidenzzahlen nach den eigenen Angaben des RKI von zahlreichen Faktoren abhängig sind, die in keinem Zusammenhang mit der tatsächlichen Ausbreitung des Coronavirus stehen.

Hinzu kommt die Zeitspanne zwischen Infektion, Test, Meldung an das Gesundheitsamt, Weitermeldung an das Landesgesundheitsamt und schließlich die Übermittlung an das RKI bis zu dessen Bekanntgabe.[23]

2. PCR-Test und dessen Aussagegehalt

Ein positives PCR-Ergebnis ist kein hinreichender Nachweis dafür, dass eine Person infektiös ist, also andere Menschen mit dem Coronavirus anstecken kann. Es liefert auch keinen hinreichenden Nachweis, dass bei einer Person eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 i.S.d. § 2 Nr. 2 IfSG vorliegt. Danach bedeutet eine Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.

Bezogen auf die Nachweisbarkeit des Viruserbguts noch viele Wochen nach Symptombeginn hat das RKI bereits in seinem 39. Bulletin von 24.09.2020 auf Seite 5 am Ende ausgeführt:

> „Im Gegensatz zu replikationsfähigem Virus ist die RNA von SARS-CoV-2 bei vielen Patienten noch Wochen nach Symptombeginn mittels PCR-Untersuchung nachweisbar. Dass diese positiven PCR-Ergebnisse bei genesenen Patienten nicht mit Ansteckungsfähigkeit gleichzusetzen ist,

[21] https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html, Stand 11.3.2021 (abgerufen am 26.04.2021).

[22] https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html (abgerufen am 27.04.2021)

[23] https://www.nordbayern.de/politik/meldeverzug-wie-sehr-verzerrt-er-den-inzidenzwert-1.11017599. Da die Zeit zwischen Symptombeginn einer Covid-19-Erkrankung und Hospitalisierung im Median 4 Tage beträgt, ist fraglich, ob die Inzidenzen ein zeitlich vorlaufender Indikator für eine zunehmende Belastung der Krankenhäuser sein können.

wurde in mehreren Analysen gezeigt, bei denen parallel zur PCR-Untersuchung eine Anzucht von SARS-CoV-2 in der Zellkultur durchgeführt wurde."[24]

Aufgrund der hohen Empfindlichkeit der PCR-Tests, erkennen diese Tests auch kleinste Fragmente des Erbguts des Virus. Einen Hinweis auf die Virusmenge, die das untersuchte Probenmaterial in sich trägt und damit auch einen möglichen Hinweis auf die Virenlast, die eine infizierte Person in sich trägt, liefert der sog. Zyklusschwellenwert (Ct-Wert für „cycle threshold-Wert"). Dieser gibt an, wie viele Zyklen die PCR durchlaufen muss, bis Virus-Erbgut nachwiesen wird. Dabei bedarf es umso weniger Zyklen, je größer die Virenmenge in der Probe ist. Je geringer die Virenkonzentration in der Probe ist, desto mehr Zyklen sind nötig, was sich entsprechend auch in einem höheren Ct-Wert niederschlägt.[25]

Festzuhalten bleibt danach, dass die sog. PCR-Tests zwar aller Wahrscheinlichkeit nach zuverlässig eine Infektion mit dem Virus nachweisen können. Wann diese Infektion stattgefunden hat und ob diese im Sinne der Infektions-Definition des § 2 Nr. 2 IfSG im Testzeitpunkt noch andauert, darüber gibt ein positiver PCR-Test allerdings keine gesicherte Auskunft.

Überdies liefert ein positives PCR-Testergebnis auch kein gesichertes Ergebnis über die Ansteckungsfähigkeit der getesteten Person. Dies kann dazu führen, dass – je nachdem wann und mit welchem Ergebnis der Test erfolgt – eine nachweislich infizierte Person nicht bzw. nicht mehr ansteckend ist.

Dies folgt vor allem aus dem Umstand, dass der Test aufgrund seiner Empfindlichkeit auch nicht mehr vollständig vorhandenes und damit auch nicht mehr übertragbares Virus-Material „findet" und als positiv ausweist und daher von diesem positiven Ergebnis nicht gleichsam automatisch auf eine Infektiosität geschlossen werden kann.

So wird ein Ct-Wert, der größer als 30 ist, der also daher rührt, dass Virusbestandteile erst nach 30 Zyklen nachgewiesen werden können, als Hinweis auf eine niedrige Viruskonzentration gedeutet.[26]

---

[24] https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/39_20.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 14.01.2021)

[25] Vgl. auch „WHO guidance Diagnostic testing for SARS-CoV-2 states that careful interpretation of weak positive results is needed (*1*). The cycle threshold (Ct) needed to detect virus is inversely proportional to the patient's viral load. Where test results do not correspond with the clinical presentation, a new specimen should be taken and retested using the same or different NAT technology.", https://www.who.int/news/item/20-01-2021-who-information-notice-for-ivd-users-2020-05.

[26] T Jefferson, E A Spencer, J Brassey, C Heneghan, Viral cultures for COVID-19 infectious potential assessment – a systematic review, https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciaa1764/6018217

Allerdings wird in vielen Laboren in Deutschland die Analyse von PCR-Tests erst bei einem Ct-Wert von deutlich über 30 gestoppt, wie Recherchen von NDR, WDR sowie der Süddeutschen Zeitung gezeigt haben.[27]

Vor dem Hintergrund, dass der PCR-Test nicht differenziert angewandt wird, sondern auch sehr hohe Ct-Werte als positive Fälle gezählt werden, mutmaßt ein Ende August 2020 in der New York Times veröffentlichter Artikel, dass in einem Teil der USA zwischen 85 und 90% der als positiv gewerteten Testergebnisse mit einem Ct-Wert von 40 nicht als positiv gelten sollten, da bei diesen der Ct-Wert über 30 betragen habe und damit die nachgewiesene Virusmenge zu gering für eine Infektiosität der getesteten Person gewesen sei.[28]

Der Charité-Virologe Christian Drosten hat bereits im September 2020 im NDR-Podcast „Coronavirus-Update" empfohlen, dass Labore künftig zusammen mit dem Testergebnis auch Labordaten wie den Ct-Wert an die Gesundheitsämter übermitteln sollten. Denn je weniger Zyklen der PCR gebraucht werden, um Gensequenzen des Virus zu finden, desto stärker sei das Indiz für eine höhere Viruslast und damit auch die Infektionsgefahr, die von der getesteten Person ausgehe.

Die Bayerische Landesärztekammer hat bereits im Oktober 2020 die Bayerische Staatsregierung aufgefordert, Anstrengungen zu unternehmen, die millionenfach durchgeführten RT-PCR-Tests auf SARS-CoV-2 mit Aussagekraft zur tatsächlichen Infektiosität eines Trägers des Coronavirus auszustatten.[29]

Die Österreichische Gesellschaft für Infektionskrankheiten und Tropenmedizin (ÖGIT) hat am 04.10.2020 zur SARS-CoV-2 Testung wie u.a. folgt Stellung genommen:

> „Ein positiver SARS-CoV-2 PCR Befund bei einer symptomfreien Person stellt noch keine Infektionsdiagnose dar und sagt nichts über die Infektiosität der getesteten Person aus (Überbleibsel „viral debris" einer abgelaufenen Infektion). Zudem ist bei einer Stichprobe, die fast nur aus gesunden Personen besteht, die Wahrscheinlichkeit für falsche Testergebnisse sehr hoch."[30]

Dies entspricht auch einer gemeinsamen Stellungnahme der Leiter der Berliner Gesundheitsämter.[31]

---

[27] Süddeutschen Zeitung v. 7.10.2020, https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-test-ct-wert-umfrage-gesundheitsaemter-1.5057646.

[28] Artikel in der NYT v. 29.08.2020 https://www.nytimes.com/2020/08/29/health/coronavirus-testing.html

[29] Pressemitteilung vom 10.10.20201, https://www.blaek.de/meta/presse/presseinformationen/presseinformationen-2020/aussagekraft-von-pcr-tests-auf-sars-cov-2-erhoehen

[30] https://oegit.eu/2020/10/05/stellungnahme-der-oesterreichischen-gesellschaft-fuer-infektionskrankheiten-und-tropenmedizin-oegit-zur-sars-cov-2-testung/

[31] „Gesundheitsämter und COVID-19: Maßgeschneiderte Eindämmungsinterventionen", abrufbar unter

3. Fehlende Validierung und Standardisierung der PCR-Tests

Prof. Dr. Werner Bergholz führte in seiner Stellungnahme gegenüber dem Gesundheitsausschuss des Bundestages vom 30.10.2020 aus, dass die Teststrategie in keiner Weise den Qualitätsanforderungen der Technik oder dem Stand der Wissenschaft entspricht. Das Testverfahren sei nicht wissenschaftlich validiert und standardisiert.[32]

4. Geeignetheit der 7-Tage-Inzidenz als Indikator drohender Überlastung intensivmedizinscher Kapazitäten

Im Hinblick auf die Frage, ob die Sieben-Tage-Inzidenz geeignet sei, als verlässlicher Indikator für eine drohende Belastung der Krankenhäuser zu gelten, äußerte sich einer der führenden Epidemiologen, Gérard Krause vom Helmholzzentrum für Infektiologie in Brauschweig, am 14.04.2021 gegenüber der „tagesschau“:[33]

> „Die Sieben-Tage-Inzidenz entkoppelt sich immer mehr von der eigentlichen gesundheitlichen Lage.“

Das lässt sich auch im Situationsbericht des RKI vom 27.04.2021 (S. 11, Abbildung 8) entnehmen.[34] Während die Inzidenzen seit der 7 KW steigen, sinken der Anteil der Hospitalisierten sowie der Todesfälle kontinuierlich. Der Anteil der Verstorbenen lag zwischen den MW 30 und 41 unter 1% und stieg seit der MW 36 auf max. 4,5 % in MW 53/2020 an. Dieser Anteil sinkt seit Beginn des neuen Jahres wieder deutlicher und liegt weiterhin deutlich unter 1%, wobei es weiterhin zu Nachmeldungen kommen kann, wie das RKI schreibt.

Gérard Krause führte weiter aus:

> „Das hat zwei Ursachen, die für sich sogar erwünscht sind. Erstens, es wird jetzt deutlich mehr getestet, das führt zu deutlich mehr Meldungen von Infektionen, die zuvor unerkannt geblieben wären. Soweit ist das gut, aber die Sieben-Tage-Inzidenz reflektiert nur die positiven Tests - und nicht, ob die Menschen auch erkrankt sind. Dazu kommt, dass der Wert nicht berücksichtigt, welche Bevölkerungsgruppen betroffen sind. Zweitens: Durch die Impfungen werden schwere Erkrankungen seltener, selbst dann wenn die Zahl der Infektionen nicht ganz so schnell sinkt. Man könnte beispielsweise den Inzidenzwert in die Höhe treiben, wenn man in allen Schulen täglich testen würde. Die allermeisten der so entdeckten Infektionen hät-

---

https://www.aerzteblatt.de/archiv/218566/Gesundheitsaemter-und-COVID-19-Massgeschneiderte-Eindaemmungsinterventionen.

[32] Prof. Dr. *Werner Bergholz*, Stellungnahme Bundestag – Praxistaugliche und intelligente COVID-19-Teststrategie, Ausschussdrucks. 19(14)233(4) zur öffentlichen Anhörung am 28.10.2020, https://www.bundestag.de/resource/blob/802668/28dabb19265f7b240fe2bbea253c12ba/19_14_0233-4-_ESV-Werner-Bergholz_Cov19-Teststrategie-1--data.pdf.

[33] https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/infektionsschutzgesetz-111.html

[34] https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-27-de.pdf?__blob=publicationFile

> ten keine Erkrankungen zur Folge. Die so gestiegene Inzidenz würde also die Behörden zwingen, Ausgangssperren, Schulschließungen und andere Maßnahmen zu treffen, obwohl sich die pandemische Lage gar nicht verschlechtert hätte, also gar nicht mehr Menschen als vorher überhaupt medizinisch versorgt werden müssten."

In dieselbe Richtung geht die Kritik des Epidemiologen Ralph Brinks[35] von der Universität Witten-Herdecke, des Epidemiologen Klaus Stöhr und der Virologe Detlev Krüger. Die Statistiker der Ludwig Maximilian Universität München argumentieren in ihrem „CODAG Bericht" Nr. 13 vom 16.04.2021 ähnlich.[36] Ferner halten die pädiatrischen Fachgesellschaften die 7-Tages-Inzidenz für ungeeignet:

> „Die derzeit benutzte 7-Tage-Inzidenz der gemeldeten Neuinfektionszahlen ist als Steuerungsmechanismus untauglich. Ein neuer Index muss transparent und belastbar politische Entscheidungen begründen können; in diesen Index eingehen müssen Daten der Überlastung des Gesundheitssystems mit Nennung von Zahlen zur Hospitalisierung, Intensivbettenbelegung und zu Todesfällen."[37]

Anlage VB 9 (Stellungnahme DGPI u. DKHG v. 05.02.2021)

5. Tatsächliche Belastung der intensivmedizinischen Kapazitäten

Eine großflächige Überlastung der Intensivbetten steht nicht zu befürchten, selbst wenn in einzelnen Gebieten Intensivstationen an ihre Kapazitätsgrenzen stoßen,[38] was auch bereits früher bei Grippewellen zu beobachten war. Die Helios-Klinikkette berichtet regelmäßig, dass in ihren Kliniken keine Überlastungssituation bestünde oder zu befürchten sei.[39]

Zudem war das deutsche Gesundheitssystem im vergangenen Jahr – wie ein aktueller Artikel im Deutschen Ärzteblatt belegt[40] – weit von einer Überlastung entfernt. Danach sank die Zahl der abgerechneten Behandlungsfälle um 13 % von 19,2 auf 16,8 Millionen Fälle. Die Bettenauslastung sank von 75,1 % Prozent im Jahr 2019 auf ein historisches Allzeittief von 67,3 % im Jahr 2020. In den kleinen Krankenhäusern lag die Intensivbettenauslastung bei durchschnittlich 63,6 %, in den großen Krankenhäusern bei durchschnittlich 71 %. Bezogen auf alle

---

[35] https://www.nordbayern.de/politik/inzidenzen-bis-500-darum-liegen-corona-prognosen-oft-daneben-1.10982513; siehe auch „Gesundheitsämter und COVID-19: Maßgeschneiderte Eindämmungsinterventionen", abrufbar unter
https://www.aerzteblatt.de/archiv/218566/Gesundheitsaemter-und-COVID-19-Massgeschneiderte-Eindaemmungsinterventionen

[36] https://www.covid19.statistik.uni-muenchen.de/pdfs/codag_bericht_13.pdf.

[37] https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-kinder-in-der-covid-19-pandemie-2020-02-05/.

[38] Zu einer ausgewogenen Darstellung vgl. Zeit online vom 14. April 2021, „Sind bald alle Betten belegt?", abrufbar
unter https://www.zeit.de/2021/16/intensivstationen-corona-pandemie-patienten-triage-schwerer-verlauf?
wt_zmc=sm.ext.zonaudev.twitter.ref.zeitde.share.link.x&utm_referrer=https%3A%2F%2Ft.co%2F

[39] https://www.helios-gesundheit.de/qualitaet/auslastung/

[40] https://www.aerzteblatt.de/archiv/218200/COVID-19-Pandemie-Historisch-niedrige-Bettenauslastung

vorhandenen Intensivbetten ergab sich eine durchschnittliche Belegungsquote von 3,4 Prozent beziehungsweise 3,6 Prozent durch COVID-19-Patienten.

Der Gemeinsame wissenschaftliche Beirat für die Behörden im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit hat ermitteln lassen:

> Im betrachteten Zeitraum 2020 gab es in Deutschland seit Beginn der COVID-19-Pandemie Mitte März durchgehend weniger stationäre Fälle, und zwar im Zeitraum bis Ende Mai um ca. -30% und ab dann – einschließlich des Zeitraums der zweiten Welle –um -10%. Über das Jahr gesehen beläuft sich das Minus auf 13%, d.h. ohne Berücksichtigung der ersten zehn COVID-19-freien Wochen auf ca. -16%. Da die durchschnittliche Verweildauer nur minimal stieg, sanken auch die Verweildauertage um -12%. Im Resultat sank die Bettenauslastung auf ein Allzeittiefpunkt von 67,3% (und 68,6% auf den Intensivstationen). Dies berücksichtigt bereits die Versorgung der COVID-19-Patienten1, für deren stationäre Versorgung im Jahresschnitt unter Berücksichtigung der Über-lieger 2% aller Betten und knapp 4% der Intensivbetten benötigt wurden, natürlich mit zeitlichen und geographischen Spitzen.[41]

Der Beirat kommt zu dem Ergebnis:

„Die Mitglieder des Beirats betonten, dass die Pandemie zu keinem Zeitpunkt die stationäre Versorgung an ihre Grenzen gebracht hat. Darüber hinaus haben sie die Hoffnung, dass die Expertise des Gremiums weiterhin genutzt wird, und auch im Jahr 2021 die Auswirkungen der Pandemie auf die Krankenhäuser transparent betrachtet werden.“[42]

Laut Intensivregister[43] ging seit dem 25.04.2021 die Anzahl der gemeldeten intensivmedizinisch behandelten Covid-19-Patienten von 5.106 auf 4.998 (Stand 01.05.2021) zurück; Spitzenwert war bislang am 03.01.2021 mit 5.745, wovon die Lage derzeit weit entfernt ist.

Der Gesamtzahl an belegten Intensivbetten von 20.839 stehen 2.788 freie Betten sowie eine Notfallreserve von 10.000 Betten gegenüber (Stand 01.05.2021). Allerdings hat sich die Bettenkapazität seit Anfang August 2020 kontinuierlich verringert.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Zahlen des Intensivregisters – worauf ausdrücklich dort hingewiesen wird – Mehrfachzählungen aufgrund von Verlegungen enthalten.[44] Wie das Ärzteblatt berichtete, wurde anhand von AOK-Daten bis Ende Juli 2020 analysiert, dass 10,8

---

[41] RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung Technische Universität Berlin Analysen zum Leistungsgeschehen der Krankenhäuser und zur Ausgleichspauschale in der Corona-Krise Ergebnisse für den Zeitraum Januar bis Dezember 2020 Im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit 30. April 2021, Seite 4, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Analyse_Leistungen_Ausgleichszahlungen_2020_Corona-Krise.pdf

[42] Pressemitteilung vom 30.04.2021, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/pressemitteilungen/2021/2-quartal/corona-gutachten-beirat-bmg.html

[43] https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen

[44] Ausdrücklich wird in den Tagesreporten angemerkt: „Aufgrund von Verlegungen von Patient*innen von einer ITS zur Weiterbehandlung auf eine andere ITS kann pro Patient mehr als eine Behandlunggemeldet werden (->

Prozent aller stationären COVID-19-Fälle mindestens einmal verlegt wurden. Unter den beatmeten Patienten waren es 31,9 Prozent.[45] Die Daten des Intensivregisters bieten somit einen mit erheblichen Ungewissheiten behafteten Näherungswert. Auch das Alter der Intensivpatienten wird nicht erhoben.[46] Damit fehlt die Kenntnis eines wichtigen Indikators für die gefährdeten Personengruppen und ihre Gefährdungslage.

Die Statistiker der Ludwig Maximilian Universität München haben in ihrem CODAG Bericht Nr. 14 vom 30.04.2021 eine Stabilisierung des Infektionsgeschehens seit Ende März/Anfang April 2021 in einigen Bundesländern festgestellt.

Anlage VB 10 (CODAG Bericht Nr. 14)

Die Meldeinzidenz fällt in Deutschland jetzt nach den aktuellen Zahlen des RKI deutlich, und zwar quer durch alle Altersgruppen, mit recht ähnlichen Raten um die 20% pro Woche.

Die zahlreichen Modelle und Prognosen, unter anderem von Seiten des RKI, die etwa für die 16. Kalenderwoche eine Ausschöpfung der COVID-19-spezifischen Intensivkapazitäten voraussagten, haben sich als falsch erwiesen.[47]

Ausweislich der Angaben des Landratsamtes Schwäbisch Hall sind aktuell im Landkreis 627 Menschen mit dem Coronavirus infiziert. In den letzten 7 Tagen gab es im Landkreis Schwäbisch Hall 361 Neuinfektionen. 7-Tage-Inzidenz pro 100 000 Einwohner 183,5. Im Klinikum Crailsheim befinden sich aktuell 6 positive Covid-19-Fälle auf den Stationen sowie 1 Verdachtsfall. Im Intensivbereich befinden sich momentan 2 positive Fälle. Im Diakoneo Diak Klinikum befinden sich aktuell 14 positive Fälle sowie 6 Verdachtsfälle auf den Stationen. Im Intensivbereich sind 7 Covidpatienten.[48]

Mehrfachzählung möglich)“, siehe etwa: https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-Intensivregister_Tagesreport_2021_04_30.pdf

[45] Abrufbar unter: https://www.aerzteblatt.de/archiv/218200/COVID-19-Pandemie-Historisch-niedrige-Bettenauslastung

[46] https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/123402/Regierung-hat-keine-Kenntnis-vom-Alter-der-Coronapatienten-auf-Intensivstationen

[47] Vgl. zu den Modellen etwa Wiarda, „Die Datenerhebungskatastrophe“, abrufbar unter: https://www.jmwiarda.de/2021/04/28/die-datenerhebungskatastrophe/; Dirnagl, „Bis der Elefant mit dem Rüssel wackelt! (04.05.2021) Modellierungen sind derzeit sehr gefragt, obwohl deren Vorhersagen oftmals sehr zu wünschen übrig lassen – denn sie basieren auf bloßen Annahmen.“, abrufbar unter. https://laborjournal.de/editorials/2241.php. Von den Gerichten wurden solche Modelle jedoch bislang ohne weiteres zugrunde gelegt, vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 12.04.2021 - 20 NE 21.926.

[48] https://www.lrasha.de/index.php?id=1007&publish%5Bid%5D=1212280&publish%5Bstart%5D= (abgerufen am 06.05.2021).

Ausweislich des „Dashboard DIVI-Intensivregister auf Landkreisebene“ sind von 50 Intensivbetten im Landkreis Schwäbisch Hall aktuell 38 belegt (76%, 24% sind frei), 10 Covi-19-Patineten befinden sich auf der Intensivstation (26%), davon werden 7 invasiv beatmet.[49]

Laut Divi-Intensivregister sind im benachbarten Landkreis Ansbach in Bayern derzeit 32% der Intensivbetten frei. Von 35 Intensivbetten sind insgesamt 22 belegt, davon 4 mit Covid-19-Patienten; 2 von Ihnen werden beatmet.[50]

V. Bisherige und durch die Neureglung zu erwartende Beeinträchtigungen

Die bundesgesetzliche Neuregelung zur Untersagung von Präsenzunterricht ab der Schwellenwertüberschreitung der Sieben-Tage-Inzidenz von 165 führt zu irreversiblen Folgen für die Entwicklungs- und Bildungsbiografien vieler Kinder, die in Deutschland zur Schule gehen und mindert im konkreten die Bildungs- und Entwicklungsmöglichkeiten des Bf. zu 2. Überdies lässt sowohl der in § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG geregelte Schul-Lockdown als auch die Zusammenschau mit den bereits erfolgten temporären Verboten von Präsenzunterricht erhebliche und nicht wiedergutzumachende gesundheitliche Folgen für die Kinder und Jugendlichen insgesamt aber auch für den Bf. zu 2. im Einzelnen befürchten. Insgesamt führen die auf § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG beruhenden Präsenzunterrichtsverbote dazu, dass sich die negativen Effekte auf die Kinder und Jugendlichen durch das bereits seit über einem Jahr im Ausnahmezustand befindlichen Unterrichtsgeschehen verstärken und zu unwiederbringlichen Nachteilen bei Schülerinnen und Schülern führen.

Da der erste Lockdown mit Schulschließung schon über ein Jahr vergangen ist, gibt es bereits aussagekräftige Erhebungen, die zeigen, dass negative Auswirkungen dieser Maßnahmen auf die Gesundheit und Entwicklung der Kinder nicht nur als derzeit nicht vorherzusehende Langzeitfolgen oder noch bevorstehende Einbußen anzusehen sind, sondern bereits gravierende Nachteile sowohl für viele einzelne Kinder aber auch im gesamtgesellschaftlichen Sinne eingetreten sind.

[49] Dashboard DIVI-Intensivregister Germany (arcgis.com) (abgerufen am 06.05.2020).

[50] https://experience.arcgis.com/experience/3a132983ad3c4ab8a28704e9addefaba (abgerufen am 07.05.2020).

1. Feststellbare Beeinträchtigungen für Kinder insgesamt

Besonders bedeutsam für die Frage, welche Beeinträchtigungen Kinder und Jugendliche durch die Corona-Maßnahmen in Deutschland erfahren, ist die repräsentative Studie „Corona und Psyche“, die sog. COPSY-Studie.[51]

Anlage VB 11 (Bundesgesundheitsblatt – Ergebnisse der COPSY-Studie)

Hierbei handelt es sich um eine der wenigen internationalen Längsschnittstudien zur Psyche von Kindern in der Pandemie. Die Ergebnisse der Studie wertet die Studienleiterin, Prof. Ravens-Sieberer als „Ausdruck der Erschöpfung durch die langanhaltenden Belastungen“.[52] Während sich der Studie zufolge nach der ersten Befragung (Frühjahr 2020) 71 Prozent der Kinder und Jugendlichen seelisch belastet fühlten, waren es zu Beginn des Jahres 2021 85 Prozent.

Insbesondere ergibt sich nach der Studie eine Zunahme bei den Ängsten und depressiven Verstimmungen. Vor der Corona-Pandemie war weniger als jedes sechste Kind von entsprechenden Anzeichen betroffen. In der ersten Welle wies dann ein Viertel der Kinder Anzeichen solcher Belastungen auf, während die zweite Befragung nach Mitte Januar 2021 ergab, dass nun bereits ein Drittel aller befragten Kinder Anzeichen solcher Belastungen zeigte.

Der Studie zufolge fürchten viele Kinder, in der Schule nicht mehr mitzukommen oder ihre Freunde zu verlieren, nicht mehr gemocht zu werden oder schlechtere Leistungen als ihre Mitschüler zu erbringen.

In Bezug auf psychische Auffälligkeiten ergab die Studie ein Anstieg der Prävalenz von 17,6 Prozent zur Zeit vor der Pandemie auf 30,4% während der Pandemie.[53] Damit wurden während der Pandemie für fast jedes dritte Kind psychische Auffälligkeiten berichtet, während vor der Pandemie etwa jedes fünfte Kind betroffen war.

---

[51] Ravens-Sieberer u.a., Zusammenfassung im Bundesgesundheitsblatt, online Veröffentlichung vom 01.03.2021; abrufbar unter https://doi.org/10.1007/s00103-021-03291-3, zuletzt abgerufen am 27.04.2021.

[52] Interview auf ZEIT-ONLINE von 10.02.2021 abrufbar unter: https://www.zeit.de/hamburg/2021-02/homeschooling-kinder-schule-lockdown-coronavirus-ulrike-ravens-sieberer; zuletzt abgerufen am 27.04.2021.

[53] Ravens-Sieberer u.a., Bundesgesundheitsblatt, online Veröffentlichung vom 01.03.2021; abrufbar unter https://doi.org/10.1007/s00103-021-03291-3, zuletzt abgerufen am 27.04.2021.

Die Studienleiterin, Prof. Ravens-Sieberer, berichtete im Interview mit ZEIT-ONLINE, sie hätte erwartet, dass sich die Kinder und Jugendlichen nach der ersten Befragung im Frühjahr 2020 besser an die außergewöhnlichen Umstände gewöhnen würden, die Studie aber nun das Gegenteil, nämlich einen nochmaligen Anstieg der Belastungen zeigte.[54]

Die Studie zeigt, dass 20 Prozent der Kinder besonders stark betroffen sind, in finanziell schwachen Familien aufwachsen, mitunter aus Familien mit Migrationshintergrund kommen und in kleinen Wohnungen lebten. Bei diesem Teil der Kinder seien depressive Verstimmungen dreimal häufiger aufgetreten als bei anderen Kindern und Anzeichen für Sorgen und Ängstlichkeit doppelt so häufig.[55]

Auch im Hinblick auf den Bedarf psychotherapeutischer Behandlung ergab sich im Jahr 2020 eine erhöhte Nachfrage bei Kindern und Jugendlichen. Bei der Vorstellung des Barmer Arztreports 2021 gab der Vorstandsvorsitzende der Barmer, Prof. Dr. Christoph Straub, bekannt, dass sich die Zahl der Jugendlichen, die in 2020 erstmalig eine Therapie oder eine psychiatrische oder psychotherapeutische Akutbehandlung benötigten im Vergleich zu 2019 um sechs Prozent erhöht habe, was einem Zuwachs um 44.000 betroffener Jugendlicher entspreche.[56] Dabei betrifft diese Zahl alleine die Anträge, die bei der Barmer-Ersatzkasse eingegangen sind und nicht diejenigen anderer Krankenkassen.

Dem Redaktionsnetzwerk Deutschland gegenüber gab der Präsident des Deutschen Kinderschutzbundes, der mit 50.000 Mitgliedern größten Kinderschutzorganisation in Deutschland, an, dass sich die Telefonanrufe bei der Verbandshotline „Nummer gegen Kummer“ wegen Suizidgedanken im Jahr 2020 um 700 gegenüber dem Vorjahr gesteigert hätten.[57] Das sind bezogen auf das Thema Suizid im Durchschnitt zwei Anrufe pro Tag mehr, als im Vorjahreszeitraum.

Der Deutsche Städtetag fordert aktuell:

> „Wir müssen jetzt die Kinder und Jugendlichen unterstützen, die Hilfe brauchen. Es geht nicht nur darum, Lernrückstände aufzuholen. Wir müssen es schaffen, für Viele den Weg zurück in

[54] Beitrag von 10.02.2021 abrufbar unter: https://www.zeit.de/hamburg/2021-02/homeschooling-kinder-schule-lockdown-coronavirus-ulrike-ravens-sieberer; zuletzt abgerufen am 27.04.2021.

[55] Ebd.

[56] Abrufbar unter: https://www.barmer.de/presse/infothek/studien-und-reports/arztreporte/psychotherapie-bei-kindern-282898.

[57] Mitteilung vom 12.03.2021, abrufbar unter https://www.rnd.de/familie/generation-corona-kinderschutzbund-fordert-mehr-unterstutzung-fur-kinder-und-jugendliche-in-der-pandemie-XRPSHI22SLZSULBHT-ZXJAUNGX4.html.

ein unbeschwertes Aufwachsen zu ebnen. Da geht es um Bildungschancen genauso wie um eine gesunde körperliche und seelische Entwicklung."[58]

2. Feststellbare Beeinträchtigungen durch Präsenzunterrichtsverbote im Speziellen

Ganz generell setzen Distanzunterricht und Homeschooling in drei wesentlichen Bereichen die Funktion des Präsenzunterrichts in der Schule außer Kraft.[59] Zu diesen Bereichen gehört die Strukturierung des Lernens im Alltag, der das Lernen unterstützende und die gesellschaftliche Teilhabe einübende soziale Austausch mit Gleichaltrigen und Lehrkräften sowie die professionelle Rückmeldung auf Lernfortschritte.

Betroffen von der Untersagung des Präsenzunterrichts sind schwerpunktmäßig die Bildungsziele der Vermittlung von Wissen und Fertigkeiten, der Förderung der Persönlichkeitsentwicklung und der Förderung der sozialen Kompetenz. Die Schule gilt weiterhin als zentraler Ort der Begegnung unterschiedlicher Kulturen, verbunden mit dem Ziel, die Entwicklung tragfähiger gemeinsamer Orientierungen trotz individueller Verschiedenheiten zu entwickeln. Diese Integrationsfunktion wird durch Präsenzverbote ebenfalls beeinträchtigt. Schließlich hat die Schule noch eine Schutzfunktion hinsichtlich in Elternhäuser auftretenden Problemen wie beispielsweise häusliche Gewalt, welche durch die Untersagung von Präsenzunterricht ebenfalls beeinträchtigt wird.

In Bezug auf die Entwicklung von Kindern ist die Schließung der Schulen in Kombination mit den außerschulischen Kontakteinschränkungen mit negativen Auswirkungen auf den Aufbau und die Aufrechterhaltung von sozialen Beziehungen verbunden. Aufgrund des Wegfalls des schulischen Sportunterrichts, der durch den Distanzunterricht bedingten deutlich längeren Bildschirmarbeitszeiten und des Wegfalls des Schulessens können sich schließlich auch negative Auswirkungen auf die körperliche Gesundheit ergeben.

a) Beeinträchtigung des Erwerbs von Wissen und Fertigkeiten

Die Durchführung von Distanzunterricht und/oder Homeschooling anstelle von Präsenzunterricht führt zu einem Rückgang der Lernleistung bei Schülerinnen und Schülern. Das Lernen zu Hause erfolgt für viele Schülerinnen und Schüler weniger effektiv.

---

[58] https://www.staedtetag.de/presse/pressemeldungen/2021/corona-lockdown-sorge-um-kinder-jugendliche.

[59] Dritte Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus-Pandemie – Die Krise nachhaltig überwinden, Leopoldina, Nationale Akademie der Wissenschaften, von 13.04.2020, Seite 13; abrufbar unter https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2020_04_13_Coronavirus-Pandemie-Die_Krise_nachhaltig_%C3%BCberwinden_final.pdf.

aa) Reduzierung der Lernzeit

Ausschlaggebend für das Lernen und den Wissenserwerb ist zum einen die aufgewendete Lernzeit. Hier zeigen Studien, dass sich die Lernzeit im Distanzunterricht im Vergleich zum Präsenzunterricht deutlich verkürzt hat. So lauten die Ergebnisse einer aktuellen Überblicksstudie zu den verschiedenen Umfragen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz[60]:

> „Der Anteil an Schüler*innen, die weniger als 2 h pro Tag für das Lernen aufwenden, variiert je nach Befragung zwischen rund einem Fünftel und etwas mehr als der Hälfte der Schüler*innen."

Wie eine aktuelle für Deutschland repräsentative Umfrage an über 2.000 Eltern zeigt, hat sich das auch ein knappes Jahr nach den ersten Schulschließungen nicht wesentlich verändert. Das Ergebnis lautet:

> „Im Durchschnitt haben die Schulkinder 4,3 Stunden pro Tag mit schulischen Tätigkeiten verbracht. Das ist eine knappe Dreiviertelstunde mehr als während der ersten Schulschließungen im Frühjahr 2020, aber immer noch drei Stunden weniger als an einem üblichen Schultag vor Corona. Fast jedes vierte Kind (23%) hat sich nicht mehr als zwei Stunden am Tag mit Schule beschäftigt."[61]

Anlage VB 12 (ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?)

bb) Reduzierung der Lernqualität

Der Erfolg des Lernens hängt zudem von den eingesetzten Lernmethoden ab. Durch Distanzunterricht kann bei entsprechenden didaktischen Fähigkeiten auf Seiten der Lehrkraft und vorhandenen technischer Ausstattung zwar Lernen angeregt werden. Allerdings kann mittels Distanzunterricht niemals die im Präsenzunterricht mögliche Lernintensität erreicht werden. Insbesondere ein über das bloße repetitive Abarbeiten von Lernaufgaben hinausgehender Wissenserwerb – welcher als eine der aktuell zentralen Schlüsselqualifikationen anzusehen ist – ist erschwert. So lautet das diesbezügliche Ergebnis in der erwähnten Überblicksarbeit hierzu:

> „Zentrale Merkmale der kognitiven Aktivierung (z. B. kognitiv anregende und herausfordernde Lernaufgaben, kooperatives Lernen) werden im Fernunterricht bisher eher selten eingesetzt. Dies berichten abhängig vom Fach rund 60 bis über 70 % der Schüler*innen. Auch kreative Aufgaben

---

[60] Helm, C., Huber, S. & Loisinger, T. (2021). Was wissen wir über schulische Lehr-Lern-Prozesse im Distanzunterricht während der Corona-Pandemie? – Evidenz aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Zeitschrift für Erziehungswissenschaften. https://doi.org/10.1007/s11618-021-01000-z.

[61] Ludger Wößmann, Vera Freundl, Elisabeth Grewenig, Philipp Lergetporer, Katharina Werner und Larissa Zierow, Bildung erneut im Lockdown: Wie verbrachten Schulkinder Schulschließungen Anfang 2021?, ifo Institut, April 2021; abrufbar unter: https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-05-woessmann-etal-corona-schulschliessungen.pdf .

kommen laut rund drei Viertel der Eltern selten zum Einsatz. Aus Sicht von rund 80 % der Lehrkräfte stellen Arbeitsblätter das mit großem Abstand am häufigsten genutzte Format dar. Vor dem Hintergrund dieser Befunde ist zu befürchten, dass sich der Fernunterricht zu sehr auf das repetitive, mechanische Abarbeiten von Lernaufgaben fokussiert und die Potenziale des sozialen Lernens zu wenig ausschöpft".[62]

Auch das hat sich laut den Ergebnissen der erwähnten aktuellen Umfrage an über 2.000 Eltern nicht wesentlich verändert. Das Ergebnis dort lautet:

„Der Großteil der insgesamt 3,3 Stunden, die Schüler*innen pro Tag mit Lernen für die Schule verbracht haben, ist mit durchschnittlich 2,0 Stunden täglich auf die Bearbeitung von bereitgestellten Aufgabenblättern entfallen. Demgegenüber wurde im Durchschnitt nur 1,3 Stunden pro Tag gemeinsamer Fernunterricht für die ganze Klasse durchgeführt (z.B. online per Videokonferenz). Trotz Vorlaufzeit vor den Schulschließungen Anfang 2021 scheint es also nicht gelungen zu sein, den ausgefallenen Präsenzunterricht in ein verbindliches Online-Unterrichtsformat zu überführen."[63]

Anlage VB 12 (ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?)

cc) Reduzierung der Lernmotivation

Für den Erwerb von Wissen und Fertigkeiten spielt weiterhin die Lernmotivation eine wichtige Rolle. Zwar zeigt sich in verschiedenen Umfragen, dass einige Schülerinnen und Schüler sogar von einer höheren Lernmotivation bei den im Distanzunterricht genutzten digitalisierten Lehr- und Lernformaten berichten. Allerdings trifft das nur auf einen Teil der Schülerinnen und Schüler zu. So beklagt laut den Umfrageergebnissen rund ein Viertel bis die Hälfte der Eltern und bis zu 70 Prozent der Lehrkräfte eine fehlende Lernmotivation im Fernunterricht.[64] Der Grund dafür wird von den Autoren der erwähnten aktuellen Umfrage an über 2.000 Eltern folgendermaßen auf den Punkt gebracht:

„Ein entscheidendes Merkmal von Schulschließungen besteht darin, dass die Schulkinder nicht die gleiche Unterstützung durch ihre Lehrkräfte erhalten wie im traditionellen Präsenzunterricht. Im Präsenzunterricht erklären die Lehrer*innen neues Material und geben lernstimulierende Rückmeldungen. Anwesende Mitschüler*innen motivieren zur Mitarbeit und stellen Fragen, die das eigene Lernen voranbringen."[65]

---

[62] Helm, C., Huber, S. & Loisinger, T. (2021). Was wissen wir über schulische Lehr-Lern-Prozesse im Distanzunterricht während der Corona-Pandemie? – Evidenz aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Zeitschrift für Erziehungswissenschaften. https://doi.org/10.1007/s11618-021-01000-z.

[63] Ludger Wößmann, Vera Freundl, Elisabeth Grewenig, Philipp Lergetporer, Katharina Werner und Larissa Zierow, Bildung erneut im Lockdown: Wie verbrachten Schulkinder Schulschließungen Anfang 2021?, ifo Institut, April 2021; abrufbar unter: https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-05-woessmann-etal-corona-schulschliessungen.pdf .

[64] Helm, C., Huber, S. & Loisinger, T. (2021). Was wissen wir über schulische Lehr-Lern-Prozesse im Distanzunterricht während der Corona-Pandemie? – Evidenz aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Zeitschrift für Erziehungswissenschaften. https://doi.org/10.1007/s11618-021-01000-z.

[65] Ludger Wößmann, Vera Freundl, Elisabeth Grewenig, Philipp Lergetporer, Katharina Werner und Larissa Zierow, Bildung erneut im Lockdown: Wie verbrachten Schulkinder Schulschließungen Anfang 2021?, ifo Institut, April 2021; abrufbar unter: https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-05-woessmann-etal-corona-schulschliessungen.pdf.

Anlage VB 12 (ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?)

dd) Weniger Lernen durch Unterbindung der erforderlichen sozialen Prozesse

Lernen wird in der aktuellen Bildungswissenschaft als ein genuin sozialer Prozess verstanden So lautet eine der zentralen Leitlinien für die Bildung und Erziehung von Kindern im LehrplanPLUS für die Grundschulen in Bayern beispielsweise:

> „Kommunikation ist ein zentrales Element des Wissensaufbaus. Kinder konstruieren ihr Weltverständnis durch den Austausch mit anderen. In dieser Auseinandersetzung und Aushandlung konstruieren sie Bedeutung und Sinn und entwickeln ihr eigenes Weltbild. Mit zunehmendem Alter gewinnen hierfür neben den erwachsenen Bezugspersonen auch Gleichaltrige an Wichtigkeit. Bildung und Lernen finden somit im Rahmen kooperativer und kommunikativer Alltagshandlungen und Bildungsaktivitäten statt, an denen Kinder und Erwachsene gleichermaßen aktiv beteiligt sind. Im Vordergrund steht das gemeinsame Erforschen von Bedeutung, d. h. Sinnzusammenhänge zu entdecken, auszudrücken und mit anderen zu teilen ebenso wie die Sichtweisen und Ideen der anderen anzuerkennen und wertzuschätzen.“[66]

Der Erwerb von Wissen ist demnach ein sozialer Prozess, im Zuge dessen Wissen dadurch entsteht, dass man sich mit anderen austauscht und versucht, gemeinsam die Welt besser zu verstehen. Ausschlaggebend dafür ist wiederum das Vorhandensein tragfähiger sozialer Beziehungen. Beides ist im Kontext digitalisierter Lehr- und Lernformate nur begrenzt herstellbar, weil dafür ein Austausch über die bloße Vermittlung von Sprache hinaus ausschlaggebend ist.

ee) Defizite in der sozialen Unterstützung

Nachteile des Distanzunterrichts zeigen sich auch in Bezug auf die soziale Unterstützung beim Lernen. So berichten Lehrkräfte laut den Umfrageergebnissen, dass sie nur zwischen 70 und 90 Prozent ihrer Schüler*innen im Fernunterricht erreichen. Von regelmäßigem Lehrerkontakt berichten nur ein Fünftel bis rund die Hälfte der Schüler*innen. Zudem berichtet etwa die Hälfte der Eltern, dass ihr Kind während des Fernunterrichts nie persönlichen Kontakt mit einer Lehrkraft hatte. Auch der Lehrer-Eltern-Kontakt ist laut mindestens der Hälfte der Eltern nicht gegeben Die Lehrer-Schüler-Beziehung betreffend berichten etwa ein Drittel bis die Hälfte der Schüler*innen, dass ihnen der Kontakt zur Lehrkraft fehlt.[67]

---

[66] https://www.lehrplanplus.bayern.de/leitlinien/grundschule.

[67] Helm, C., Huber, S. & Loisinger, T. (2021). Was wissen wir über schulische Lehr-Lern-Prozesse im Distanzunterricht während der Corona-Pandemie? – Evidenz aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Zeitschrift für Erziehungswissenschaften. https://doi.org/10.1007/s11618-021-01000-z.

ff) Empirische Evidenz zu den Lerneinbußen durch Präsenzunterrichtsverbote

Zusammengenommen finden sich zahlreiche negative Wirkungen des Distanzunterrichts auf das Lernen und den Wissenserwerb. Die negativen Konsequenzen für die Leistung werden eindrücklich durch Studien bestätigt, in welchen der Effekt auf die Leistung in objektiven Leistungstests untersucht wurde. Besonders eindrücklich sind die Ergebnisse einer der bisher umfassendsten Studie aus den Niederlanden, in welcher der Effekt einer achtwöchigen Schulschließung mit Distanzunterricht auf die Leistung von rund 350.000 Grundschüler*innen in einem nationalen Leistungstest vor und nach dem Lockdown gemessen und mit dem Lernfortschritt im selben Zeitraum in den drei Vorjahren verglichen wurde.[68] Die Ergebnisse sind äußerst ernüchternd. Im Schnitt zeigten die Schüler*innen keinen oder kaum einen Lernfortschritt währen des Lockdowns, besonders negativ waren die Effekte bei Kindern aus benachteiligten Haushalten.

Der nachteilige Effekt scheint vor allem Grundschulen zu betreffen. So bestätigte eine Studie zu den achtwöchigen Schulschließungen in der Schweiz, dass in der Grundschule deutliche Lerneinbußen zu verzeichnen waren und die interindividuellen Unterschiede im Lernzuwachs zunahmen. Schüler*innen in der Sekundarstufe zeigten dagegen im Schnitt wenig Lerneinbußen.[69] Was sich weiterhin über alle Studien hinweg immer wieder zeigt, ist, dass insbesondere Schüler*innen aus benachteiligten Haushalten von den negativen Konsequenzen betroffen sind. Es kann also als empirisch sehr gesichert gelten, dass die Untersagung von Präsenzunterricht die ohnehin schon existierenden sozialen Ungleichheiten im Bildungswesen substantiell verschärfen.

gg) Beeinträchtigungen durch Bewegungsmangel

Nach Untersuchungen des Karlsruher Institut für Technologie (KIT) ist im Zuge des 2. Lockdowns ein deutlicher Bewegungsmangel bei Kindern und Jugendlichen aufgetreten:[70]

> „Waren es im Frühjahr 2020 noch 144 Minuten Bewegungszeit am Tag, sind es jetzt nur noch 61 Minuten. Das Niveau liegt nun auch unter dem vor der Corona-Pandemie. Vorher bewegten sich die Kinder und Jugendlichen etwa 107 Minuten täglich“,

[68] Engzell, Per/Frey, Arun/Verhagen, Mark D., Learning loss due to school closures during COVID-19 pandemic, Proceedings of the National Academy of Sciences, 2021 Vol 118 No. 17, abrufbar unter https://doi.org/10.1073/pnas.2022376118, zuletzt abgerufen am 27.04.2021.

[69] Tomasik, M. J., Helbling, L. A., & Moser, U. (2020). Educational gains of in-person vs. distance learning in primary and secondary schools: A natural experiment during the COVID-19 pandemic school closures in Switzerland. International Journal of Psychology. https://doi.org/10.1002/ijop.12728.

[70] Siehe unter: https://www.sek.kit.edu/kit_express_6163.php

sagt Professor Alexander Woll, Leiter des Instituts für Sport und Sportwissenschaft (IfSS) am KIT. Mit sportlicher Aktivität betrug die Bewegungszeit im ersten Lockdown 166 Minuten, im zweiten Lockdown 75 Minuten und vor Beginn der Pandemie 142 Minuten täglich. Zusätzlich habe sich die Zeit, die die Kinder und Jugendlichen in ihrer Freizeit vor dem Bildschirm verbrächten, um 28 Minuten auf nun insgesamt 222 Minuten am Tag erhöht.

> „Durch die höhere Inaktivität gab fast die Hälfte der Befragten nach eigener Einschätzung an, dass ihre Fitness stark gesunken sei. Bei knapp 30 Prozent sei das Gewicht gestiegen“,

so Woll. Auch Perikles Simon, Leiter der Abteilung Sportmedizin am Institut für Sportwissenschaft der Universität Mainz und einer der renommiertesten seines Fachs, betont:

> "Bewegung ist lebensnotwendig, Bewegungsarmut fördert Krebs- und Herzkreislauferkrankungen. Die Politik in der Pandemie ist aber darauf ausgerichtet, dass Bewegung eigentlich egal ist."[71]

Berthold Koletzko, Vorsitzender der Ernährungskommission der Deutschen Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin, erklärte:

> „Fast jedes zehnte Kind unter 14 Jahren, das bisher normalgewichtig war, hat im vergangenen Jahr Übergewicht entwickelt“.[72]

Gleichzeitig wirken sich das fehlende Sportangebot und die mangelnde Tagesstruktur auch auf die seelische Gesundheit der Heranwachsenden aus. „Viele beschäftigen sich den ganzen Tag mit ihrer Figur und ihrem Gewicht und haben so stark Angst zuzunehmen, dass sie eine Essstörung entwickeln“, sagt Beate Herpertz-Dahlmann, Direktorin der Aachener Uniklinik für Psychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie des Kindes- und Jugendalters. Allein im vergangenen Quartal sei die Zahl der Magersüchtigen um 25 Prozent gegenüber dem Vorjahreszeitraum gestiegen. Das geht aus Daten der Ersatzkassen hervor. „Viele Patienten befinden sich in einem beängstigenden Zustand.“ Neben Magersucht litten viele unter Essattacken oder Bulimie. Es ist anzunehmen, dass die Zahl der Betroffenen mit jedem Monat ansteigt, den der Lockdown anhält.[73]

---

[71] Siehe: https://www.zeit.de/sport/2021-04/bewegung-corona-krise-kinder-jugendliche-sport-lockdown/komplettansicht; sieh auch https://zeitung.faz.net/faz/sport/2021-04-17/4fbecaf8cf74c49b1ecd89500f376cec/?GEPC=s3

[72] Siehe https://www.welt.de/wirtschaft/article230464745/Bewegungsmangel-Mehr-Adipositas-und-Magersucht-bei-Kindern.html

[73] Siehe unter: https://www.welt.de/wirtschaft/article230464745/Bewegungsmangel-Mehr-Adipositas-und-Magersucht-bei-Kindern.html

b) Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung

Neben der Vermittlung von Wissen und Fertigkeiten besteht ein weiterer zentraler Bildungsauftrag von Schulen in der Förderung der Persönlichkeitsentwicklung von Schüler*innen. Wichtig ist diesbezüglich, dass Menschen genuin soziale Wesen sind und das Vorhandensein eines Gegenübers als (1) Vorbild und Anreiz für das Erlernen wichtiger Verhaltensweisen und Fertigkeiten, (2) als Spiegelung und Selbstvergewisserung der eigenen Person und (3) als Quelle zum Erleben von Sinn durch das Dasein für andere für die Persönlichkeitsentwicklung unmittelbar notwendig ist. Ein Kernaspekt der menschlichen Entwicklung ist dabei, dass es gilt, im Laufe der Entwicklung zunehmend selbständig zu werden und eine eigene Position in der zukünftigen Gesellschaft finden.

Der Schule kommt hier als einem der zentralen außerfamiliären Orte der sozialen Begegnung eine fundamentale Funktion zu. Allerdings sind dafür direkte Begegnungen mit anderen nötig, welche durch einen digitalisierten Distanzunterricht prinzipiell nicht ersetzt werden können.[74] Hinzu kommt, dass das Erleben und Verhalten immer durch den aktuellen Kontext geprägt ist. Im Umfeld des Elternhauses hat man ein Stück weit eine andere Persönlichkeit, als wenn man mit Freunden zusammen ist. Dadurch, dass Schüler*innen beim Distanzunterricht im Elternhaus verbleiben, wird ihnen damit eine wichtige Entwicklungsmöglichkeit genommen, was ein Hemmschuh für die Persönlichkeitsentwicklung sein kann.

Die Schließung von Schulen geht demnach mit einer Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung einher. Wichtig ist hier anzumerken, dass verpasste Lerngelegenheiten in Bezug auf die Persönlichkeitsentwicklung nur schwierig später nachgeholt werden können. Da die Entwicklung der Persönlichkeit ein kontinuierlicher Prozess ist, bei dem fortlaufend auf den gemachten Erfahrungen aufgebaut wird, können fehlende Erfahrungen nicht einfach später nachgeholt werden. Bei länger anhaltenden Schulschließungen ist also mit sehr nachhaltigen Beeinträchtigungen zu rechnen.

c) Beeinträchtigung der sozialen Kompetenz

Die Entwicklung der eigenen Persönlichkeit erfolgt immer im Spannungsfeld der Einbettung in eine soziale Gruppe. Ein weiteres zentrales Bildungsziel von Schulen besteht dementsprechend darin, Schüler*innen eine hohe soziale Kompetenz zu vermitteln. Im Kern

[74] Herzog, W., Schule und Schulklasse als soziale Systeme in: Rolf Becker (Hrsg.), Lehrbuch der Bildungssoziologie, 2009, S. 155-194.

bedeutet eine hohe soziale Kompetenz die Fähigkeit, zwei gegensätzliche Bedürfnisse des Menschen in Einklang zu bringen: Zum einen gilt es, die eigenen Ziele und Interessen gegenüber den Interessen der anderen durchsetzen zu können (Durchsetzungsfähigkeit), zum anderen gilt es, gute Beziehungen mit anderen aufzubauen und aufrechtzuerhalten (Beziehungsfähigkeit). Als sozial kompetent gilt demnach eine Person, die in der Lage ist, eine Balance zwischen diesen beiden Fähigkeiten herzustellen.[75]

Ähnlich wie bei der Persönlichkeitsentwicklung sind für den Erwerb einer sozialen Kompetenz echte Begegnungen mit anderen unerlässlich, welche durch einen digitalisierten Distanzunterricht prinzipiell nicht ersetzt werden können. Aushandlungsprozesse finden im digitalisierten Unterricht nur begrenzt statt. Zum einen können die dafür wichtigen nonverbalen Kommunikationskanäle nicht zum Tragen kommen, weil diese nicht digitalisiert werden können. Zum anderen werden die sozialen Bedürfnisse einer Person nicht in ihrer Ganzheit angesprochen, weil man als Person nicht in einem gemeinsamen Raum körperlich verortet ist. Der Austausch beschränkt sich demnach auf dem Austausch rationaler Konstrukte, eine ganzheitliche Entwicklung der sozialen Gruppe und der darin eingebetteten individuellen sozialen Kompetenzen, welche alle Ebenen der menschlichen Psyche umfasst, findet nicht statt.

Belege für die negative Auswirkung der Schulschließungen auf die soziale Kompetenz liefert die bereits erwähnte aktuellen Umfrage an über 2.000 Eltern.[76]

Anlage VB 12 (ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?)

Der Aussage, „Schulschließungen haben den sozialen Fähigkeiten des Kindes geschadet“ stimmen 21 Prozent der befragten Eltern völlig zu und 35 Prozent eher zu. Über die Hälfte der Eltern berichtet demnach, dass sich die Schulschließungen negativ auf die soziale Kompetenz der Kinder ausgewirkt habe.

Nachteilig ist das insbesondere auch mit Blick auf die späteren Arbeitsmarktchancen, da dort neben Kompetenzen auf der Ebene des Wissens zunehmend auch soziale Kompetenzen eine wichtige Rolle spielen.[77]

---

[75] Neyer, F.J., Asendorpf, J.B., Psychologie der Persönlichkeit, 6. Aufl. 2018.

[76] Ludger Wößmann, Vera Freundl, Elisabeth Grewenig, Philipp Lergetporer, Katharina Werner und Larissa Zierow, Bildung erneut im Lockdown: Wie verbrachten Schulkinder Schulschließungen Anfang 2021?, ifo Institut, April 2021; abrufbar unter: https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-05-woessmann-etal-corona-schulschliessungen.pdf .

[77] Heineck, G, Anger, S., The returns to cognitive abilities and personality traits in Germany. Labour Economics, 2010, 17, S. 535-546.

d) Beeinträchtigung der Integrationsfunktion

Eine weitere zentrale Funktion der Schule besteht darin, über die Vermittlung von gemeinsam getragenen Werten und Normen die gesellschaftspolitische Ordnung zu stabilisieren und die Schüler*innen dazu zu befähigen, in einer pluralistischen Gesellschaft mit einer Vielfalt von individuellen und gesellschaftlichen Interessen andere Sichtweisen zu respektieren und zu gemeinschaftlichen Entscheidungen zu kommen. Die Schule stellt hier eine der wichtigsten Lernumwelten dar, da es sich um einen der wenigen sozialen Orte handelt, an dem sich die Vielfalt der Gesellschaft einigermaßen umfassend abbildet.[78] Durch die Schließung der Schulen wird diese Integrationsfunktion fundamental beeinträchtigt. Durch die Verlagerung des Unterrichts in die individuellen Haushalte verliert die Schule ihre Funktion als Ort der Begegnung verschiedener Kulturen, was die Entwicklung gemeinsamer Orientierungen vor dem Hintergrund der verschiedenen Werte und Normen erschwert und den Zusammenhalt der Gesellschaft gefährdet.

Es ist nicht möglich, die Funktion des Präsenzunterrichts durch die schrittweise Verbesserung des Digitalisierungsangebotes auch nur annäherungsweise zu kompensieren. Distanzunterricht bzw. Homeschooling würden selbst mit einer digitalen Infrastruktur an Schulen, die höchsten Ansprüchen genügt, nicht die Funktion des Präsenzunterrichts in der für das Lernen erforderlichen Weise ersetzen können.

e) Beeinträchtigung der Schutzfunktion von Schulen

Eine weitere zentrale Funktion von Schulen besteht in der Schutzfunktion vor in Elternhäuser auftretenden Problemen wie beispielsweise Armut oder häusliche Gewalt, welche durch die Schulschließungen ebenfalls beeinträchtigt wird. So wird durch die Untersagung von Präsenzunterricht generell die Gefahr von häuslicher Gewalt gegenüber Kindern erhöht, weil Konflikte durch das erzwungene Verbleiben in der Wohnung erhöht werden, ein Entkommen des Opfers erschwert ist, Möglichkeiten des Hilfesuchens reduziert sind und die Schutz- und Früherkennungsfunktionen der Schule wegfallen.[79]

---

[78] Brügelmann, H., Die Schule als Sozialisationsinstanz oder: Was lernen junge Menschen in der Schule und was außerhalb?, in: Behnken, I./Mikota, J (Hrsg.), 2009, Sozialisation, Biografie und Lebenslauf, S. 90-109.

[79] Campbell, A. M. (2020). An Increasing Risk of Family Violence during the Covid-19 Pandemic: Strengthening Community Collaborations to Save Lives. Forensic Science International Reports, 2, abrufabar unter: https://doi.org/10.1016/j.fsir.2020.100089; siehe auch: *Garstang J, Debelle G, Anand I, et al. Effect of COVID-19 lockdown on child protection medical assessments: a retrospective observational study in Birmingham, UK. BMJ Open2020;10:e042867. doi:10.1136/bmjopen-2020-042867*

f) Beeinträchtigung der Funktion des Ausgleichs von Bildungsungerechtigkeit

Eine weitere Funktion der Schule besteht darin, der Gefahr von Bildungsungerechtigkeit entgegenzuwirken, welche aufgrund der Herkunft aus sozial benachteiligten Elternhäusern entstehen kann. Wie verschiedene Studien zeigen, gehen die Präsenzunterrichtsverbote damit einher, dass Kinder und Jugendliche aus benachteiligten Haushalten besonders stark unter den beschriebenen negativen Effekten leiden. Insbesondere zeigt die bereits erwähnte aktuelle Umfrage von über 2.000 Eltern, dass solche Benachteiligungen nach wie vor bestehen. Die Autoren schreiben:

> „Abbildung 15 zeigt, dass zwar in allen Gruppen von Schüler*innen mehr als die Hälfte der Kinder während der Schulschließungen Anfang 2021 mehrmals pro Woche gemeinsamen Online-Unterricht erhielten. Jedoch haben – wie schon während der Schulschließungen im Frühjahr 2020 – Nicht-Akademikerkinder eine höhere Wahrscheinlichkeit, nie solchen Unterricht zu erhalten (20%) als Akademikerkinder (13%). (…) Ebenso haben leistungsstärkere Schüler*innen und Akademikerkinder öfter individuelle Gespräche mit ihrer Lehrkraft und erhalten häufiger Rückmeldungen zu den eingereichten Arbeitsblättern.
>
> (…)
>
> Betrachtet man Unterschiede nach dem Familienhintergrund, so sind es gerade nicht die Kinder aus bildungsfernen Schichten, die an den Unterstützungsmaßnahmen teilnehmen: Akademikerkinder erhalten häufiger Förderunterricht in der Schule (14% vs. 8%), besuchen häufiger Ferienkurse (11% vs. 2%) und nehmen häufiger sowohl kostenlose als auch kostenpflichtige Nachhilfe in Anspruch (10% vs. 5% bzw. 12% vs. 6%). In der Summe haben 82% der Nicht-Akademikerkinder keinerlei Unterstützungsmaßnahme erhalten, während dies bei den Akademikerkindern nur 69% sind.“[80]

Anlage VB 12 (ifo-Institut – Wie verbrachten Schulkinder die Schulschließungen?)

Die Untersagung von Präsenzunterricht ab einer über drei Tage fortdauernden Sieben-Tage-Inzidenz von über 165 verschärft demnach die sowieso schon existierenden sozialen Ungleichheiten im Bildungswesen.

Eindrücklich ist in diesem Zusammenhang auch die steigende Zahl an Schulabbrechern. So hat die Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter mitgeteilt, dass Sie im Jahr 2021 mit 104.000 Jugendlichen rechnet, die die Schule abbrechen, und damit mit etwa doppelt so vielen, wie in Nicht-Pandemiejahren. Expertenschätzungen gehen für die Jahre 2021 und 2022 von insgesamt 210.000 Jugendlichen aus, die die Schule abbrechen

[80] Ludger Wößmann, Vera Freundl, Elisabeth Grewenig, Philipp Lergetporer, Katharina Werner und Larissa Zierow, Bildung erneut im Lockdown: Wie verbrachten Schulkinder Schulschließungen Anfang 2021?, ifo Institut, April 2021; abrufbar unter: https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-05-woessmann-etal-corona-schulschliessungen.pdf .

und um die sich die Jugendämter kümmern müssten, inklusive sozialer und psychologischer Beratung.[81]

Anlage VB 13 (Landesjugendämter zu Schulabbrechern)

3. Beeinträchtigungen für den Beschwerdeführenden zu 2. im Besonderen

Der Bf. zu 2. ist in mehrfacher Hinsicht von den vorangegangenen aber auch von dem aktuellen – auf § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG beruhenden – Präsenzunterrichtsverbot betroffen. Lernen im Distanzunterricht bedeutet für sie nicht nur erhebliche qualitative Einbußen bei der Vermittlung von Wissen hinnehmen zu müssen, die darauf beruhen, dass Lernen nur zuhause und fast ausschließlich mit Arbeitsblättern über längere Zeit sehr eindimensional und wenig inspirierend ist. Sportunterricht, Musikunterricht u.a. finden für Bf. zu 2. nicht statt. Von dem Präsenzunterrichtsverbot ist der Bf. zu 2. jedoch auch deshalb in besonderer Weise betroffen, weil er in seinem Kontaktverhalten zunehmend eingeschränkt und seiner Kontaktfähigkeit vermindert wird. Die Mutter, die Bf. zu 1., erlebt den Bf. zu 2 als in seiner sozialen und personalen Entwicklung gefährdet.

Anlage VB 3 Eidesstattliche Versicherung vom 03.05.2021

VI. Keine von geöffneten Schulen ausgehenden besonderen Gefährdungen

Im Folgenden geht es um die Frage, welche Rolle Schulen bei der Weiterverbreitung des Virus spielen und welche Gefahren von geöffneten Schulen und Kitas für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrerinnen und Lehrer aber auch für Überlastung des Gesundheitswesens ausgehen.

1. Die Rolle von Schulen im Pandemiegeschehen

Am 1. April 2021 veröffentlichte das RKI, dass Schülerinnen und Schüler keine größere Rolle im Rahmen der Pandemie spielen, also nicht als „Motor“ betrachtet werden könnten:

> „Zusammenfassend legen die vorgestellten Daten und die genannten obigen Studien nahe, dass SuS eher nicht als „Motor“ eine größere Rolle spielen, aber dass die Häufigkeit in einer engen Beziehung zur Inzidenz in der Gesamtbevölkerung steht. [...]. Hilfreich ist die Erkenntnis, dass LuL eine vielleicht wichtigere Rolle zu spielen scheinen als die SuS, v.a. im Vergleich zu der jüngsten Altersgruppe. Daher sollten etwaige Maßnahmen (Schließungen/Wiedereröffnungen) unbedingt in

[81] Pressemitteilung von 20.04.2021, abrufbar unter www.bagljae.de/assets/downloads/umfrage-unter-jugendaemtern---garanten-gegen-menschlichen-lockdown-_002_.pdf.

> den Kontext **der regionalen Gesamtinzidenz** in der Bevölkerung gesetzt werden, und in der Reihenfolge nach Altersgruppen priorisiert erfolgen. Für ältere Altersgruppen erscheinen die möglichen Beschulungsmodelle mit Reduktion der SuS im Präsenzunterricht (z. B. Wechselunterricht, Hybridunterricht) eine gute Option, um die räumliche Distanz zwischen Anwesenden sowie die Gesamtzahl potenziell exponierter Personen zu reduzieren“[82] (Hervorheb. d. Untrezichner)

Ähnliches wurde bereits für Kitas bestätigt: Laut dem 3. Quartalsbericht der Corona-KiTa-Studie des RKI vom 11. März 2021[83] wiesen lediglich rund 2 % der teilnehmenden Kindertagespflegestellen Verdachtsfälle auf. Die Infektionsfälle lagen mit rund 0,5 % noch niedriger. Wörtlich (S. 74):

> „Größere Ausbrüche im Kita-/Hort-Setting sind weiterhin die Ausnahme. [...] Die Kita/Hort-Ausbrüche nehmen insgesamt einen geringen Anteil von 10% an allen Ausbrüchen, in denen Kinder im Alter von 0 bis 5 Jahre Teil des Ausbruchs waren, ein. Fast zwei Drittel aller Ausbrüche mit Kinderbeteiligung (0–5 Jahre) geschahen im privaten Haushalt.“

Auch eine Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) und der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) vom 05.02.2021 bestätigt:

> „Kinder in Gemeinschaftseinrichtungen nehmen am SARS-CoV-2-Infektionsgeschehen teil, sind aber selbst keine Treiber der Pandemie. Epidemiologisch folgen die Infektionen bei Kindern dem Infektionsgeschehen bei Erwachsenen, sie gehen ihm nicht voraus.“[84]

Anlage VB 14 (Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 05.02.2021)

In einer weiteren Stellungnahme der beiden Fachgesellschaften vom 15.03.2021 werden Daten aus den flächendeckenden Testungen mit Schnelltests an österreichischen Schulen einbezogen.[85] Hierzu heißt es:

> „Die DGPI und DGKH sehen in den Ergebnissen ihre mehrfach veröffentlichten grundlegenden Einschätzungen über die untergeordnete Rolle der Schulen im Pandemiegeschehen bestätigt [1]. Der Anstieg der Infektionszahlen an Schulen spiegelt dabei den allgemeinen Anstieg in der Bevölkerung wider, die sehr geringe Anzahl von Häufungen innerhalb der Schulen (26 von ca. 5000) weist jedoch auf die geringe Dynamik in diesen Einrichtungen hin.
>
> Die Analyse der österreichischen Daten ist auch deshalb bemerkenswert, weil die Daten unter der Ausbreitung der englischen Virusvariante (N501Y-positiv) erhoben wurden, deren Anteil mit Ausnahme des Bundeslandes Vorarlberg in ganz Österreich über 50%, in Wien bei über 70% liegt (*www.ages.at*). [...]

---

[82] Epidemiologisches Bulletin 13/2021 von 1. April 2021, S. 23 (34), abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/13_21.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 30.04.2021, (Hervorhebung durch die Unterzeichner).

[83] S. 74, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/KiTa-Studie-Berichte/ KiTAStudie_Quartall_2021.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 30.04.2021.

[84] Abrufbar unter: https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-kinder-in-der-covid-19-pandemie-2020-02-05/.

[85] https://dgpi.de/kommentar-dgpi-dgkh-schnelltests-schulen/.

Ein erheblicher Teil der montags erhobenen positiven Befunde beruht nach Einschätzung der Untersucher wahrscheinlich nicht auf einer Übertragung in der Schule, sondern im häuslichen Umfeld. Insgesamt ist der Nachweis von Häufungen mit einer durchschnittlichen Personenzahl von 3 (2-4) Fällen an lediglich 0,5% aller Schulen und dort ausschließlich in jeweils einer einzigen Klasse ein weiterer Beleg, dass Schulen nur einen marginalen Beitrag zur Dynamik des Infektionsgeschehens leisten."

Die Wahrscheinlichkeit, eine Infektion an Schulen weiterzugeben, liegt laut umfangreichen Kontakt-Nachverfolgungsstudien auch nur in der Größenordnung von in etwa 0,5 (Grundschulen) bis 0,9 Prozent (Schüler insgesamt).[86]

Dem entspricht eine durchgeführte Studie, in der kein Fall gefunden werden konnte, bei dem ein Kind oder Jugendlicher einen Erwachsenen angesteckt hätte.[87] Kinder waren nach der Studie zwar genausohäufig positiv, aber Haushalte mit Kindern hatten uninfizierte Mitglieder, während Haushalte ohne Kinder zu 100% Infiziert waren. Danach ist zwar nicht ausgeschlossen, dass Kinder auch Erwachsene anstecken können, es wird sich allerdings um ein selteneres Geschehen handeln.

Diese Aussagen bestätigen, dass (1) Heranwachsende generell dem Infektionsgeschehen hinterherlaufen, dieses aber (2) anders als beispielsweise bei der Influenza nicht „treiben" bzw. fördern, während (3) die „Ausbrüche" an Schulen eher überschaubar blieben und (4) Ansteckungen eher unter Lehrern stattfinden (die sich durch Impfung und Einhaltung entsprechender Hygieneregeln verhindern lassen).

Wird zudem berücksichtigt, dass asymptomatisch infizierte Personen laut Überblicksstudien kaum bis gar nicht ansteckend sind[88] und Kinder mit Symptomen ohnehin zu Hause bleiben und keine Schule besuchen, gibt es nur ein Zeitfenster von wenigen Tagen, in denen Symptome entwickelnde Kinder andere Kinder anstecken könnten und diese werden durch eine umfassende Teststrategie frühzeitig erkannt.

Im Hinblick auf das Ziel, mit Präsenzunterrichtsverboten zur Senkung von mit SARS-Cov-2 assoziierten Todesfällen beizutragen, haben die Deutsche Gesellschaft für Pädiatrische

---

[86]https://www.thelancet.com/journals/lanchi/article/PIIS2352-4642(20)30251 0/fulltext,https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2020.26.1.2002011?crawler=true).

[87] „Lower Household Transmission Rates of SARS-CoV-2 from Children Compared to Adults - Results from the FamilyCoviDD19-Study", abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790443.

[88] Eine Meta-Analyse ergab, dass bei gemeinsam in einem Haushalt lebenden Personen die Wahrscheinlichkeit, sich an einer asymptomatischen Person anzustecken (sekundäre Befallsrate), nur bei 0,7 Prozent liegt, wobei die statistische Analyse zeigte, dass der Wert nicht signifikant von Null verschieden war: https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2774102. Ein vergleichbarer Befund findet sich in einer veröffentlichten umfangreichen Meta-Analyse zu Kontaktnachverfolgungsstudien, dort lag die sekundäre Befallsrate bei 1,0 Prozent und war ebenfalls nicht statistisch signifikant von Null verschieden: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33484843/.

Infektiologie (DGPI) und die Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) vor kurzem darauf hingewiesen:

> „Die Effektivität von Kita- und Schulschließungen zur Senkung von mit SARS-CoV-2 assoziierten Todesfällen in den Risikogruppen der Alten und Pflegebedürftigen ist in der Literatur nicht belegbar."[89]

> „Die weiterhin bestehende extreme Seltenheit eines schweren oder gar tödlichen Verlaufes von SARS-CoV-2 bei Kindern und Jugendlichen ist **nicht geeignet, als Argument für Schul- und Kita-Schließungen** benutzt zu werden. Nur die verbleibende Behauptung, dass zwischen den Infektionen bei Kindern und Jugendlichen und der Überlastung der Intensivstationen und den schweren und tödlichen Verläufen der älteren Erwachsenen ein Zusammenhang bestehe, könnte Kita- und Schulschließungen rechtfertigen. Daten, die diese These bestätigen, fehlen allerdings."[90]

Anlage VB 14 (Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 21.04.2021)

Dies entspricht den Ergebnissen, die in jüngerer Zeit durch die bereits erwähnten CODAG-Berichte bestätigt wurden.[91]

Durch diese Stellungnahmen und die Studien, auf die sie jeweils verweisen, geht hervor, dass die Öffnung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen als Ort der Begegnung unter Beibehaltung begleitender Hygienemaßnahmen keinen wesentlichen Beitrag zum Infektionsgeschehen leisten.

Die ehemalige stellvertretende Leiterin des Gesundheitsamts Frankfurt am Main Prof. Dr. med. Ursel Heudorf und der Leiter des Gesundheitsamts Frankfurt am Main Prof. Dr. Dr. med. René Gottschalk ziehen folgendes Fazit:

> „Vor dem Hintergrund der o.g. Daten, der Studienlage und der Argumente müssen die Schulen zwingend schnellstmöglich wieder für den Präsenzunterricht geöffnet werden. Ein weiteres Verbot des Präsenzunterrichts ist zwar angesichts des neuen § 28b IfSG rechtlich legal, es ist aber weder legitim, noch geeignet, erforderlich und angemessen, Infektionen bei Kindern oder deren Kontaktpersonen zu verhüten."[92]

Anlage VB 15 SARS-CoV-2 und die Schulen – Was sagen die Daten?

---

[89] Stellungnahme vom 05.02.2021, abrufbar unter: https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-kinder-in-der-covid-19-pandemie-2020-02-05/.

[90] Stellungnahme vom 18.04.2021, abrufbar unter: https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-hospitalisierung-und-sterblichkeit-von-covid-19-bei-kindern-in-deutschland-18-04-2021/).

[91] https://www.covid19.statistik.uni-muenchen.de/pdfs/codag_bericht_12.pdf;
https://www.covid19.statistik.uni-muenchen.de/pdfs/codag_bericht_13.pdf;
https://www.covid19.statistik.uni-muenchen.de/pdfs/codag_bericht_14.pdf.

[92] Hessisches Ärzteblatt 6/2021, S. 357.

2. Zur Eigengefährdung von Kindern und Jugendlichen durch SARS-Cov-2

In ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 21.04.2021 haben die Deutsche Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) und die Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) sich zu der Frage geäußert, inwiefern Kinder durch SARS-Cov-2 gefährdet sind:

> "Jeder einzelne Fall eines schwer erkrankten oder verstorbenen Kindes an einer SARS-CoV-2-Infektion ist ein Fall zu viel und ein unerträgliches Einzelschicksal für Kind und Familie. Die nun seit Beginn der Pandemie gemachte Beobachtung, dass von den schätzungsweise 14 Millionen Kindern und Jugendlichen in Deutschland nur etwa 1200 mit einer SARS-CoV-2-Infektion im Krankenhaus (< 0,01%) behandelt werden mussten und 4 an ihrer Infektion verstarben (< 0.00002%), sollte Anlass sein, Eltern übergroße Sorgen vor einem schweren Krankheitsverlauf bei ihren Kindern zu nehmen. In der Saison 2018/19 wurde Influenza bei insgesamt 116 Kindern als Todesursache gemeldet. Nach Angaben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur lag im Jahr 2019 die Zahl der durch einen Verkehrsunfall getöteten Kinder bei 55, nach Angaben der DLRG die Zahl der ertrunkenen Kinder bei 25. Diese Zahlen sollen und dürfen keinesfalls gegeneinander aufgerechnet werden, mögen aber bei der Einordnung helfen.
>
> Die weiterhin bestehende extreme Seltenheit eines schweren oder gar tödlichen Verlaufes von SARS-CoV-2 bei Kindern und Jugendlichen ist nicht geeignet, als Argument für Schul- und Kita-Schließungen benutzt zu werden."[93]

Anlage VB 14 (Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 21.04.2021).

3. Zur Gefährdung von Lehrerinnen und Lehrern sowie anderer Personen durch Kinder

Darüber hinaus existieren sogar Anhaltspunkte dafür, dass Kinder bzw. Schulöffnungen sogar eine gewisse eindämmende Wirkung haben können. Eine Studie aus Schottland zeigt, dass der Kontakt zu Kindern einen Schutzfaktor darstellen kann.[94] Die umfassende Studie erfasst alle in Schottland aufgetretenen Corona-Fälle und untersucht unter anderem, inwiefern der Kontakt zu Schulkindern die Wahrscheinlichkeit einer Infektion beeinflusst.

In Bezug auf das Risiko von Lehrkräften wird dabei ein deutlich reduziertes Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken, konstatiert. In Bezug auf Schulkinder im Haushalt kommt die

---

[93] https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-hospitalisierung-und-sterblichkeit-von-covid-19-bei-kindern-in-deutschland-18-04-2021/).

[94] Paul M McKeigue, David A McAllister, David Caldwell, Ciara Gribben, Jen6Bishop, Stuart McGurnaghan, Matthew Armstrong, Joke Delvaux, Sam Colville,Sharon Hutchinson, Chris Robertson, Nazir Lone, Jim McMenamin, David8Goldberg, Helen M Colhoun, „Relation of severe COVID-19 in Scotland to transmission-related factors2and risk conditions eligible for shielding support: REACT-SCOT3case-control study", abrufbar unter: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.03.02.21252734v2.full.pdf.

Studie zu dem Ergebnis, dass mit der Anzahl von Schulkindern im Haushalt das Risiko einer schweren COVID-19 Erkrankung sogar sinkt.

Besonders bemerkenswert an der schottischen Studie ist, dass die Analyse nach Risikogruppen getrennt wird, aber zu dem Schluss kommt, dass sowohl Hochrisikopatienten als auch sonstige Bevölkerung vom Zusammenleben mit Kindern durch ein Absinken des Risikos eines schweren Verlaufs profitiert.

4. Keine größere Gefahr durch neue Mutationen

Die Erkenntnis, dass die Öffnung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen als Ort der Begegnung keinen wesentlichen Beitrag zum Infektionsgeschehen leistet, wird auch nicht dadurch erschüttert, dass inzwischen neue Mutationen aufgetreten sind. Nach neuesten Feststellungen der Arbeitsgruppe für Schulen während der COVID-19 Pandemie im Regionalbüro der WHO für Europa ändert sich durch die Verbreitung von sog. VOC nichts an der Tatsache, dass Schulschließungen nicht das Mittel der Wahl zur Kontrolle der Pandemie sind:

> „Even with the wider spread of more infectious variants, there is no evidence that schools contribute in a major way to community transmission: school closures will not control the pandemic. Packages of interventions in schools (distancing, masks, hand hygiene and ventilation), applied in an age-appropriate way, should allow schools to stay open even with increasing numbers of infected people in the community“.[95]

Ähnlich formuliert die gemeinsame Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) und Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) vom 05.02.2021:

> Bezüglich der Neuen Virusvarianten (VOC) liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die vorgeschlagenen Schutzkonzepte für Schule und KiTa grundlegend geändert werden müssen. Die AHA+L-Regeln gelten weiterhin uneingeschränkt und sind effektiv.[96]

Anlage VB 9 (Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 05.02.2021)

[95] Siehe Findings of „Fourth meeting of the Technical Advisory Group on Safe Schooling during the COVID-19 Pandemic: Copenhagen, Denmark 9 March 2021 (produced by WHO/Europe), Seite 8, abrufbar unter: sowie https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340359/WHO-EURO-2021-2197-41952-57642-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[96] https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-kinder-in-der-covid-19-pandemie-2020-02-05/.

C.
Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

I. Beschwerdegegenstand

Die angegriffene Norm – § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG – ist eine Maßnahme deutscher Hoheitsgewalt und somit Maßnahme öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

II. Beschwerdebefugnis

1. Allgemein, insb. Grundrechtsrügen

Der Bf. zu 2. rügt die Verletzung ihres Rechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bezogen auf § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG. Auch sein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) wird erheblich gefährdet und dadurch beeinträchtigt.

Die Bf. zu 1. rügt die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG bezogen auf § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG: das Verbot von Präsenzunterricht in der Schule betrifft die Bf. zu 1. und 2. als Eltern.

Die Verletzung der genannten Grundrechte ist möglich, d.h. nicht offensichtlich nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen:

a) Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1

Art. 2 Abs. 1 GG schützt das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Hiervon ist auch das Recht auf eine möglichst ungehinderte Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der Schule umfasst (BVerfGE 98, 218 (257) = NJW 1998, 2515 (2521)). Zugleich haben Kinder aufgrund von Art. 2 Abs. 1 GG einen Anspruch auf eine Entfaltung ihrer Anlagen und Befähigungen im Rahmen schulischer Ausbildung und Erziehung (BVerfGE 98, 218 (257); NJW 1998, 2515 (2521). In der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts enthält das Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG auch Elemente eines Rechts auf Bildung (BVerwG, Urteil v. 14.07.1978 – 7 C 11/76, NJW 1979, 229). Ferner ist nach ständiger Rechtsprechung des angerufenen Gerichts über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundge-

setzes die EMRK trotz ihres einfachgesetzlichen Ranges für die Auslegung des Grundgesetzes von Bedeutung, wodurch auch Art. 2 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK mit dem „Right to education“ als subjektivem Teilhaberecht für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen werden kann.

Ausgehend von der herausragenden Bedeutung, die schulische Bildung sowohl für die Entwicklung der individuellen Persönlichkeit als auch für das gesellschaftliche Fortkommen insgesamt hat, kommt der Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG in der Zusammenschau mit Art. 1 Abs. 1 GG, dem in Art. 20 Abs. 1 GG zu verortenden Sozialstaatsprinzip sowie den Bestimmungen des Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 GG sowie Art. 6 Abs. 2 GG eine im Vergleich zur allgemeinen Handlungsfreiheit verstärkte Rechtsposition zu, die über die Funktion eines reinen Abwehrrechts hinausgehend ein Mindestmaß an staatlicher Gewährleistung vorsieht.

Insbesondere, wenn der Staat, wie gegenwärtig, die Schulpflicht normiert, muss er auch die Möglichkeit zum Besuch des Schulunterrichts gewährleisten. Der Einzelne hat in Deutschland keine andere Möglichkeit von seinem Recht auf Bildung Gebrauch zu machen. Vor allem jedoch macht der Gesetzgeber mit § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG im Anwendungsbereich dieser Vorschrift die Wahrnehmung von Präsenzschulunterricht unabhängig von der öffentlichen Leistungserbringung unmöglich, indem er nicht nur Schulen in öffentlicher Trägerschaft, sondern auch sämtliche Schulen in freier Trägerschaft dem Präsenzunterrichtsverbot unterwirft. Darauf, dass es sich lediglich um eine Einschränkung des Angebots staatlicher Leistungserbringung handelt, kann sich der Gesetzgeber nicht mit Erfolg berufen, weil Bildungs- und Betreuungseinrichtungen in freier Trägerschaft nicht als Teil staatlicher Leistungserbringung einzuordnen sind, ihr Angebot mit der Regelung des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG bzw. § 28b Abs. 3 S. 9 IfSG jedoch gleichermaßen wie das Präsenzunterrichtsangebot öffentlicher Schulen und Kitas betroffen wird.

Unabhängig davon, ob und inwieweit das angerufene Gericht einer solchen Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG folgen möchte, legen jedoch die mit der angegriffenen Norm einhergehenden Beschränkungen für den Bf. zu 2. die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG nahe.

Die Durchführung von Distanzunterricht und/oder Homeschooling anstelle von Präsenzunterricht führt zu einem Rückgang der Lernleistung bei Schülerinnen und Schülern. Das Lernen zu Hause erfolgt für viele Schülerinnen und Schüler weniger effektiv. Die Darstellung unter B. V. 2. zeigt, dass Distanzunterricht in wesentlichen Bereichen die Funktion, die Präsenzunterricht in der Schule für Schülerinnen und Schüler hat, außer Kraft setzt

und bereits jetzt mit gravierenden Folgen einhergeht. Daneben fallen weitere wichtige Funktionen, die Schule in Präsenz für eine gesunde Entwicklung von Schülerinnen und Schüler hat, weg.

Folglich schränken sowohl die Komplettuntersagung als auch ein begrenztes Angebot an Präsenzunterricht die Entfaltungsmöglichkeiten des Bf. zu 2. im schulischen Bereich ein, so dass eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann.

b) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt die Ungestörtheit der Körpersphäre sowie auch das psychische Wohlbefinden gegenüber der Verursachung psychisch-seelischer Pathologien. Dieses Recht wird durch das Verbot von Präsenzunterricht gefährdet. Dies ergibt sich aus den oben zum Sachverhalt dargelegten und zitierten Studien und Expertenmeinungen. So wurde im Zusammenhang mit den monatelangen Kontaktbeschränkungen in Bezug auf Schulen eine erhebliche Zunahme an psychischen Beeinträchtigungen von Kindern festgestellt. Auch der bereits festgestellte und mit entfallenem Sportunterricht einhergehende Bewegungsmangel führt etwa aufgrund der Zunahme von Essstörungen oder Übergewicht zu erheblichen Gefährdungen. Auch bei dem Bf. zu 2. können Gefährdungen nicht ausgeschlossen werden.

c) Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt als klassisches Grundrecht ein Abwehrrecht der Eltern gegenüber staatlichen Eingriffen in Fragen der Kinderpflege und Kindererziehung. Die Gesamtverantwortung der Eltern für das Kind erstreckt sich auf alles, was die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes beeinflusst und gestaltet. Das Elternrecht beinhaltet auch, über das Ziel sowie den Inhalt und die Methoden der Erziehung grundsätzlich frei entscheiden zu können, da weder die elterlichen Erziehungsziele noch die Erziehungsmittel und -methoden von der Verfassung vorgegeben werden. Umfasst ist davon im Einzelnen auch die Bestimmung über Bildung und Ausbildung des Kindes BVerfGE 34, 165 (183) = NJW 1973, 133; BVerfGE 59, 360 (379); = NJW 1982, 1375; BVerfGE 99, 216 (232) = NJW 1999, 557; BVerfG (K) NVwZ-RR 2016, 281 (282).

Durch die Untersagung von Präsenzunterricht in der Schule des Bf. zu 2., kann die Bf. zu 1. die Art und Weise des Schulunterrichts und der Betreuung ihrer Kinder nicht mehr in der von ihnen gewünschten Form bestimmen und unterstützen. Ihr wird die Möglichkeit genommen, für die Zeit während des Präsenzverbots die für ihr Kind ausgewählte und für

gut befundene sowie etablierte Form der Bildungs- und Betreuungseinrichtung in Präsenzform angeleitet durch ausgebildete und qualifizierte Fachkräfte zu wählen und beizubehalten. Die Bf, zu 1. Hat sich mit der Wahl der Schule für ein bestimmtes Bildungskonzept entschieden. (s.o.).Dementsprechend führt die Untersagung dieser Form von Präsenzbildung durch staatliche Anordnung zu einer Beeinträchtigung des elterlichen Rechts, wonach die Eltern die Freiheit haben, für ihr Kind die adäquate Schulbildung nach Ort und Inhalt im Rahmen der Rechtsordnung zu wählen und zugunsten des Kindes aufrecht zu erhalten, so dass eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht von vorneherein ausgeschlossen werden kann.

d) Art. 3 Abs. 1 GG

Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich die mögliche Ungleichbehandlung zulasten der Bf. zu 1. bis 4. aus folgenden Überlegungen, wobei zu berücksichtigen ist, dass der behauptete Gleichheitsverstoß die Auseinandersetzung mit möglichen Gründen erkennen lassen muss, die die geschilderte Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen könnten.

> S. nur BVerfG, Beschl. v. 30.05.2006 – 2 BvR 2412/04 –, juris, Rn. 2.

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.

> BVerfGE 133, 377 (407), juris, Rn. 73
>
> „Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können ([…] stRspr)."
>
> (BVerfGE 133, 377 [408], juris, Rn. 76)

Hierbei ist zu bedenken, dass das angerufene Gericht davon ausgeht, dass es an der Folgerichtigkeit eines gesetzlichen Regelungskonzepts fehlt, wenn die Regelungen, die zum Schutzkonzept gehören, „von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogen" (BVerfGE 121, 317 [362], juris, Rn. 134) bzw. durch „weitreichende Ausnahmevorschriften" (BVerfGE 121, 317 [363], juris, Rn. 136) geprägt sind, mit denen „das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen" (BVerfGE 121, 317 [360], juris, Rn. 128) wird. Gefahreinschätzungen, so betont das Bundesverfassungsgericht, sind nicht folgerichtig umgesetzt, wenn vergleichbare Gefährdungen in demselben

Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (BVerfGE 121, 317 [362 f.], juris, Rn. 135 a.E.).

Ein Gleichheitsverstoß liegt jedenfalls darin, dass Schulen ab dem Inzidenzwert von 165 je 100.000 Einwohner besonders in Pflicht genommen werden, während andere außerhäusliche Settings, namentlich Arbeitsstätten, als Beteiligte am Infektionsgeschehen in diesem Punkt nicht zusätzlich reguliert werden – und auch sonst wesentlich weniger strengen Regularien unterliegen. Zudem werden Grundschulen und KiTas ungerechtfertigt mit weiterführenden Schulen gleichbehandelt, obwohl Grundschullehrer und Erzieher nach der Corona-Impf-VO prioritär geimpft wurden, gerade um einen früheren bzw. längeren Präsenzbetrieb zu ermöglichen.

2. Unmittelbarkeit, Selbstbetroffenheit

a) Der Beschwerdeführende zu 2.

Die angegriffenen Bestimmungen des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG betreffen den Bf. zu 2. unmittelbar, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes bedürfte. Selbst wenn die Bf. nicht als Adressaten der Maßnahme im formalen Sinne anzusehen sein sollten, liegt ihre jeweilige rechtliche Selbstbetroffenheit darin begründet, dass eine hinreichend enge Beziehung zwischen ihrer Grundrechtsposition und der angegriffenen Maßnahme besteht. Sobald und soweit die Regelung des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG greift, wird dem Bf. zu 2. der Schulbesuch unmöglich gemacht. Die Untersagung von Präsenzunterricht in Schulen als Gesetzesbefehl bewirkt ohne weiteren Zwischenakt, dass Bf. zu 2. die Schule als Ort des Lernens und der Begegnung nicht mehr aufsuchen kann. Ihm wird dadurch die Teilhabe an sämtlichen Veranstaltungen im Rahmen der Schule, die bei Wegfall der angegriffenen gesetzlichen Regelung in Präsenz stattfinden würden, verwehrt.

b) Die Beschwerdeführende zu 1.

Die Bf. zu 1. Ist durch das Präsenzunterrichtsverbot bezüglich ihres Sohne, des Bf. zu 2daran gehindert, die von ihnen für ihre Kinder gewählte Art und Form der Schule und Betreuung fortzuführen und im Sinne einer aus pädagogischen und gesundheitlichen Gründen sinnvollen Kontinuität beizubehalten. Überdies wird sie durch das Präsenzverbot in die Pflicht genommen, bestimmte Aufgaben, die ansonsten in den – aus guten Gründen professionellen – Verantwortungsbereich der Schule fallen, selbst zu übernehmen ohne dafür besonders geschult zu sein oder die zeitlichen Ressourcen ohne anderweitige Abstriche bei der Gestaltung der

Familienzeit zur Verfügung stellen zu können. Insofern liegt auch eine unmittelbare Selbstbetroffenheit der Bf. zu 1. vor.

3. Gegenwärtigkeit

Die Beschwer ist jeweils auch gegenwärtig, denn sie betrifft die Bf. zu 1. bis 4. jetzt und nicht erst in Zukunft. Nach dem Kriterium der gegenwärtigen Betroffenheit muss die Maßnahme den Bf. aktuell einschränken (BVerfGE 102, 197 (206 f.); 121, 69 (88)). Dies kann bereits dann der Fall sein, wenn klar abzusehen ist, dass und wie der Bf. in der Zukunft von der Regelung betroffen sein wird (BVerfG, Urteil vom 27. 9. 2005 - 2 BvR 1387/02; NVwZ 2005, 1295)).

Selbst wenn die Rechtsfolge des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG aufgrund eines niedrigeren Inzidenzwertes als 165 nicht eintritt oder wieder außer Kraft tritt, haben die Bf. zu befürchten, dass der in § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG festgelegte Inzidenzwert innerhalb weniger Tage oder Wochen erreicht wird und die Rechtsfolge automatisch greift. Die Bf. haben auf die Über- oder Unterschreitung des Inzidenzwertes von 165 selbst keinen Einfluss, so dass sie den automatischen Eintritt der Rechtsfolge auch nicht abwenden können. Überdies handelt es sich bei den Inzidenzzahlen um Zahlen, die von der Anzahl der durchgeführten Tests und somit von der jeweiligen Teststrategie abhängen. Dass der Bundesgesetzgeber die angefochtene Regelung mit dem Ziel einer Eindämmung des Infektionsgeschehens spontan und kurzfristig erlassen hat – vom veröffentlichten Kabinettsentwurf bis zum Inkrafttreten verging nur wenig mehr als eine Woche –, zeigt zudem, dass er selbst von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausging, dass die von ihm festgelegten Inzidenzzahlen in weiten Teilen bundesdeutschen Gebiets erreicht werden könnten.

Wie oben gezeigt, ist die Inzidenzwertschwelle im Landkreis vorliegend überschritten.[97]

III. Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG)

Gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG sind Verfassungsbeschwerden innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten zu erheben. Diese Frist ist eingehalten (Inkrafttreten der angegriffenen Bestimmungen am 23. April 2021).

[97] Oben unter Gliederungspunkt A. am Ende.

IV. Vorherige Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG)

Gegen formelle Bundesgesetze ist kein Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG eröffnet. Deshalb müssen die Bf. zu 1. bis 4. auch keinen Rechtsweg erschöpfen.

V. Grundsatz der Subsidiarität

Auch das Kriterium der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht nicht entgegen (vgl. Beschl. des 1. Senats vom 05.05.2021 – 1 BvR 781/21 u.w. Rn. 26).

Die Bf. verfügen über keine Möglichkeiten, einen zeitgerechten Rechtsschutz gegen die gesetzlichen Regelungen ohne Anrufung des Bundesverfassungsgerichts zu erlangen.

Da ein möglicher Verfassungsverstoß des gesetzlich angeordneten Präsenzunterrichtsverbots ohnehin vom angerufenen Fachgericht nicht behoben werden könnte, müsste dieses das Verfahren aussetzen und die verfassungsrechtlichen Fragen dem Bundesverfassungsgericht vorlegen (vgl. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG). Da die verfassungsrechtlichen Fragen bislang noch kaum diskutiert sind, ist es bei realistischer Einschätzung der Lage nicht wahrscheinlich, dass das Fachgericht einen solchen Aussetzungs- und Vorlagebeschluss fassen wird.

Entscheidend ist aber die zeitliche Dimension: Angesichts der Arbeitsbelastung der Verwaltungsgerichte und der daraus resultierenden Bearbeitungszeiten ist nicht damit zu rechnen, dass dieses rechtzeitig vor dem Außerkrafttreten am 30. Juni 2021 und den bis dahin eingetretenen Lernverlusten einen solchen Beschluss fällen wird

Wie bereits unter B. V. 2. b) dargelegt, sind bereits entstandene Lernverluste und durch das anhaltende Präsenzunterrichtsverbot noch zu erwartende Lernverluste aufgrund der Aussagen führender Experten nicht mehr zu kompensieren.

> Hierzu etwa BVerfGE 97, 157 (165), juris, Rn. 3 a.E.; BVerfGE 125, 260 (306), juris, Rn. 179

Effektiven Rechtsschutz kann somit allein das angerufene Gericht bieten.

Hilfsweise wird außerdem geltend gemacht, dass im vorliegenden Fall jedenfalls die Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG erfüllt sind. Diese gelten sinngemäß auch für die Subsidiarität.[98]

[98] Vgl. BVerfGE 108, 370 (386).

Die Verfassungsbeschwerde ist von allgemeiner Bedeutung, weil sie die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt und über den Fall der Bf. Hinaus zahlreiche gleichgelagerte Fälle praktisch mitentschieden werden.[99] Von den Ge- und Verboten, gegen welche die vorliegende Verfassungsbeschwerde sich wendet, sind viele Millionen Menschen betroffen. Die Entscheidung des vorliegenden Falles erspart deshalb eine große Vielzahl anderer Prozesse. Es geht auch um die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen. Einen Grundrechtseinschränkungsautomatismus, wie er in § 28b Abs. 1 und Abs. 3 S. 3 u. S. 9 IfSG vorgesehen ist, hat es bisher noch nicht gegeben. Die vorgesehenen Grundrechtseinschränkungen sind auch im Hinblick auf die Vielzahl der Betroffenen äußerst weitreichend. Es hat auch noch nie in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eine Situation gegeben, in der – wie hier – die Grundrechte aller Menschen in Deutschland in schwerwiegender Weise zur Bekämpfung von Gefahren beziehungsweise Risiken eingeschränkt werden, obwohl die allermeisten von ihnen Nichtstörer – also für die bekämpften Gefahren oder Risiken nicht verantwortlich – sind. Dies wirft Fragen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Freiheitseinschränkungen auf, die bisher noch nicht verfassungsgerichtlich geklärt worden sind. Zur Klarstellung sei betont: Mit dieser Verfassungsbeschwerde wird nicht die konkrete Beurteilung der epidemischen Lage durch die Bundesregierung und die Gesetzgebungsorgane im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes angegriffen, sondern es geht allein darum, ob der Gesetzgeber mit den in § 28b Abs. 1 und Abs. 3 S. 3 und S. 9 IfSG vorgesehenen juristischen Mitteln auf diese Lage reagieren darf. Diese Frage kann ohne Aufbereitung des Tatsachenmaterials durch die Fachgerichte vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden. durch die Fachgerichte. Für beides gibt es im vorliegenden Fall keine Notwendigkeit.

Somit ist die Verfassungsbeschwerde auch unter dem Aspekt der Subsidiarität zulässig.

[99] Vgl. BVerfGE 108, 370 (386) m. Hinw. auf BVerfGE 19, 268 (273); 85, 167 172).

D.
Begründetheit der Verfassungsbeschwerden

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, da § 28b Abs. 3 Satz 3 und Satz 9 i.V.m. S. 3 in die Grundrechte der Bf. in verfassungsrechtlich ungerechtfertigter Art und Weise eingreifen.

I. Berührte Schutzbereiche der Freiheitsrechte der Beschwerdeführenden

1. Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Dass der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG betroffen ist, wurde bereits unter C. II. 1 a) dargelegt, so dass auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen wird. Gleiches gilt für den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (oben C. II. 1 a)).

2. Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Das BVerfG umschreibt den Schutzbereich des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) wie folgt:

> „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Die Erziehung des Kindes ist damit primär in die Verantwortung der Eltern gelegt, wobei dieses ‚natürliche Recht' den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird. Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen […]. Diese primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, dass die Interessen des Kindes am besten von den Eltern wahrgenommen werden. Dabei wird sogar die Möglichkeit in Kauf genommen, dass das Kind durch einen Entschluss der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben getroffenen Erziehungsentscheidung vielleicht vermieden werden könnten […]. In der Beziehung zum Kind muss aber das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein […]."
>
> (BVerfG, NJW 2010, 2333 [2334], juris, Rn. 33. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt)

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt als klassisches Grundrecht ein Abwehrrecht der Eltern gegenüber staatlichen Eingriffen in Fragen der Kinderpflege und Kindererziehung. Die Gesamtverantwortung der Eltern für das Kind erstreckt sich auf alles, was die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes beeinflusst und gestaltet. Das Elternrecht beinhaltet auch, über das Ziel sowie den Inhalt und die Methoden der Erziehung grundsätzlich frei entscheiden zu können, da weder die elterlichen Erziehungsziele noch die Erziehungsmittel und -methoden von der Verfassung vorgegeben werden. Umfasst ist davon im Einzelnen auch die Bestimmung

über Bildung und Ausbildung des Kindes (BVerfGE 34, 165 (183) = NJW 1973, 133; BVerfGE 59, 360 (379); = NJW 1982, 1375; BVerfGE 99, 216 (232) = NJW 1999, 557; BVerfG (K) NVwZ-RR 2016, 281 (282). Vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst ist weiterhin auch die Frage, wie die Eltern die außerfamiliale Kinderbetreuung oder den Schulbesuch organisieren Die Untersagung von Präsenzunterricht berührt damit den Schutzbereich des Elterngrundrechs.

II. Eingriffe in die Freiheitsrechte der Beschwerdeführenden

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das ab Überschreitung des Schwellenwerts der Sieben-Tage-Inzidenz von über 165 geregelte Präsenzverbot tritt laut Gesetzesbefehl automatisch ab dem übernächsten Tage nach Erreichen des Werts ein. Die Norm ist folglich „self-executing“, da es für den Eintritt der Rechtsfolge keines weiteren rechtlichen Umsetzungsaktes mehr bedarf. Ein gesetzlicher Vollzug der Norm ist vom Gesetzgeber weder erwünscht noch vorgesehen. Insofern genügt die Norm sich selbst, um unmittelbar die für den Bf. belastende Wirkung zu entfalten.

Ob es sich für der Bf. zu 2. bei der ihm gegenüber wirkenden gesetzlichen Anordnung noch um einen Eingriff nach dem klassischen Eingriffsbegriff handelt oder um einen Eingriff, der nach dem „modernen“ Eingriffsbegriff auch mittelbare bzw. faktische Grundrechtsverkürzungen erfasst, bedarf keiner Entscheidung, da sowohl bei Zugrundelegung des klassischen Eingriffsbegriffs als auch bei Zugrundelegung des modernen Eingriffsbegriffs das Vorliegen eines Eingriffs zu bejahen wäre.

So läge ein Eingriff unter dem Gesichtspunkt der Finalität bereits deshalb vor, da es dem Gesetzgeber gerade darauf ankommt, mit der Untersagung von Präsenzunterricht die sozialen Kontakte in Schulen zu unterbinden.

Die Anknüpfung der Regelung an die Institution der Schule für die Schließung ist hier nur das Mittel, um das dahinterstehende Ziel, die Unterbindung sozialer Kontakte innerhalb der Schule, herbeizuführen. Die Maßnahme zielt damit über den Umweg der allgemein angeordneten Untersagung von Präsenzunterricht direkt auf die Personen, die ohne das gesetzliche Verbot die Möglichkeiten hätten, am Präsenzunterricht – zumindest im Modell des Wechselunterrichts – oder an der Präsenzbetreuung teilzunehmen und im Rahmen angemessener

Hygienemaßnahmen soziale Kontakte mit Klassenmitgliedern sowie Lehrkräften oder Kindergartenfreunden und pädagogischen Fachkräften zu pflegen. Zu diesem Personenkreis gehört auch der Bf. zu 2.

Alternativ und für den Fall, dass das Vorliegen eines finalen Eingriffs vom angerufenen Gericht verneint würde, wäre jedoch ein Eingriff aufgrund des „modernen“ Eingriffsbegriffs anzunehmen. Danach sind auch mittelbare oder faktische Schutzbereichsverkürzungen ausreichend, um einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG zu begründen, zumindest wenn es sich um eine Einwirkung von nicht nur unerheblichem Gewicht handelt, die über eine bloße Reflexwirkung hinausgeht.

Entsprechend hat das angerufene Gericht bereits zum Ladenschlussgesetz entschieden, dass das Ladenschlussgesetz im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit der Verbraucher über eine bloße Reflexwirkung hinausgehe. Obwohl in diesem Fall die formellen Adressaten des Gesetzesbefehls nicht die Verbraucher selbst waren, sondern die Inhaber der Verkaufsstellen, da die an den Ladeninhaber gerichtete Norm die Kundschaft zwangsläufig am Einkauf hindere, wirke diese für die Verbraucher wie ein unmittelbar an diese gerichteter Gesetzesbefehl (BVerfG, Urteil v. 29.11.1962 – 1 BvR 758/57).

Diese Voraussetzungen sind als erfüllt anzusehen. Die Beeinträchtigung Bf. zu 2. durch das Schulpräsenzverbot ist erheblich. Viele der sozialen Kontakte erfolgen in der Schule. Die Präsenzbegegnung mit Klassenmitgliedern und Lehrkräften ist Voraussetzung für erfolgreiches Lernen, für den individuellen Werdegang sowie die Entwicklung sozialer Fähigkeiten. In Zeiten von Präsenzunterricht findet Schule für den Bf. zu 2. im Umfang eines gewöhnlichen wöchentlichen Stundenpensums für eine zweite Klasse in einer Grundschule statt. Während der Dauer der gesetzlich angeordneten Untersagung von Präsenzunterricht ist er für den gesamten Zeitraum daran gehindert, diesen sozialen Kontakten in der von ihm präferierten und für ihn möglichst entwicklungsförderlichen Art und Weise mit dem Ziel sich möglichst umfassend und erfolgreich zu bilden, nachzugehen. Folglich ist die Benachteiligung des Bf. zu 2. durch die gesetzliche Regelung auch als erheblich einzustufen. So erfüllte die gesetzlich angeordnete Untersagung von Präsenzunterricht auch aufgrund ihrer Wirkungsintensität für den Bf. zu 2. die Voraussetzungen für einen faktischen Eingriff von erheblichem Gewicht und folglich die Anforderungen an den modernen Eingriffsbegriff.

2. Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Eine Beeinträchtigung liegt auch bei einer Gefährdung des Rechtsguts vor.[100] Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH ist beispielsweise eine Suizidgefahr als Folge einer Zwangsräumung oder Zwangsversteigerung als schwerwiegender Grundrechtseingriff zu berücksichtigen.[101]

In der Sachverhaltsdarstellung wurden bereits erhebliche Beeinträchtigungen zahlreicher Kinder und Jugendlicher infolge der Infektionsschutzmaßnahmen und Kontaktbeschränkungen dargelegt und durch Verweis auf entsprechende Studien und Berichte aus der Fachwelt nachgewiesen.[102]

Distanzunterricht führt zu einer drastischen Erhöhung von Bildschirmzeiten, nämlich um das Vierfache. Nach den Erziehungsmaximen der Mutter des Bf. sind derart intensive Nutzung elektronischer Medien der Gesundheit abträglich. Ihre Nutzung wird üblicherweise restriktiv gehandhabt. Studien aus China zeigen, dass die Zahl der Kinder mit Sehschwäche aufgrund zu langer Bildschirmzeiten und fehlender Aufenthalte im Freien infolge von Lockdown und Homeschooling drastisch gestiegen ist. [103]

In einem dramatischen Appell der sog. „Jungen DGKJ - Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin e.V.“ vom 21. Januar 2021 warnen Kinderärzte/innen vor den Folgen der Schließung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen, und verweisen auf die Auswirkungen fehlender sozialer Kontakte und ein „kaum aufzuholendes Bildungsdefizit, was im weiteren Verlauf schlechtere Ausbildungs- und Berufschancen und somit einen niedrigeren sozio-ökonomischen Status nach sich zieht“. [104]

Einer Meldung des BR zufolge sei laut deutschen Kassenärzten die Zahl der verhaltensauffälligen Kinder durch den „Lockdown“ massiv gestiegen; Folge seien auch schwere psychische und körperliche Störungen als Folge der Einschränkungen.[105]

---

[100] Jarass/Pieroth, a.a.O. Rn. 89.

[101] Jarass/Pieroth, a.a.I. Rn. 105 m.w.N.

[102] Oben unter B. V. 1., Seite 30

[103] Süddeutsche Zeitung vom 19. Januar 2021, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/wissen/corona-kurzsichtigkeit-lockdown-homeschooling-1.5179537

[104] Appell unter https://www.dgkj.de/die-gesellschaft/aufgaben-und-angebote/appell-der-jungen-dgkj

[105] Artikel vom 30. Januar 2021, abrufbar unter https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/koerperliche-und-seelische-stoerungen-bei-kindern-durch-lockdown,SNZNFS8

Der Neurobiologe Prof. Gerald Hüther warnt am 24. Januar 2021 in einem Interview des Deutschlandfunks[106] vor dramatischen Konsequenzen der Corona-Schutzmaßnahmen für die soziale und neurobiologische Entwicklung von Kindern. Junge Menschen unterdrückten seit fast einem Jahr massiv ihre tiefsten Bedürfnisse. Dieser Zeitraum sei für ein siebenjähriges Kind etwa so lang wie zehn Jahre für einen siebzigjährigen Menschen. Das habe auch Veränderungen im Gehirn zur Folge, die nicht ohne weiteres reparabel seien und dazu führen können, dass die Freude am Zusammensein mit anderen Menschen sowie am spielerischen Lernen, die Kinder vor allem in Schule und Kindergarten entwickelten, verloren gingen. Durch die Kontaktbeschränkungen und die Schließung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen sei Kindern ein wichtiges Lernfeld genommen. Prof. Hüther äußert große Sorge, dass in der Pandemie eine Generation junger Menschen heranwachse, die die eigene Lebendigkeit als Kind nicht mehr erfährt und sich später auch nicht mehr daran erinnern könne.

Wie das Karlsruher Institut für Technologie (KIT) untersucht hat, ist im Zuge des 2. Lockdowns ein deutlicher Bewegungsmangel bei Kindern und Jugendlichen aufgetreten:[107]

> „Durch die höhere Inaktivität gab fast die Hälfte der Befragten nach eigener Einschätzung an, dass ihre Fitness stark gesunken sei. Bei knapp 30 Prozent sei das Gewicht gestiegen“.

Auch Perikles Simon, Leiter der Abteilung Sportmedizin am Institut für Sportwissenschaft der Universität Mainz und einer der renommiertesten seines Fachs, betont:

> "Bewegung ist lebensnotwendig, Bewegungsarmut fördert Krebs- und Herzkreislauferkrankungen. Die Politik in der Pandemie ist aber darauf ausgerichtet, dass Bewegung eigentlich egal ist."[108]

Berthold Koletzko, Vorsitzender der Ernährungskommission der Deutschen Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin, erklärte:

> „Fast jedes zehnte Kind unter 14 Jahren, das bisher normalgewichtig war, hat im vergangenen Jahr Übergewicht entwickelt“.[109]

Gleichzeitig wirken sich das fehlende Sportangebot und die mangelnde Tagesstruktur auch auf die seelische Gesundheit der Heranwachsenden aus. „Viele beschäftigen sich

---

[106] Audio-Link unter https://www.deutschlandfunk.de/neurobiologe-huether-ueber-lockdown-folgen-schule-ist-der.694.de.html?dram:article_id=491369

[107] Siehe unter: https://www.sek.kit.edu/kit_express_6163.php

[108] Siehe: https://www.zeit.de/sport/2021-04/bewegung-corona-krise-kinder-jugendliche-sport-lockdown/komplettansicht; sieh auch https://zeitung.faz.net/faz/sport/2021-04-17/4fbecaf8cf74c49b1ecd89500f376cec/?GEPC=s3

[109] Siehe https://www.welt.de/wirtschaft/article230464745/Bewegungsmangel-Mehr-Adipositas-und-Magersucht-bei-Kindern.html

den ganzen Tag mit ihrer Figur und ihrem Gewicht und haben so stark Angst zuzunehmen, dass sie eine Essstörung entwickeln“, sagt Beate Herpertz-Dahlmann, Direktorin der Aachener Uniklinik für Psychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie des Kindes- und Jugendalters. Allein im vergangenen Quartal sei die Zahl der Magersüchtigen um 25 Prozent gegenüber dem Vorjahreszeitraum gestiegen. Das geht aus Daten der Ersatzkassen hervor. „Viele Patienten befinden sich in einem beängstigenden Zustand.“ Neben Magersucht litten viele unter Essattacken oder Bulimie. Es ist anzunehmen, dass die Zahl der Betroffenen mit jedem Monat ansteigt, den der Lockdown anhält.[110]

Der Bewegungsmangel von Schülern infolge des Präsenzverbots, der noch durch die Einschränkungen sportlicher Aktivitäten gem. § 28b Abs. 1 Nr. 6 IfSG verstärkt wird – zumal Kinder weniger geneigt sind, bloßen Individualsport zu betreiben – verursacht somit für sie evident eine erhebliche Gesundheitsgefahr. Eine solche Gefahr besteht somit auch für den Bf. zu 2.

3. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Wie dargelegt, ist die Mutter, die Bf. zu 1., gemäß § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG daran gehindert, ihr Kind in die gewünschte Schule mit der favorisierten Unterrichtsform in Präsenz zu schicken. Damit wird ihnen kraft Gesetzes, also mittels eines „klassischen“ rechtssatzförmigen Eingriffs, die Befugnis zur möglichst unbeeinflussten Entscheidung über eine Maßnahme der Bildung und Erziehung als Teil der Elternverantwortung im Sinne der „Erziehung“ des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG genommen, über die sie (gebunden an die Vorgabe, das Kindeswohl zu wahren) möglichst frei sollen befinden können.

III. Eingriffsrechtfertigung

Grundrechtseingriffe bedürfen einer hinreichend bestimmten, formell und materiell verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage.

[110] Siehe unter: https://www.welt.de/wirtschaft/article230464745/Bewegungsmangel-Mehr-Adipositas-und-Magersucht-bei-Kindern.html

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG

a) Fehlende Kompetenz des Bundesgesetzgebers

Dem Bundesgesetzgeber fehlt die Kompetenz eine Regelung, wie die des § 28 Abs. 3 S. 3 IfSG zu erlassen. Für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten“ besteht zwar nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Allerdings handelt es sich bei der Regelung zum Präsenzunterrichtsverbot um eine Regelung, die das Schulwesen betrifft und damit in der ausschließlichen Kompetenz der Länder nach Art. 70 GG liegt. Diese Kompetenz der Länder umfasst die Festlegung der Schulorganisation sowie der Erziehungsprinzipien und Unterrichtsgegenstände. Darunter fallen auch Regelungen zur Schließung von Schulen sowie zur Art und Weise der Durchführung des Unterrichts.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der Bundesgesetzgeber nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG berechtigt ist, Regelungen des Infektionsschutzes zu erlassen, die auch Gemeinschaftseinrichtungen betreffen, für die die Länder eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz besitzen. Gleichwohl kann dies nicht uneingeschränkt gelten, insbesondere dann nicht, wenn der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz festlegen möchte, ob diese Einrichtungen überhaupt betrieben werden dürfen. Denn die Frage des „ob“ des Betriebs einer Einrichtung, die unter den Regelungsgegenstand einer ausschließlichen Kompetenz der Länder steht, ist von so grundlegender Bedeutung, dass sie der Bund nicht über Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG an sich ziehen kann. Der Schwerpunkt der Maßnahme zugunsten des Infektionsschutzes findet hier seine Grenze in der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Hingegen ist es dem Bund danach durchaus gestattet, das „wie“ des Betriebes einer Gemeinschaftseinrichtung im Hinblick etwa auf angemessene Hygieneschutzmaßnahmen zu regeln. Nur handelt es sich bei § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG nicht mehr um eine Regelung, die die Art und Weise des Betriebs einer Schule und damit das „wie“ betrifft, sondern um eine Regelung, die den Schulbetrieb insgesamt zum Erliegen zu bringen geeignet ist und damit bereits die Schwelle zum „ob“ des Betriebs einer Schule überschritten hat, so dass die Regelung nicht mehr von der Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gedeckt ist.

Dies verdeutlicht auch folgende Erwägung: die Frage, ob im konkreten Fall trotz einiger Inzidenzen in Schulen dem Präsenzunterricht Vorrang vor dem Infektionsschutzgesetz einzuräumen ist, weil die Nachteile für die Bildungsbiographien von Schülerinnen und Schülern als gravierender eingestuft werden, kann vom Bund mangels eigener Kompetenz nicht entschieden werden, sondern fällt in den Kompetenzbereich der Länder – jedenfalls solange, wie sich

das Infektionsgeschehen nicht im Schulbereich konzentriert und der Infektionsschutz das Bildungsinteresse eindeutig und erheblich überwiegt (was derzeit eindeutig nicht der Fall ist).

b) Verstoß gegen die Zustimmungspflicht des Bundesrates

Was die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die fehlende Zustimmung des Bundesrates anbelangt, wird auf die in den Verfassungsbeschwerden der Mitglieder der FDP-Bundestagsfraktion durch Prof. Kingreen gemachten Ausführungen verwiesen. Konkret wird dazu von Prof. Kingreen ausgeführt:

> „Die Verfassungsbeschwerde ist bereits deshalb begründet, weil die angegriffenen Regelungen entgegen Art. 104a Abs. 4 GG ohne die Zustimmung des Bundesrates zustande gekommen sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts darf in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger nur durch ein Gesetz eingegriffen werden, das nicht mit der verfassungsmäßigen Ordnung vollständig in Einklang steht. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz sowohl die formellen als die materiellen Vorgaben des Grundgesetzes einhält. Zu den formellen Vorgaben des Grundgesetzes, die so über eine Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden können, gehört auch die fehlende Zustimmung des Bundesrates.
>
> I. Zustimmungspflicht, Art. 104a Abs. 4 GG
>
> Eine Zustimmung des Bundesrates war nach Art. 104a Abs. 4 GG erforderlich. Für eine Zustimmungspflicht des Bundesrates kommt es nicht auf die einzelne Regelung an. Es reicht vielmehr aus, wenn das Gesetz insgesamt eine zustimmungspflichtige Regelung enthält. Zustimmungspflichtig ist nur das „Bundesgesetz“ als solches, nicht seine einzelnen Teile. Jede andere Betrachtung würde vernachlässigen, dass nur das Gesetz als Ganzes beschlossen wird und Gegenstand der Willensbildung im Bundesrat ist – nicht einzelne Vorschriften. Auch eine Ausweitung der Zustimmungspflichten des Bundesrates ist kein überzeugendes Argument, denn es steht dem Gesetzgeber frei, ein Gesetzesvorhaben in verschiedene Teile aufzuspalten. Dies ist in der Staatspraxis aber unüblich.
>
> 1. Nach Art. 104a Abs. 4 GG sind Bundesgesetze zustimmungspflichtig, wenn sie die Länder zu Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten verpflichten und die Länder dieses Gesetz als eigene Angelegenheit ausführen oder im Auftrage des Bundes nach Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG.
>
> 2. Die Zustimmungspflicht gemäß Art. 104a Abs. 4 GG ergibt sich vorliegend aus § 28b Ab-satz 3 S. 2 und 3 sowie S. 8 i.V.m. § 56 Abs. 1a, § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG.
>
> a) § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG sieht vor, dass Schulen in einem Landkreis oder einer kreis-freien Stadt ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 100 in den Wechselunterricht übergehen müssen und ab einer Sieben-Tage-Inzidenz von 165 ganz auf Präsenzunterricht verzichten müssen. Letzteres gilt nach § 28b Abs. 3 S. 8 IfSG auch für Kinderhorte und Kindertages-stätten als Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 Nr. 1 und 2 IfSG. Folge dieser Maßnah-men ist, dass Kinder im Kindergartenalter sowie Schüler zumindest an einzelnen Tagen nicht mehr in der Schule bzw. Kindertagesstätte betreut werden. Dies müssen in vielen Fällen die Eltern übernehmen, was zu einem Verdienstausfall führen kann. In § 56a Abs. 1a IfSG hat der Gesetzgeber einen Anspruch auf „Entschädigung“ begründet, der diese Ausfälle zumindest zeitweilig auffangen soll, wenn für ein Kind jünger als 12 Jahre eine andere zumutbare Kinderbetreuung nicht zur Verfügung steht. § 56 Abs. 1a IfSG erfasst als Unterfälle der Aufhebung der Präsenzpflicht gerade auch Wechselunterricht und digitalen Unterricht der Schulen. Die Kosten für diese Entschädigung tragen nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG die Länder. Seinem Wortlaut nach knüpft § 56 Abs. 1a IfSG an eine Schließung einer Einrichtung oder Aufhebung der Präsenzpflicht „durch die zuständige Behörde“ an.

Nach seinem Sinn und Zweck werden aber auch Konstellationen erfasst, in denen diese Maßnahme im Wege einer Verordnung nach § 32 IfSG, einem Landesgesetz anstelle einer Verordnung nach § 32 IfSG gemäß Art. 80 Abs. 4 GG oder aber – wie im Falle des § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG unmittelbar durch ein Bundesgesetz und die Feststellung des Überschreitens der Schwellenwert durch das RKI nach § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG angeordnet wird. Ziel der Regelung ist eine Entlastung der betroffenen Eltern, aus deren Sicht die Form staatlichen Handelns nicht relevant ist.

b) Die Voraussetzungen des Art. 104a Abs. 4 GG liegen vor.

Das Infektionsschutzgesetz wird von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt. Bei § 56 Abs. 1a IfSG handelt es sich um eine Geldleistungspflicht im Sinne des Art. 104a Abs. 4 GG, deren Kosten die nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 IfSG allein die Länder tragen (dazu aa)). Die Fälle, in denen eine solche Geldleistung zu gewähren ist, werden durch das vorliegende Gesetz modifiziert und ausgeweitet; dies steht einer Begründung der Geldleistungspflicht gleich (bb)).

aa) Die Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG ist eine Geldleistung nach Art. 104a Abs. 4 GG. Geldleistungen nach Art. 104a Abs. 3 und 4 GG sind „gegenleistungsunabhängige, einmalige oder laufende, auch als Darlehen gewährte geldliche Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln an private oder ihnen gleichgestellte öffentliche Empfangsberechtigte.“30 Bei einer Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG handelt es um eine freiwillige, nicht rückzahlbare Unterstützungsleistung des Staates; die Bezeichnung „Entschädigung“ kann insoweit irre-führen, als sie den Eindruck vermittelt, der Staat wäre zu dieser Unterstützungsleistung verpflichtet.

Eine Geldleistung nach Art. 104a Abs. 4 GG zeichnet sich ferner dadurch aus, dass den Ländern bei ihrer Gewährung kein Spielraum bleibt, sondern diese vollständig durch das Bundesgesetz determiniert wird. Dies entspricht dem Ziel der Regelung: Sie soll verhindern, dass der Bund einseitig den Ländern finanzielle Lasten aufbürdet. Im Fall des § 56 Abs. 1a IfSG sind Voraussetzungen und – in den Absätzen 2 bis 8 – der Umfang der Geldleistungs-pflicht abschließend beschrieben. Sobald die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht erfüllt sind, hängt es allein von der Initiative der Anspruchsberechtigten ab, ob das Land eine Entschädigung zahlen muss.

bb) Die Geldleistungspflicht wird durch das vorliegende Gesetz begründet, auch wenn die Grundlage der Entschädigung in § 56 Abs. 1a IfSG formal unverändert bleibt.

(1) § 28b Abs. 3 S. 2, 3 und 8 IfSG legen nunmehr zwingend fest, wann – ohne weitere Entscheidungen der Länder – die Schulen in den Wechselunterricht übergehen, kein Präsenzunterricht mehr stattfindet sowie Kindertagesstätten geschlossen werden. Unmittelbare Folge des Überschreitens der Schwellenwerte in § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG ist, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1a automatisch vor-liegen, weil Kinder zuhause betreut werden müssen. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage haben die Länder hier keinen Handlungsspielraum mehr und können damit den Eintritt der Entschädigungspflicht nicht mehr beeinflussen.

Hiermit ist nicht nur eine Verringerung der Entscheidungsspielräume der Länder verbunden. Es ist auch davon auszugehen, dass die Länder höhere finanzielle Belastungen treffen als vor Erlass des § 28b Abs. 3 S. 2 und 3 IfSG. Im Gesetzgebungsverfahren sind die Schwellenwerte gegenüber dem Gesetzentwurf herabgesetzt worden. Ziel dieser Änderung war es gerade, die als zu großzügig empfundene Praxis vieler Bundesländer zu beenden, auch bei höheren Inzidenzwerten Präsenzunterricht ganz oder teilweise aufrechtzuhalten. Damit ist aber auch eine stärkere finanzielle Belastung der Länder untrennbar verbunden.

(2) Aus dem Sinn und Zweck des Art. 104a Abs. 4 GG sowie der Entstehungsgeschichte der Norm ergibt sich, dass es für die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit allein auf die finanziellen Auswirkungen einer Gesetzesänderung ankommt. Sinn und Zweck des Art. 104a Abs. 4 GG ist es, die Länder vor einer einseitigen Festlegung von Ausgaben durch den Bund möglichst umfassend zu schützen. Dies zeigt sich bereits daran, dass eine Erheblichkeitsschwelle im Rahmen der Föderalismusreform zwar diskutiert wurde, aber keinen Eingang in den Verfassungstext gefunden hat.33 Somit reicht jede finanzielle Mehrbelastung aus, um die Zustimmungspflicht des Bundesrates zu begründen.

II. Keine Umdeutung des fehlenden Einspruchs in eine Zustimmung

Eine Entscheidung des Bundesrates, von einem Einspruch nach Art. 77 Abs. 3 GG abzusehen, kann auch nicht in eine Zustimmung umgedeutet werden. Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche Umdeutung – wie auch der weit überwiegende Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur – grundsätzlich abgelehnt und darauf verwiesen, dass die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates bei einem Zustimmungsgesetz ungleich stärker seien als bei einem Einspruchsgesetz. Hieraus folge, dass der Bundesrat bewusst seine Zustimmung erteilen müsse. Dies entspricht auch der generellen Rechtsprechung des Gerichts, das die Formstrenge des Gesetzgebungsverfahrens betont. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen eine Umdeutung eines Bundesratsbeschlusses vorgenommen, in einem Fall die Umdeutung des Absehens von einem Einspruch in eine Zustimmung. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung auf die außergewöhnlichen Umstände des Einzelfalles ab, aus denen sich eindeutig ergeben habe, dass eine Zustimmung gewollt gewesen sei. Zudem betonte es, dass der Beschluss vor Inkrafttreten der aktuellen Geschäfts-ordnung des Bundesrates getroffen wurde.

§ 30 GOBR sieht jedoch nunmehr vor: „Im Gesetzgebungsverfahren nach den Artikeln 76 bis 78 des Grundgesetzes sind die Abstimmungsfragen so zu fassen, dass sich aus der Ab-stimmung zweifelsfrei ergibt, ob der Bundesrat mit der Mehrheit seiner Stimmen beschlossen hat, (…) einen vom Bundestag beschlossenen Gesetz zuzustimmen, (…) gegen ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz Einspruch einzulegen oder ihn zurückzunehmen.“ Damit gibt § 30 GOBR einen eindeutigen Interpretationsrahmen für Beschlüsse des Bundestages, der heute eine Umdeutung ausschließt. Zudem lässt sich der Debatte des Vierten Bevölkerungsschutz im Bundesrat kein so eindeutiges Meinungsbild entnehmen, dass auch eine Zustimmung des Gesetzes in der vorliegenden Form in jedem Fall gewollt gewesen wäre.

III. Ergebnis

Die angegriffenen Bestimmungen sind schon wegen der fehlenden, aber verfassungsrechtlich zwingenden Zustimmung des Bundesrates verfassungswidrig.“

Zudem wurde zutreffend vom Holger Grefrath argumentiert, dass sich eine Zustimmungspflicht aus Art. 104a Abs. 4 GG auch im Hinblick auf die Testpflicht in Schulen nach § 28b Abs. 3 Satz 1 HS 2 ergibt, weil damit eine Pflicht der Länder zur Erbringung von „geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründet und von den Ländern als eigene Angelegenheit […] ausgeführt wird, und die daraus entstehenden Ausgaben von den Ländern zu tragen sind.[111]

2. Keine hinreichen bestimmte gesetzliche Grundlage – Unvereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip

Da das Gesetz aufgrund des „Inzidenzwert-Automatismus“ bei einer Überschreitung der Inzidenzwerte in zahlreiche Grundrechte von vielen Millionen von Bürgern unmittelbar durch den Gesetzesbefehl erheblich eingreift, müssen die Eingriffsvoraussetzungen und Formen auch hinreichend bestimmt in einem Parlamentsgesetz geregelt sein, welches den Anforderungen des Grundgesetzes genügt.

[111] https://verfassungsblog.de/die-bundesnotbremse-ist-nicht-zustande-gekommen/

Mit § 28b IfSG soll eine „Bundes-Notbremse“ zur Pandemiebekämpfung vorgenommen werden, indem automatisch – ohne weitere Vollzugsakte – bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte der Sieben-Tage-Inzidenz bestimmte Kontakt- und Aufenthaltsverbote eingreifen, die zumeist bußgeld- und ggf. auch strafbewehrt sind. Diese Kontakt- und Aufenthaltsverbote unterbinden wesentliche gesellschaftliche Teilhabemöglichkeiten sowie Freiheits- und Lebensentfaltungen der Menschen.

Dieser an Inzidenzwerte anknüpfende Maßnahmen-Automatismus ist bereits im Vorfeld und parallel zum Gesetzgebungsverfahren des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes aus verfassungsrechtlichen Gründen in die Kritik geraten.[112]

Im Schriftsatz von Prof. Dr. Dietrich Murswiek vom 22.04.2021 der Verfassungsbeschwerden von Carlos A. Gebauer, Florian Post u.a. sind rechtsstaatliche Einwände vorgetragen,[113] denen wir uns anschließen (im Folgenden Zitate aus der im Internet veröffentlichen Begründung Seiten 24-36)[114]:

> „Was ist das Besondere an dem Inzidenzwert-Automatismus und warum ist er mit dem Rechtsstaatsprinzip und den rechtsstaatlichen, grundrechtlich verbürgten Freiheitssicherungen unvereinbar? Dies will ich im folgenden beantworten. Dabei gehe ich zuerst auf die strukturelle Unvereinbarkeit des Automatismus mit dem gewaltenteilenden Freiheitssicherungs- und Rechtsschutzsystem ein (aa), bevor ich darlege, warum der Automatismus dazu führt, dass die Voraussetzungen der Freiheitseinschränkungen nicht vollständig und nicht hinreichend bestimmt im Gesetz festgelegt sind (bb) und dass er zu unverhältnismäßigen Freiheitseinschränkungen führen muss (cc).
>
> aa) Unvereinbarkeit mit dem rechtsstaatlichen System der Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung und das rechtsstaatliche Rechtsschutzsystem
>
> (1) Unvereinbarkeit mit der Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesvollzug
>
> Der Rechtsstaat schützt die Freiheit durch ein System organisatorischer Vorkehrungen (Gewaltenteilung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes), durch die grundrechtlichen Freiheitsgarantien und durch die Verbürgung effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte.
>
> Ein wesentlicher Baustein des Systems rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes ist die Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesvollzug, verbunden mit der Zuständigkeit unterschiedlicher Staatsorgane für Gesetzgebung und Vollziehung. Das pflichtenbegründende Gesetz muss prinzipiell abstrakt und generell sein. Das ist ein wesentliches Element der Sicherung von Gerechtigkeit und Ausschluss von Willkür. Der Vollzug des Gesetzes muss auf die besonderen Umstände des Einzelfalls und der konkreten Situation Rücksicht nehmen. Die situationsbezogen richtige Anwendung des Gesetzes kann der Gesetzgeber im voraus gar nicht abstrakt-

[112] Siehe etwa Ferdinand Kirchhof in der ZDF-Sendung Berlin direkt am 25.04.2021; https://www.zdf.de/politik/berlin-direkt/berlin-direkt-clip-4-450.html.

[113] Vgl. auch ders. Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältsnimäßigkeit von Corona-Maßmahmen, NVwZ-Extra Nr. 5 2021, S. 1-15 (insbes. S. 2, 3 und 9).

[114] Vgl. auch die ähnliche Argumentation von Gall, Stellungname zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheitdes Deutschen Bundestages am 12. November 2020, Ausschussdrucksache 19(14)246(22), S. 3 https://www.bundestag.de/resource/blob/806934/44144d5913d0ec2c294a2031b624b7da/19_14_0246-22-_ESV-Tobias-Gall-3-BevSchG-data.pdf (abgerufen am 26.04.2021).

generell gewährleisten, sondern sie erfordert die situative Beurteilung des Einzelfalls durch eine Verwaltungsbehörde, die vor Ort die Besonderheiten des Falles ermitteln und beurteilen kann. An die Stelle einer im Einzelfall das Gesetz vollziehenden Behörde kann auch eine Landesregierung oder sogar die Bundesregierung treten, wenn es einer für viele Adressaten geltenden Vollzugsregelung durch Rechtsverordnung bedarf, wobei die Rechtsverordnung in den meisten Fällen wiederum durch Behörden im Einzelfall vollzogen wird.

Der freiheitsschützende Charakter der Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesvollzug besteht somit vor allem darin, dass die durch sie eröffnete Möglichkeit der Berücksichtigung der konkreten Einzelfallumstände beziehungsweise der konkreten zu regelnden Lage dazu beiträgt, übermäßige Freiheitseinschränkungen zu vermeiden.

Mit dem Grundsatz der Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesvollzug und somit von Legislative und Exekutive ist § 28b Abs. 1 IfSG nicht vereinbar. Da diese Vorschrift selfexecuting ist, sich also selbst vollzieht, fungiert der Gesetzgeber hier zugleich als Exekutivorgan. Der Gesetzgeber entscheidet selbst über die Vollziehung des Gesetzes, indem er in das Gesetz einen Vollzugsautomatismus einbaut. Die Entscheidung, die im gewaltenteilenden Rechtsstaat von dem für den Gesetzesvollzug zuständigen Exekutivorgan vorzunehmen wäre, hat der Gesetzgeber selbst programmiert, und sie wird dann durch den Inzidenzwert-Automatismus ausgelöst.

Das Gesetz ist daher ein mit dem Rechtsstaatsprinzip prinzipiell unvereinbares Maßnahmegesetz. Es betrifft zwar nicht nur eine Person oder einen Einzelfall (wie bei einer Legislativenteignung), sondern es betrifft eine unbestimmte Vielzahl von Menschen; es enthält eine generelle Regelung.[115] Aber es ist auf eine bestimmte konkrete Lage zugeschnitten, nämlich auf das, was als die durch SARS-CoV-2 ausgelöste „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ bezeichnet wird; und es beschränkt sich nicht darauf, auf diese Lage bezogene abstrakt-generelle Regeln zu erlassen, die dann bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen die Exekutive zu Freiheitseinschränkungen ermächtigen und gegebenenfalls auch verpflichten, sondern es legt selbst fest, welche Beschränkungen der Freiheit durch den Inzidenzwert-Automatismus ausgelöst werden. Damit usurpiert der Gesetzgeber eine Funktion, die im rechtsstaatlichen Gewaltenteilungssystem der Exekutive zusteht. Thorsten Kingreen spricht zutreffend von einem „Formenmissbrauch“, nämlich Missbrauch der Gesetzesform zum Erlass „ihrer Natur nach exekutive(r) Maßnahmen der Gefahrenabwehr“.[116]

So wird es der Exekutive unmöglich gemacht, ihre ureigenste verfassungsrechtliche Aufgabe wahrzunehmen und im konkreten Fall zu prüfen, ob bei Überschreitung des Inzidenz-Schwellenwerts örtlich zur Erreichung des Gesetzeszwecks die im Gesetz vorgesehenen verschärften Lockdown-Maßnahmen überhaupt erforderlich sind [dazu näher unten (cc), insbesondere (cc) (2)]. Auf diese Weise geht eine zentrale rechtsstaatliche Freiheitssicherungsfunktion verloren.

Dieser fundamentale Mangel ist nicht etwa dadurch behoben worden, dass der Gesundheitsausschuss noch eine Bekanntmachungsvorschrift in den Absatz 1 (vorletzter Satz) eingefügt hat: „Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten.“ Diese Norm soll lediglich dem rechtsstaatlichen Publizitätsgebot Rechnung tragen und für Rechtssicherheit bezüglich des jeweils geltenden Rechts sorgen. Sie gibt der zuständigen Behörde keine Prüfungs- und Entscheidungszuständigkeit, sondern die Behörde ist verpflichtet, die Veröffentlichung vorzunehmen, wenn das Schwellenwert-Kriterium des Satzes 1 erfüllt ist. Einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum gibt das Gesetz der Behörde nicht.

---

[115] (25) *Christoph Möllers* hat daher von einem „Maßnahmegesetz mit allgemeiner Geltung“ gesprochen, Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite […], BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)323(2), S. 1.

[116] (26) Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite […], BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)323(19) v. 16.4.2021, S. 3.

(2) Unvereinbarkeit mit der Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)

Die Aufhebung der Unterscheidung von Gesetz und Gesetzesvollzug durch den automatischen Selbstvollzug des Gesetzes führt dazu, dass der fachgerichtliche Rechtsschutz verlorengeht.[117] Während gegen Vollzugsmaßnahmen durch Verwaltungsbehörden oder beim Gesetzesvollzug durch Rechtsverordnungen Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten gegeben ist, ist fachgerichtlicher Rechtsschutz gegen Parlamentsgesetz nicht möglich.

Gegen das Wirksamwerden der „Notbremse", also der in § 28b Abs. 1 IfSG normierten Verbote und Gebote, bei Überschreiten des Schwellenwertes gibt es keinen Rechtsschutz. Damit verstößt § 28b Abs. 1 IfSG gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass gegen Parlamentsgesetze generell kein fachgerichtlicher Rechtsschutz bestehe und als einziger Rechtsbehelf die Verfassungsbeschwerde gegeben sei, und dass Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG nur gegen die Exekutive, nach neuerer Rechtsprechung auch gegen die Rechtsprechung, nicht aber gegen die Gesetzgebung garantiert sei.[118] Denn es geht hier gerade darum, dass der Gesetzgeber eine materielle Verwaltungsentscheidung formell in ein Gesetz verpackt und auf diese Weise dem fachgerichtlichen Rechtsschutz entzogen hat. Statt durch die Verwaltung, die auf Stadt- oder Landkreisebene die Corona-Maßnahmen zuvor durch Allgemeinverfügungen geregelt hat, werden sie jetzt durch den gesetzlichen Inzidenzwert-Automatismus ausgelöst.

Hierauf ist Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab anwendbar. Es wird hier nicht geltend gemacht, dass gegen das Gesetz der Rechtsweg zu den Fachgerichten eröffnet sein müsse, sondern es wird geltend gemacht, dass der Gesetzgeber gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstößt, indem er durch Einbeziehung von Verwaltungsentscheidungen in das Gesetz materielle Verwaltungsentscheidungen dem fachgerichtlichen Rechtsschutz entzieht.

Wäre dies kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, dann könnte der Gesetzgeber künftig die Verantwortlichkeit der Verwaltung und damit auch den fachgerichtlichen Rechtsschutz damit aushebeln, dass er für bestimmte Verwaltungsentscheidungen Algorithmen programmieren lässt, deren Ergebnisse dann Gebote und Verbote triggern.

Der individuelle Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG kann im vorliegenden Fall auch nicht dadurch ersetzt werden, dass gegen das Gesetz ja die Verfassungsbeschwerde möglich ist. Denn im Rahmen der Verfassungsbeschwerde kann nur das Gesetz als solches auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch nicht prüfen, ob im konkreten Fall, in dem in einem Stadt- oder Landkreis der Inzidenzwert-Automatismus des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG ausgelöst wird, die dann automatisch geltenden Maßnahmen der Nr. 1-10 dieser Vorschrift im Hinblick auf die situationsbezogenen Umstände verhältnismäßig und somit verfassungsmäßig sind. Dies ist nicht Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde und dies kann auch gar nicht zulässiger Gegenstand irgendeiner anderen Verfassungsbeschwerde sein. In bezug auf diese Frage gibt es keinen Rechtsschutz bei den Fachgerichten und auch keinen Rechtsschutz beim Bundesverfassungsgericht. Weil das so ist, kann das Gesetz nicht verfassungsmäßig sein, sondern muss die vorliegende Verfassungsbeschwerde Erfolg haben.

Im Falle einer Legislativenteignung – also eines typischen Maßnahmegesetzes – hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass sie nur zulässig sei, wenn die Administrativenteignung „mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann",[119] obwohl ja das Grundgesetz eine Legalenteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG ausdrücklich zulässt. Das Bundesverfassungsgericht

[117] (27) Das ist völlig unstreitig, vgl. z.B.

[118] (28) Zum Stand der Diskussion vgl. die Kommentierung von Michael Sachs, in: ders., GG, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 118 ff.

[119] (29) BVerfGE 95, 1 (22) m. Hinw. auf BVerfGE 24, 367 (398 ff.); 45, 297 (331, 333).

> hat dies mit der Schmälerung des Rechtsschutzes durch Legalenteignungen begründet. Für andere gesetzlich geregelte Administrativmaßnahmen muss Entsprechenden gelten.“

Die Bundeskanzlerin hat am 27.04.2021 in einem „Bürgerdialog“ ausdrücklich erklärt, dass sie mit dem Gesetz das Ziel verfolgt, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auszuschalten, wie der Bayerische Rundfunk berichtete (Zitat):

> "Dadurch, dass wir jetzt ein Bundesgesetz gemacht haben, kann das jetzt nur noch durch das Bundesverfassungsgericht überprüft werden, dass heißt, wir haben nicht mehr die unterschiedlichen Verwaltungsgerichts-Entscheidungen. Es hat die Sache erschwert, dass verschiedene Gerichtsentscheidungen nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz erfolgten, das heißt, wenn der Buchhandel aufmachte, klagte auch der Computerladen und schwups war man auf einer Bahn, dass alle Geschäfte aufmachen sollten."[120]

Die Rechtsschutzmöglichkeiten vor den Verwaltungsgerichten einzuschränken, um eine Anwendung und Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu vermeiden, erweist sich als problematisch. Die Beachtung und Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Fachgerichte dient qua grundgesetzlicher Wertentscheidung dem Gemeinwohl und nicht dazu, erhebliche Nachteile für das Gemeinwohl abzuwenden.

Murswiek führt weiter aus:

> „Eine Notwendigkeit, aus Gemeinwohlgründen einen Automatismus einzuführen, der die rechtsstaatliche Gewaltenteilung aushebelt und den fachgerichtlichen Rechtsschutz ausschaltet, ist für die „Bundes-Notbremse“ nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber hätte auch regeln können, dass unter den Voraussetzung des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG die zuständigen Behörden verpflichtet sind, entsprechende Allgemeinverfügungen zu erlassen beziehungsweise dass die Länder bei landesweiter Erfüllung der Voraussetzung landesweit geltende Rechtsverordnungen erlassen müssen. Dann wäre das Ziel des Gesetzes erreicht, ohne den fachgerichtlichen Rechtsschutz zu beseitigen.[121]“

Die oben zum Sachverhalt dargelegten Umstände, wonach die Erhebung der Inzidenzwerte durch das RKI keine wissenschaftlich repräsentative Abbildung des Infektionsgeschehens (der „Neuinfektionen“) liefert, belegen, dass es für die gesetzgeberische Anknüpfung an diese Zahlen an der erforderlichen Bestimmtheit fehlt. Die schwersten Grundrechtseingriffe seit 1949, die wesentliche Freiheitsrechte von Millionen von Menschen nun seit 14 Monaten erheblich einschränken, können nicht von "Zufallszahlen" und groben Schätzwerten abhängig gemacht werden. Murswiek führt dazu a.a.O. aus:

> (bb) Anknüpfung an die Sieben-Tage-Inzidenz legt die Voraussetzungen der Freiheitseinschränkungen nicht vollständig und nicht hinreichend bestimmt fest

[120] https://www.br.de/nachrichten/kultur/ist-eine-traurige-zeit-angela-merkel-diskutiert-mit-kuenstlern,SVmFR5e

[121] (30) Vgl. Thorsten Kingreen, Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite […], BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)323(19) v. 16.4.2021, S. 5 f.

Grundrechtseinschränkungen sind nur verfassungsmäßig, wenn ihre Voraussetzungen im Gesetz – hinreichend bestimmt – festgelegt sind. Dies ist bei § 28b Abs. 1 IfSG nicht der Fall.

Das § 28b Abs. 1 IfSG macht die dort vorgesehenen Freiheitseinschränkungen davon abhängig, dass der Inzidenz-Schwellenwert 100 überschritten wird. Es scheint auf den ersten Blick so, als seien damit die Voraussetzungen für die Freiheitseinschränkungen völlig klar und eindeutig festgelegt worden. Dieser Schein trügt.

Zwar ist es möglich, unter die Kriterien des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG klar zu subsumieren. Satz 1 verwendet Begriffe ohne allzu große Unschärfen. Da es auf die vom RKI veröffentlichten Zahlen ankommt, lässt sich die Überschreitung des Schwellenwerts eindeutig feststellen. Unter diesem Aspekt ist die Vorschrift hinreichend bestimmt gefasst.

Aber der vom Gesetz verwendete Begriff der Inzidenz, an den die Rechtsfolge der in Nr. 1-10 normierten Freiheitseinschränkungen anknüpft, eröffnet der Exekutive die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Freiheitseingriffe selbst zu bestimmen.

Der gesetzliche Inzidenzbegriff bezeichnet nämlich nicht eine Tatsache, die sich empirisch (medizinisch/statistisch) eindeutig bestimmen lässt. Vielmehr eröffnet dieser Begriff dem RKI beziehungsweise der Bundesregierung die Möglichkeit, zur Verwirklichung ihrer eigenen politischen Intentionen für höhere oder niedrigere Inzidenzwerte zu sorgen. Dazu gibt es vor allem zwei Stellschrauben:

- Erhöhung oder Verringerung der Zahl der PCR-Tests. Je höher die Zahl des Tests, desto höher der Inzidenzwert und umgekehrt [dazu näher unten C.III.2.a) cc) (1.1)].“[122]

- „Bestimmung des Ct-Wertes, bis zu welchem ein PCR-Test als positiv gilt. Dieser Wert (Cycle-threshold-Wert) bezeichnet die Vervielfältigungszyklen der Polymerase-Kettenreaktion im Labor, die gemacht werden, bis ein Gensegment des Virus gefunden wird. Je höher die Zahl, desto geringer die Viruslast.[123] Bei einem hohen Ct-Wert kann eine Infektiosität als ausgeschlossen angesehen werden. Das RKI könnte deshalb die Labors anweisen, nur Tests mit einem Ct-Wert unterhalb einer bestimmten Schwelle als positiv zu melden. Dadurch würde die Zahl der gemeldeten „Fälle“ und damit die Inzidenz sich mehr oder weniger drastisch verändern.

- Möglicherweise hängt die Zahl der gefundenen „Neuinfektionen“ auch von der Art des im Labor verwendeten PCR-Tests ab. Manche Tests suchen nach zwei oder drei RNA-Segmenten des Virus, manche nur nach einem. Es wird berichtet, dass in letzterem Fall die Zahl der positiven Ergebnisse sehr viel höher sei. Dies soll hier aber nicht vertieft werden. Wenn dies zutreffen sollte, hätte das RKI die Möglichkeit, durch Anweisung, welcher Test zu verwenden ist, die Inzidenz zu beeinflussen.“

Auch das Bundesministerium für Gesundheit hat in seiner Antwort auf die Schriftliche Frage des Bundestagsabgeordneten Wolfgang Kubicki bestätigt, dass die Anzahl positiver PCR-

[122] Zusätzlich sei hier angemerkt, dass auch die unterschiedlichen Meldezahlen an und nach den Feiertagen, wie sie zuletzt um Ostern zu beobachten waren, deutlich zeigen, dass die Inzidenzwerte stark vom Testverhalten abhängig sind, das in keinem Zusammenhang mit dem tatsächlichen Infektionsgeschehen seht, vgl. dazu Schrappe, Matthias, 3. Aktualisierung zu Epidemiologie SARS-2/CoViD-19 Die „3. Welle“ bleibt stehen Fassung 22.04.2021, https://corona-netzwerk.info/wp-content/uploads/2021/04/epidem_akt_210422.pdf (abgerufen am: 26.04.2021). Zu beachten ist auch, dass die Zahl zusätzlicher positiver Testergebnisse von der Größe des Dunkelfeldes abhängt. Dazu kursieren unterschiedliche Schätzungen (zwischen dem 2-5-fachen). Die vom Robert Koch Institut veranlassten Serologische Untersuchungen von Blutspenden auf Antikörper gegen SARS-CoV-2 (SeBluCo-Studie) zeigen, dass die Seroprävalenz mit 7,/8 % im März 2021 ihren bisherigen Höhepunkt erreichte, siehe https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Projekte_RKI/SeBluCo_ Zwischenbericht.html (abgerufen am 26.04.2021).

[123] [31] Vgl. z.B. Ct-Wert als Maß für die Infektiosität, DAZ.online 22.10.2020, https://www.deutscheapotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/10/22/ct-wert-als-mass-fuer-die-infektiositaet/chapter:2.

Testergebnisse allein nicht die Schwere der Pandemie anzeigen: „Tatsächlich wird der reale Schweregrad der Pandemie durch andere Parameter abgebildet, etwa durch den prozentualen Anteil positiver Testergebnisse unter allen durchgeführten PCR-Tests, die Anzahl an COVID-19 Patientinnen und COVID-19-Patienten auf den Intensivstationen oder die Zahl der an oder mit COVID-19 Verstorbenen." (Antwort auf die Schriftliche Frage im Monat April 2021, Arbeitsnummer Nr. 4/29).[124]

Murswiek führt in seiner Verfassungsbeschwerdebegründung vom 22.04.2021 weiter aus (S. 28 ff.):

> „Es kommt verfassungsrechtlich nicht darauf an, ob die Exekutive von der Möglichkeit, an diesen Stellschrauben mit dem Ziel der Beeinflussung der Inzidenz drehen wird. Entscheidend ist, dass die Möglichkeit hierzu besteht. Zumindest die erste Möglichkeit – Steuerung der Zahl der Tests – ist im übrigen eine sehr nahliegende Möglichkeit der Steuerung der Inzidenzwerte, zumal die Politik während der Pandemie die Testprogramme mehrfach geändert und damit indirekt die Entwicklung der Inzidenzwert beeinflusst hat [siehe auch unten C.III.2.a) cc) (1.1)].
>
> Mit Hilfe des Inzidenzbegriffs kann also die Exekutive die Voraussetzungen steuern, unter denen als Rechtsfolge die Freiheitseinschränkungen eintreten. Dies ist verfassungswidrig und verletzt die betroffenen Grundrechte.
>
> Der Gesetzgeber hätte, um dies zu vermeiden, die die Inzidenz beeinflussenden Faktoren selbst normieren müssen. Er hätte also bestimmen müssen, welches der für einen positiven Test maßgebliche Ct-Wert ist. Und er hätte klare Kriterien für die Tests regeln oder zumindest in die Bestimmung der Inzidenz eine Variable einbauen müssen, die das Ergebnis auf die Zahl der Tests bezieht. Während die gegenwärtige Praxis den Inzidenzwert einfach aus der Zahl der meldeten Fälle (d.h. aus der Zahl der positiven PCR-Tests) pro 100.000 Einwohner berechnet, hätte der Gesetzgeber bestimmen können, dass die Inzidenz aus der Quote positiver PCR-Tests pro durchgeführter Tests pro 100.000 Einwohner zu berechnen ist.[125]"

Dass ein positiver PCR-Test als solcher eine Infektiosität im Einzelfall nicht belegt, wurde auch vom Oberverwaltungsgericht NRW so gesehen (Beschl. v. 25. November 2020, Az. 13 B 1780/20.NE).

3. Unverhältnismäßigkeit aller Freiheitseinschränkungen, die an die Überschreitung eines Inzidenz-Schwellenwertes anknüpfen

Die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs setzt voraus, dass mit der gesetzlichen Regelung, die den Grundrechtseingriff bewirkt, ein verfassungsrechtlich legitimer Regelungszweck bzw. ein verfassungsrechtlich legitimes Regelungsziel verfolgt wird.

> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 116 f.

[124] BT-Drs. 19/28732 S. 8.

[125] [32] Natürlich müsste dann der Schwellenwert entsprechend anders festgelegt werden.

Hierbei gilt:

> Dem „Gesetzgeber [steht] nicht nur bei der Festlegung der von ihm ins Auge gefassten Regelungsziele, sondern auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten darf, ein *weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum* zu […], der vom Bundesverfassungsgericht je nach der *Eigenart* des in Rede stehenden Sachbereichs, den *Möglichkeiten*, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann […]. Bei der *Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen*, und bei der *Beurteilung der Maßnahmen*, die der *Verhütung* und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers *erst überschritten*, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so *fehlsam* sind, dass sie *vernünftigerweise* keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können […].“
>
> (BVerfGE 110, 141 [157 f.], juris, Rn. 66 – kursive Hervorhebungen hinzugefügt).

a) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel

Das 4. Bevölkerungsschutzgesetz hat die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens zum Ziel, mithin dient es einem überragenden Gemeingut. Dies erläutert die Gesetzesbegründung an verschiedenen Stellen:

Die im Folgenden zitierten Seitenzahlen beziehen sich auf BT-Drucks. 19/28444 (**Anlage VB 16**), wobei die kursiven Hervorhebungen hinzugefügt wurden.

Ziel des Gesetzes ist es, „die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems [...] und damit die *bestmögliche Krankenversorgung weiterhin sicherzustellen*, [...] um sicherzustellen, dass bei einem hohen Infektionsgeschehen hinreichend weitgehende *Maßnahmen* ergriffen werden, *um den R-Wert verlässlich unter 1 zu senken* und damit eine Abschwächung des Infektionsgeschehens zu erreichen.“ (S. 1)

Weiter heißt es:

> „Oberstes Ziel ist es, die weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie das exponentielle Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen“ (S. 8).

Zur Verfolgung des Hauptzwecks, eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, beschreibt der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung als Zwischenziel eine Minimierung der Weiterverbreitung des Virus durch die Senkung des R-Werts auf unter 1 zu erreichen.

Mit dem (Haupt-)Ziel, eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, betreibt der Gesetzgeber „Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen“, was ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel darstellt.

b) Geeignetheit

Da die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen ab einer 7-Tage-Inzidenz von 165 geeignet ist, die andernfalls (bei geöffneten Gemeinschaftseinrichtungen) entstehenden Kontakte zu verringern und das Virus sich über menschliche Kontakte, bzw. die Raumluft verbreitet, erscheint diese Maßnahme angesichts eines wieten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers geeignet, eine Reduzierung der Verbreitung des Virus und in der Folge eine Verringerung des R-Werts zu erreichen und damit in der Folge auch eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern.

c) Erforderlichkeit

Das in § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG angeordnete Präsenzverbot in Anknüpfung an den Inzidenzwert von 165 ist dann erforderlich, wenn es kein milderes und damit weniger grundrechtseinschränkendes Mittel gibt, das gleich effektiv ist, um den angestrebten Zweck zu verfolgen. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Grad der Geeignetheit eines Mittels nicht feststeht oder nicht ermittelt worden ist, da gerade der Grad der Geeignetheit entscheidend ist, um feststellen zu können, ob beim selben Grad der Geeignetheit ein gleich geeignetes Mittel vorhanden ist oder gefunden werden kann, das weniger grundrechtseinschränkend zur Verfolgung des Zwecks eingesetzt werden kann.

aa) Strengere Erforderlichkeitsprüfung im Zeitverlauf

An dieser Stelle ist bedeutsam, dass der Gesetzgeber zwar grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum auch hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Maßnahme hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann aber der Spielraum für den Ausgleich widerstreitender Interessen mit der Zeit – etwa wegen besonders gravierender Grundrechtsbelastungen und wegen der Möglichkeit zunehmender Erkenntnis – geringer werden (BVerfG, Beschluss v. 13.05.2020, 1 BvR 1021/20, Rn. 10). Gleiches muss auch gelten, wenn es darum geht, die Geeignetheit von Maßnahmen zu untersuchen, um ggf. mildere oder gleich geeignete Mittel mit geringerer Grundrechtsbelastung zu finden und einsetzen zu können.

Zu beiden Fragen, erstens wie geeignet ein Mittel zur Zweckverfolgung ist und zweitens, ob daraufhin mildere oder gleich geeignete Mittel gefunden werden können, die weniger grundrechtseinschränkend sind, verdichtet sich bei erheblicher Grundrechtsbelastung die Notwendigkeit zu einer Rechtspflicht auf Seiten des Gesetzgebers, die Wirksamkeit der getroffenen belastenden Maßnahmen zu ermitteln und ggf. gegen gleich oder stärker wirksame Maßnahmen mit geringerer Grundrechtsbelastung auszutauschen.

Die Anforderungen an die Rechtfertigung des Gesetzgebers für unterlassene Maßnahmen zur Ermittlung der vorstehenden Fragen, sind dabei umso höher, je weiter die Zeit voranschreitet. Wenn der Gesetzgeber 12 Monate Zeit hatte zu ermitteln, inwiefern das Verbot von Präsenzunterricht unter der Einhaltung umfangreicher Hygienemaßnahmen – ggf. im Wechselunterrichtsmodel – ein geeignetes Mittel zur Senkung des R-Werts, bzw. der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems darstellt und er dieses unterlässt, so müssen vorhandene Zweifel zu Lasten des Gesetzgebers gehen. Hat es der Gesetzgeber unterlassen, die Maßnahme im Hinblick auf ihre Grundrechtserheblichkeit ausreichend auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit zu untersuchen, obwohl hierfür ein ausreichendes Zeitfenster zur Verfügung gestanden hat, so dürfen verbliebene Unsicherheiten über die Ursache der Ausbreitung des Virus nicht mehr zu Lasten der Schülerinnen und Schüler gehen. Die Zumutung konkreter Einschränkungen bedarf umso mehr der grundrechtssensiblen Rechtfertigung, je unklarer der Beitrag der untersagten Tätigkeit – vorliegend des Besuchs von Schulen unter Einhaltung umfangreicher Hygienemaßnahmen – zur Verbreitung des Coronavirus ist und je länger diese Einschränkung dauert (vgl. Verfassungsgerichtshof NRW, Beschl. v. 29. Januar 2021, Az. VerfGH 20/21.VB-2, Rn. 44).

Mag also bei erheblichen, aber kurzfristigen Eingriffen der Beurteilungsspielraum noch weit sein, wenn es sich um eine schwer einzuschätzende Gefährdungssituation handelt, steigen mit fortlaufender Zeit die Anforderungen, die an die Ermittlung von milderen Maßnahmen zu stellen sind.

So konnte der Staat zu Beginn der Pandemie von einer abstrakten Gefahrenbeurteilung ausgehen und ein abstraktes Infektionsrisiko allen physischen Kontakten eines unbestimmten Personenkreis – aller Einwohner – zuschreiben. Im weiteren Zeitverlauf muss er jedoch Daten erheben, um das Risiko zu konkretisieren und zu individualisieren. Denn eine konkrete und individualisierte Risikobewertung ermöglich gezieltes vorgehen und schont den Rest der Einwohner. Andernfalls liefe die Erforderlichkeitsprüfung leer, wenn sich der Staat stets auf eine rein abstrakte Gefahrbeurteilung zurückziehen könnte.

bb) Fehlende Prüfung der Wirksamkeit von milderen Maßnahmen

Der Staat hat es versäumt, aussagekräftigere Daten zur Beurteilung der Gefährdungslage als die herangezogenen Inzidenzwerte zu erheben. Dies sind- wie vorstehend zum Sachverhalt gezeigt – sehr ungenau und bilden nicht das aktuelle Infektionsgeschehen hab und haben sich auch von der Belastung den Hospitalisierungs- und den Sterbezahlen entkoppelt. Genauere Daten, die das aktuelle Infektionsgeschehen und eine konkretere Gefährdung vulnerabler Menschen sowie die Belastung von Intensivbetten erfassen, wurden bislang nicht

erhoben. Damit hat sich der Staat selbst der Möglichkeit milderer Eingriffsalternativen verschlossen. Dem Staat muss es aber verwehrt sein, durch Selbstbeschränkung auf abstrakte Gefahrprognosen die Erforderlichkeitsprüfung zu umgehen oder zu verkürzen.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dem Gesetzgeber komme auf der Ebene der Geeignetheit und Erforderlichkeit ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, denn – wie oben dargelegt – ist dies kein „Freifahrtschein" für die Einschätzung der relevanten Realität, sondern die Gewährung eines Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum ist verbunden mit der Verpflichtung, im Blick auf die Eigenart der medizinisch-epidemiologischen Lage die Möglichkeiten, sich ein sicheres Urteil unter Berücksichtigung der medizinisch-epidemiologischen Lage zu bilden, auszuschöpfen. Das ist vorliegend ersichtlich nicht geschehen, im gesamten Gesetzgebungsverfahren ist eine Auseinandersetzung insbesondere mit den relevanten Studien sowie den Ansichten der Fachgesellschaften (oben unter B.VI., Seite 41 ff.) nicht im Ansatz erkennbar geschehen. Wird infolgedessen das in Rede stehende Grundrecht durch eine Regelung beschränkt, deren Ersetzung durch eine mildere Maßnahme nicht einmal erkennbar erwogen worden ist, obwohl sie sich nach Lage der Dinge – keine akute Überlastung des Gesundheitssystems – aufdrängt, ist die Maßnahme mangels Erforderlichkeit nicht verhältnismäßig.

Insbesondere hat der Gesetzgeber seine Maßnahmen nicht hinreichend auf die Gefährdung der intensivmedizinischen Versorgung ausgerichtet (1.) und auf regionale Besonderheiten keine Rücksicht genommen (2.).

(1) Fehlende Erforderlichkeit mangels Gefahrenlage trotz Inzidenzwertüberschreitung

Zu einer großflächigen Überlastung des Gesundheitssystems ist es während der Pandemie bislang nicht gekommen (sieh oben B. IV. 5.). Dabei wird nicht in Abrede gestellt, dass es regionale Spitzen gab oder gibt, die zeitweise tatsächlich eine Überlastung für die Krankenhäuser in der entsprechenden Region darstellen.[126] Bislang gab es aber – soweit ersichtlich – immer ausreichend Kapazitäten im Umland, um aushelfen zu können. Insofern wäre ein gezieltes Vorgehen in den Regionen, in denen es zu Überlastungen gekommen ist – auf Basis

[126] Zu einer ausgewogenen Darstellung vgl. Zeit online vom 14. April 2021, „Sind bald alle Betten belegt?", abrufbar
unter https://www.zeit.de/2021/16/intensivstationen-corona-pandemie-patienten-triage-schwerer-verlauf?wt_zmc=sm.ext.zonaudev.twitter.ref.zeitde.share.link.x&utm_referrer=https%3A%2F%2Ft.co%2F

einer genauen Analyse der jeweiligen Ursachen, erforderlich gewesen, nicht aber eine pauschale Anknüpfung an Inzidenzen.

(2) Mangelnde Differenzierungsmöglichkeit auf Landkreisebene

Auf mögliche Eigenheiten und individuelle Konstellationen in den Landkreisen nimmt die Regelung ebenfalls keine Rücksicht. Ein praktisch denkbares Szenario könnte beispielsweise in einem sehr ländlich geprägten, zersiedelten, Landkreis darin bestehen, dass in einer Gemeinschaftsunterkunft für Erntehelfer ein Ausbruchsgeschehen stattfindet. Dieses kann aufgrund der abgeschiedenen Örtlichkeit und den ansonsten geringen Kontaktstellen, an denen die Bewohnerinnen und Bewohner mit anderen Teilen der Bevölkerung zusammentreffen, rasch durch Quarantäneanordnungen eingedämmt werden. Das Geschehen führt zu einem starken Anstieg des Inzidenzwerts im gesamten Landkreis über mehrere Tage, so dass der 7-Tage-Inzidenzwert maßgeblich dadurch auf über 165 steigt. Auch dieser Fall zeigt, dass der Grenzwert nicht erforderlich ist.

d) Verhältnismäßigkeit der Inzidenzwert-Anknüpfung im engeren Sinne

Aufgrund der Unzulänglichkeiten der *alleinigen* Anknüpfung an einen Inzidenz-Schwellenwert ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit aller Freiheitseinschränkungen, die auf denjenigen Regelungen des § 28b IfSG beruhen, die eine Inzidenz-Schwellenwert-Überschreitung zur Voraussetzung für die Freiheitseinschränkung vorsehen. Auch diesbezüglich wird auf die bereits zitierte Verfassungsbeschwerde verwiesen, in der Prof. Dr. Murswiek dazu weiter ausführt:

> „(cc) Unverhältnismäßigkeit der Freiheitseinschränkungen wegen des Inzidenzwert-Automatismus
>
> Das Gesetz ordnet in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG an, dass die als „Notbremse“ vorgesehenen weitreichenden Freiheitseinschränkungen, die in Absatz 1 Nr. 1-10 normiert sind, automatisch ab dem übernächsten Tag gelten, wenn an drei aufeinanderfolgenden Tagen der Schwellenwert überschritten wurde. Das Außerkrafttreten der Maßnahmen des Absatzes 1 setzt nach Absatz 2 das Unterschreiten des Schwellenwertes an fünf aufeinanderfolgenden Werktagen voraus. Damit hängt die Geltung der Freiheitseinschränkungen allein von der Entwicklung der Inzidenzwerte ab.
>
> Diese Steuerung der Corona-Maßnahmen allein anhand der Inzidenzwerte ist mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar und daher verfassungswidrig.
>
> Jede Freiheitseinschränkung setzt nämlich voraus, dass sie zur Verwirklichung eines legitimen Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Dass diese drei Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips immer dann erfüllt sind, wenn das Inzidenzkriterium des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG erfüllt ist, lässt sich nicht begründen. Vielmehr sind – insbesondere lokale und regionale – Umstände denkbar, unter denen eine Verschärfung der ohnehin schon von den Ländern ergriffenen Corona-Maßnahmen im Sinne der Bundes-„Notbremse“ nicht erforderlich sind, um das vom Gesetzgeber angestrebte Gemeinwohlziel zu erreichen, oder dass sie zur Verwirklichung dieses Ziels nur so wenig beitragen, dass sie nicht

im engeren Sinne verhältnismäßig sind. Dies wird im folgenden (2), (3) näher dargelegt. Zuvor werde ich zeigen, dass die Inzidenzwerte als solche zur Einschätzung der Corona-Risiken allenfalls in Zusammenschau mit weiteren Kriterien geeignet sind und sich deshalb nicht als alleiniges Steuerungsinstrument für eine rationale und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechende Gefahrenabwehr eignen (1).

(1) Ungeeignetheit der Inzidenzwerte zur Beurteilung der Corona-Risiken

Die Inzidenzwerte zeigen nicht die wirkliche Inzidenz im infektionsmedizinischen Sinne dieses Fachbegriffes an und können ein irreführendes Bild von der epidemischen Lage vermitteln (1.1). Außerdem sagen sie für sich gesehen nichts Definitives über die Gefährlichkeit des Infektionsgeschehens aus (1.2).

(1.1) Irreführung durch Inzidenzwerte

Das Robert Koch-Institut (RKI) ermittelt die sogenannte Inzidenz anhand der von den Gesundheitsämtern gemeldeten positiven PCR-Tests. Das sind die „laborbestätigten Fälle“, die das RKI täglich mitteilt.[127] Dies entspricht dem Kriterium, mit dem nach § 28a Abs. 3 IfSG die dort genannten Schwellenwerte zu ermitteln sind: Es kommt auf die Zahl der „Neuinfektionen“ an, und darunter verstehen die Staatspraxis und das RKI die an das RKI gemeldeten laborbestätigten Fälle. Die wirkliche Inzidenz, nämlich die Zahl der Neuerkrankten innerhalb der Bevölkerung, könnte man nur durch repräsentative Tests abschätzen. Solche Tests werden aber in Deutschland nicht durchgeführt. Das RKI stützt sich auf Zahlen, die von nichtrepräsentativen Umständen abhängen. Wenn beispielsweise Reiserückkehrer aus Risikoländern bei ihrer Rückkehr getestet werden, findet man dort mehr positive Ergebnisse als im Durchschnitt der Bevölkerung. Die Testverpflichtung für Reiserückkehrer führt daher zur Erhöhung der Inzidenz. Auch wenn vornehmlich Menschen mit Covid-19-Symptomen getestet werden, ist das Ergebnis für die auf die Bevölkerung bezogene Fallzahl, die das RKI Inzidenz nennt, ganz anders, als würde man Zufallsstichproben testen. Wenn jetzt massenhaft Schnelltests durchgeführt werden und alle im Schnelltest positiv Getesteten verpflichtet sind, einen PCR-Test zu machen, führt das dazu, dass die Quote der positiv Getesteten und auch die Gesamtzahl der positiv Getesteten bei den PCR-Tests ansteigen, somit mehr neue Fälle an das RKI gemeldet werden und daher die Inzidenz im Sinne des RKI steigt.

Die vom RKI ermittelte Inzidenz ist also sehr stark abhängig von der jeweils verfolgten Teststrategie beziehungsweise von den Rahmenbedingungen, z.B. der Einführung verpflichtender Schnelltests oder der Möglichkeit, durch negative Schnelltests Zugang zu Einrichtungen oder Veranstaltungen zu finden.

Insgesamt hängt die Zahl der dem RKI gemeldeten neuen Fälle und damit die Entwicklung der Inzidenz im Sinne des RKI von der Zahl der PCR-Tests ab. Je mehr PCR-Tests durchgeführt werden, desto mehr positive Ergebnisse in absoluten Zahlen und auch in Relation zur Bevölkerung (Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner) wird man finden. Würde man umgekehrt wesentlich weniger testen, sänke automatisch die vom RKI ermittelte Inzidenz.[128] Deshalb wird die maßgebliche Steuerung der Pandemiebekämpfung durch Inzidenzwerte von Epidemiologen schon lange kritisiert.[129]

---

[127] [33] Vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html.

[128] [34] Vgl. Dietrich Murswiek, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (2 f., 9), https://rsw.beck.de/rsw/upload/ NVwZ/Extra_5-2021.pdf

[129] [35] Vgl. z.B. Schrappe u.a., Thesenpapier 6, Teil 6.1: Epidemiologie. Die Pandemie durch SARSCoV-2/CoViD-19. Zur Notwendigkeit eines Strategiewechsels, 22.11.2020, S. 15 ff., http://www.matthias.schrappe.com/index_htm_fi-les/Thesenpap6_201122_endfass.pdf (abgerufen am 29.12.2020). Zuletzt forderten der Vorgänger Drostens als Chefvirologe der Charité, Prof. Dr. Detlev H. Krüger, und der ehemalige Leiter des Globalen Influenza- und Pandemievorbereitungsprogramms der WHO, Prof. Dr. Klaus Stöhr, in einem Offenen Brief an den Bundestag, davon abzusehen, die 7-Tages-Inzidenz als alleinige Bemessungsgrundlage für antipandemische Schutzmaßnahmen zu definieren, vgl. dazu den Artikel „Ehemaliger Charité-Chefvirologe fordert Umdenken der

Dennoch könnten die Inzidenzwerte jedenfalls einen einigermaßen brauchbaren Anhaltspunkt für die Entwicklung des Infektionsgeschehens liefern, wenn die Testparameter über die Zeit gleich blieben. Dann wüssten wir zwar immer noch nicht, wieviele Infizierte es in Deutschland oder in einem Landkreis tatsächlich gibt, aber die Aufwärts- oder Abwärtsdynamik der Infektionsentwicklung ließe sich doch abschätzen. Das ist bei ständig wechselnden Testkonstellationen und vor allem Testzahlen nur möglich, wenn man in die Berechnungen auch auf die wechselnden Testumstände abstellt. Insbesondere könnte bei steigenden Testzahlen tendenziell nur dann ein Ansteigen der Inzidenz angenommen werden, wenn der Anstieg der laborbestätigten Fälle den Anstieg der Tests übersteigt. Diese Umstände werden aber vom RKI in die Ermittlung der Inzidenz nicht einbezogen.

(1.2) Nur bedingte Aussagekraft der Inzidenzwerte für die Gefährlichkeit der epidemischen Lage

Wie gesagt beruhen die Inzidenzwerte auf der Anzahl der dem RKI gemeldeten laborbestätigten Fälle, d.h. der Anzahl der positiven PCR-Tests.

Wie gefährlich das Infektionsgeschehen ist, hängt aber von einer Reihe von Umständen ab, die durch die Inzidenzwerte nicht widergespiegelt werden. Die Gefahr, die mit dem Gesetz bekämpft werden soll, ist die Gefahr der Überlastung des Gesundheitssystems, d.h. der Intensivstationen.[130] Allein die Zahl der dem RKI gemeldeten Fälle sagt nichts über die Gefährlichkeit der Lage aus. Das ergibt sich insbesondere aus folgenden Umständen:

- Ein positiver PCR-Test bedeutet nicht, dass die betreffende Person infektiös ist, also andere Menschen anstecken kann. Bei der Risikobeurteilung muss berücksichtigt werden, dass nur schätzungsweise die Hälfte der positiv getesteten Personen infektiös ist.[131] Welche Menschen das sind, ließe sich anhand der Ct-Werte einigermaßen verlässlich abschätzen.[132] Diese spielen aber für die deutsche Corona-Politik bisher keine Rolle.

- Ein PCR-Test kann sogar noch Wochen, nachdem die Infektion schon abgeklungen und keine Infektiosität mehr gegeben ist (wenn sie jemals gegeben war), bei einem hohen Ct-Wert positiv sein. Auch deshalb ist es grob irreführend, jeden positiven PCR-Test als „Neuinfektion“ zu bezeichnen.[133]

- Ein positiver PCR-Test bedeutet nicht, dass die betreffende Person an Covid-19 erkrankt ist. Ein sehr großer Anteil der Menschen, deren Schleimhaut mit SARS-CoV-2 in Berührung gekommen ist, wehrt mit dem eigenen Immunsystem die Infektion ab, ohne zu erkranken.

- Ein positiver PCR-Test bedeutet erst recht nicht, dass die betreffende Person einen schweren Krankheitsverlauf entwickeln und hospitalisierungsbedürftig oder gar intensivbehandlungsbedürftig sein wird.

Bundesregierung, Welt 14.4.2021 mit Abdruck des Offenen Briefes, https://www.welt.de/politik/deutschland/plus230263299/Ex-Charite-Chefvirologe-Offener-Briefan-Bundesregierung.html?cid=onsite.onsitesearch (abgerufen am 19.4.2021).

[130] [36] Gesetzentwurf BT-Drs. 19/28444, S. 1, 8.

[131] [37] So Olfert Landt, dessen Unternehmen PCR-Tests herstellt, Fuldaer Zeitung, 3.1.2021, https://www.fuldaerzeitung.de/fulda/corona-pcr-test-hersteller-mut-rki-robert-koch-institut-tibmolbiol-olfert-landt-berlin-90132220.html (abgerufen am 3.1.2021).

[132] [38] Vgl. z.B. Matthias Schrappe, Stellungnahme v. 28.10.2020, BT Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdrucksache 19(14)233(6), S. 5.

[133] [39] Tim Röhn, Wir müssen die Ergebnisse der PCR-Tests genauer auswerten, Welt 15.4.2021, https://www.welt.de/debatte/kommentare/article230407507/Ct-Wert-Wir-muessen-die-Ergebnisseder-PCR-Tests-genauer-auswerten.html?cid=onsite.onsitesearch (abgerufen am 19.4.2021).

- Für die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen kommt es nicht auf die Zahl der Fälle an, sondern auf den Anteil derjenigen Fälle, die intensivbehandlungsbedürftig werden. Dieser Anteil steht nicht in einer gleichbleibenden Relation zur Gesamtzahl der Fälle.

  - Je besser die Risikogruppen gegen Infektionen geschützt werden, desto geringer wird das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen.

  - Je größer der Anteil der Menschen aus den Risikogruppen, die geimpft sind, desto geringer wird das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen.

  - Das Risiko schwerer, intensivbehandlungsbedürftiger Krankheitsverläufe hängt auch von der altersspezifischen Inzidenz ab. Da bei jungen Menschen die Infektion mit SARS-CoV-2 in der Regel entweder gar nicht zur Erkrankung oder nur zu einem milden Krankheitsverlauf führt, während bei alten Menschen das Risiko wesentlich höher und bei sehr alten Menschen sehr hoch ist, ist eine hohe Inzidenz unter jungen Menschen für die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen irrelevant.

  - Das Risiko schwerer, intensivbehandlungsbedürftiger Krankheitsverläufe hängt auch von den Therapiemöglichkeiten ab. Wenn es neue Erkenntnisse über medikamentöse Behandlungsmöglichkeiten gibt, die schwere Krankheitsverläufe verhindern, muss dies das Risiko der Überlastung der Intensivstationen erheblich senken. Beispielsweise wurde kürzlich eine Studie veröffentlicht, derzufolge das Asthma-Spray Budesonid, wenn es Covid-19 Patienten in einem frühen Stadium der Infektion verabreicht wird, mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit einen schweren Krankheitsverlauf verhindert.[134]

  - Je größer der Anteil der Geimpften sein wird, desto mehr sinkt das Risiko einer Überlastung der Intensivstationen.

  - Da die alters- und berufsmäßig am meisten gefährdeten Personen zuerst geimpft werden, wird unter den nicht geimpften Menschen der prozentuale Anteil derer immer größer, die aufgrund ihres Alters und ihres allgemeinen Gesundheitszustands nur ein geringes Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs haben. Das Ansteigen der Inzidenz wird auch unter diesem Aspekt ständig an Bedeutung für die Prognose einer Überlastung der Intensivstationen verlieren.

  - Freilich kann es auch gegenläufige Entwicklungen geben, etwa wenn Mutanten auftreten, die auch bei jüngeren Menschen zu schweren Krankheitsverläufen führen oder gegen die geimpfte Menschen nicht immun sind. Auch das spiegelt sich nicht in den Inzidenzwerten.

- Die Gefahr der Überlastung der Intensivstationen hängt nicht nur von der Entwicklung der Corona-Pandemie ab. Sie hängt auch davon ab, wie viele Intensivpatienten mit anderen Indikationen es gibt. Merkwürdigerweise ist seit Beginn der Corona-Pandemie die Zahl der belegten Intensivbetten trotz stark steigender und fallender Zahlen intensivbehandlungsbedürftiger Covid-19-Patienten stets in etwa gleich geblieben.[135] Teilweise lässt sich dies damit erklären, dass bei hoher Auslastung aufschiebbare Operationen verschoben werden.

---

[134] Allerdings keine Indikation für einen Off-label-Einsatz von Budesonid oder anderen inhalativen Steroiden, weder bei ambulanten noch bei bereits hospitalisierten Patienten laut gemeinsamer Stellungnahme der Fachgruppe COVRIIN, des STAKOB und der DGI zum Einsatz von inhalativen Steroiden bei ambulanter COVID-19 Infektion https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/COVRIIN_Dok/Inhalative-Steroide.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 24.04.20219.

[135] [40] https://www.intensivregister.de/#/aktuelle-lage/zeitreihen (abgerufen am 19.4.2021).

- Die Betrachtung eines Land- oder Stadtkreises kann zu kurz greifen. Sind in den Nachbarkreisen die Inzidenzen viel niedriger, ist die Situation in dem betreffenden Kreis weniger gefährlich als der dortige Inzidenzwert anzeigt. Sind umgekehrt die Inzidenzen in den umliegenden Kreise viel höher, dann ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich in dem betreffenden Kreis eine höhere Infektionsdynamik entwickelt, größer als es der Inzidenzwert vermuten lässt.

Wie wahrscheinlich es ist, dass die Intensivstationen überlastet werden, hängt also schon epidemiologisch von vielen Umständen ab, die mit der in den Inzidenzwerten wiedergegebenen Zahl der positiv getesteten Menschen nichts zu tun haben.

Die Wahrscheinlichkeit der Überlastung der Intensivstationen wird außerdem durch Umstände mitbestimmt, auf die der Staat Einfluss nehmen kann. Wenn die Zahl der verfügbaren Intensivbetten erhöht wird, sinkt die Wahrscheinlichkeit der Überlastung der Intensivstationen. Wenn erfolgversprechende Medikamente schnell zum Einsatz gebracht werden (z.B. Budesonid, s.o.), sinkt die Zahl der schweren Krankheitsverläufe und damit die Wahrscheinlichkeit der Überlastung der Intensivstationen. Auch die Forcierung der Impfkampagne kann dazu beitragen.

(1.3) Zwischenergebnis

Die alleinige Orientierung der „Bundes-Notbremse“ an dem Inzidenz-Schwellenwert 100 ist schon deshalb verfassungswidrig, weil sie die Erforderlichkeit der durch den Inzidenzwert-Automatismus ausgelösten Freiheitseinschränkungen nicht zu begründen vermag. Denn die Inzidenzwerte können durch Erhöhung der Testzahl hochgeschraubt werden, ohne dass sich die Gefährlichkeit des Infektionsgeschehens ändert (oben 1.1), und die bloße Zahl der positiv getesteten Personen sagt ohnehin nichts über die Größe des Risikos aus, dass die Intensivstationen überlastet werden könnten (oben 1.2).

(2) Mangelnde Erforderlichkeit der Maßnahmen bei Überschreitung des Inzidenz-Schwellenwerts

§ 28b Abs. 1 IfSG wäre nur dann verfassungsmäßig, wenn die durch den Inzidenzwert- Automatismus ausgelösten Maßnahmen in jedem Fall erforderlich zur Erreichung des Gesetzeszwecks, nämlich der Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen,[136] wären. Dies ist evident nicht der Fall. Selbst wenn man unterstellt, dass im Sinne der Bundesregierung und des Gesetzgebers die Überschreitung des Inzidenz-Schwellenwerts 100 die Gefahr einer Überlastung der Intensivstationen indiziert (was nach den Ausführungen oben (1) nicht der Fall ist), sind Situationen nicht nur denkbar, sondern durchaus naheliegend, in denen die Überschreitung des Schwellenwerts in einem Stadt- oder Landkreis in Abweichung von der typischen Gefahrensituation keine Gefahr begründet. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein lokaler Ausbruch – etwa in einer Großschlachterei, in einem Gefängnis, in einer Schule – die Inzidenzwerte in dem betreffenden Landkreis in die Höhe triebe, während die Infizierten isoliert und ihre Kontakte rückverfolgt werden konnten. Dann wäre trotz hoher Inzidenz keine erhöhte Infektionsgefahr gegeben.

Ein anderes Beispiel: In einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt und/oder in den umliegenden Kreisen gibt es Krankenhäuser mit sehr vielen freien Intensivbetten. In dieser regionalen Umgebung führt auch ein höherer Inzidenzwert nicht zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems.

Daraus folgt, dass ein Inzidenzwert-Schematismus, der regionale Differenzierungen nicht zulässt, mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar ist. § 28b Abs. 1 IfSG wäre nur dann mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar, wenn er für Situationen wie den oben genannten Ausnahmen zuließe oder wenn er den Eintritt der Rechtsfolge von der vorherigen Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die zuständige örtliche Behörde und ihre konkretisierende Ent-

[136] [41] S.o. Fn. 36.

scheidung abhängig gemacht hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Der Inzidenzwert-Automatismus des § 28b Abs. 1 IfSG schießt über das Ziel hinaus, indem er Landkreise und kreisfreie Städte in den verschärften Lockdown schickt, in denen weit und breit keine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen zu sehen ist.

Das Gesetz lässt zwar strengere Regelungen der Länder zu (§ 28b Abs. 4 IfSG), aber nicht mildere Regelungen für den Fall, dass in einem Landkreis trotz hoher Inzidenzwerte eindeutig keine Gefahr für die Überlastung der Intensivstationen besteht. Die Verhältnismäßigkeit hätte unter diesem Aspekt dadurch hergestellt werden können, dass die Geltung der Maßnahmen nicht automatisch durch Überschreitung des Inzidenz-Schwellenwerts ausgelöst, sondern durch die zuständigen lokalen Behörden nach Feststellung der situationsbezogenen Verhältnismäßigkeit angeordnet würden, oder dass Abweichungsbefugnisse für die Länder zur Anpassung an die Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung regionaler oder lokaler Verhältnisse eröffnet würden.

Ein weiteres Erforderlichkeitsproblem ergibt sich für große Landkreise. Es ist möglich, dass dort z.B. in einer Stadt sich ein sehr dynamisches Infektionsgeschehen entwickelt, das verschärfte Eindämmungsmaßnahmen erforderlich macht, während es auf dem flachen Land niedrige Inzidenzen und keine Probleme gibt. Dann ist es nicht erforderlich, die verschärften Maßnahmen für den ganzen Landkreis anzuordnen.

Umgekehrt ist es möglich, dass im Landkreis die Inzidenz hoch ist, während eine einzelne Stadt aufgrund eines besonderen Pandemiekonzepts eine sehr viel niedrigere Inzidenz hat, wie das zur Zeit in Tübingen der Fall ist.[137] Wegen § 28b Abs. 1 IfSG muss Tübingen sogar einen wissenschaftlich begleiteten Modellversuch abbrechen, der in vorbildlicher Weise zeigen will, wie man ohne scharfen Lockdown die Inzidenz niedrig halten kann. Es dient nicht der Verwirklichung des Gesetzeszwecks, solche Modellversuche zu verhindern. Selbst ohne Modellversuch wäre nicht einzusehen, dass eine Stadt mit niedriger Inzidenz automatisch – also ohne Analyse der konkreten Gefahrenlage – die Läden und die Gastronomie und andere Einrichtungen schließen muss, wenn im Landkreis die Inzidenz über 100 ist.

Das Gesetz ist daher insoweit verfassungswidrig, als es keine Abweichung vom gesetzlichen Schema zulässt, wenn in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt oder in einem Teil eines Landkreises trotz Überschreitung des Schwellenwertes keine Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems besteht.

(3) Mangelnde Angemessenheit der Maßnahmen trotz Überschreitung des Inzidenz-Schwellenwertes

Der Gesetzgeber hat, soweit aus der Gesetzesbegründung[138] ersichtlich, überhaupt keine Abwägung mit den Freiheitseinschränkungen und ihren negativen Folgen vorgenommen. Welche Folgen der Gesetzgeber hätte abschätzen und berücksichtigen müssen, habe ich in einer publizierten Abhandlung dargelegt, auf die ich verweise.[139] Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die schon sehr lange Dauer der Freiheitsbeschränkungen für über 80 Millionen Menschen berücksichtigt hat. Er ist auch nicht ersichtlich, dass er berücksichtigt hat, dass fast alle dieser Menschen „Nichtstörer“ im gefahrenabwehrrechtlichen Sinne, also für die Gefahr nicht verantwortlich sind.

Schon die unterbliebene Abwägung macht den Inzidenzwert-Automatismus verfassungswidrig. Denn der Staat muss jede Freiheitseinschränkung rechtfertigen und begründen.

---

[137] [42] Dazu vgl. den Bericht „OB Palmer will Tübinger Corona-Modellversuch trotz Bundesnotbremse weiterführen“, SWR 15.4.2021, https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/tuebingen/tuebingen-will-modellversuch-verlaengern-100.html (abgerufen am 20.4.2021).

[138] [43] BT-Drs. 19/28444, S. 8 ff.

[139] [44] Dietrich Murswiek, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (11 ff.), https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

> Aber unterstellt, eine sachgerechte Vorteils- und Nachteilsabwägung habe stattgefunden, habe vertretbar zu dem Ergebnis geführt, dass in der konkreten Situation die mit § 28b Abs. 1 IfSG erstrebten Gemeinwohlvorteile die Nachteile der verschärften Lockdown-Maßnahmen überwögen, und im Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses sei deshalb die Anknüpfung der Rechtsfolgen an den Inzidenz-Schwellenwert 100 angemessen gewesen, so ist doch nicht garantiert, dass dies so bleiben wird. Wenn sich zeigen sollte, dass manche der Maßnahmen nur einen sehr geringen positiven Einfluss auf das Infektionsgeschehen haben, während neue Erkenntnisse über negative Auswirkungen mancher Maßnahmen und über Kollateralschäden gewonnen werden, kann die Abwägung schon in ein, zwei Wochen anders ausfallen. Da das Gesetz aber eine starre Schwelle festlegt, haben die Behörden keine Möglichkeit, neue Entwicklungen und Erkenntnisse zu verarbeiten. Sie sind eben ausgeschaltet, weil sie gar nichts mehr zu entscheiden haben.
>
> Dies wird sich besonders dann negativ auswirken, wenn regionale Differenzierungen auch hinsichtlich der Angemessenheit der Maßnahmen notwendig werden. Die oben (2) genannten Umstände, die dazu führen könnten, dass verschärfte Maßnahmen in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt nicht erforderlich sind, können – falls sie nicht zur Verneinung der Erforderlichkeit führen – jedenfalls die Unangemessenheit begründen. Unter Berücksichtigung der regionalen Verhältnisse können bestimmte Maßnahmen unverhältnismäßig sein, weil ihr Nutzen so gering ist, dass er in keinem angemessenen Verhältnis zu den Freiheitseinbußen und ihren Kollateralfolgen steht.“

Der Inzidenz-Automatismus für das Eingreifen von Maßnahmen wurde auch mehrfach in der Rechtsprechung in Bezug auf entsprechende Regelungen in Corona-Landesverordnungen als unverhältnismäßig eingeordnet.[140] Insbesondere die Erstreckung von Schutzmaßnahmen auf ein größeres Gebiet (u.a. Landkreise) sei problematisch, wenn dies allein auf den Inzidenzwert in diesem Gesamtgebiet gestützt wurde. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führte hierzu aus, das Infektionsgeschehen verteile sich nicht nur regional gleichmäßig, sondern verlaufe auch lokalisiert und klar eingrenzbar.[141] Lokale Ausbruchsgeschehen erforderten vielmehr gezielte und räumlich beschränkte Eindämmungsmaßnahmen, die das gesamte Kreisgebiet weder betreffen müssten noch – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – dürften. Eben dieser Verwaltungsgerichtshof kritisierte in einer weiteren Entscheidung einen, dem vorgelegten Entwurf in § 28b Absatz 1 entsprechenden Mechanismus („self-executing“), der weitergehende Einschränkungen auf lokaler Ebene alleine an die Überschreitung bestimmter 7-Tage-Inzidenzen knüpfte.[142] Dem In- bzw. Außerkrafttreten bestimmter Maßnahmen liegen dann keine erneute konkrete Gefährdungsbeurteilung des Verordnungsgebers zugrunde, sondern nur eine abstrakte Gefährdungsbeurteilung, die sich ohne weitere Zwischenschritte oder behördliche Entscheidungen fortlaufend aktualisiert und unmittelbar Rechtsfolgen auslöst. Die Erforderlichkeit der Maßnahmen müsse vom Verordnungsgeber nicht nur anhand der 7-Tage-Inzidenz beurteilt

[140] Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages zur „verfassungsrechtlichen Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung“ (Az. WD 3 - 3000 - 083/21, 15.04.2021) und "zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie" (Az. WD 3 - 3000 - 046/21, 19.04.2021).

[141] VGH München, Beschluss vom 28. Juli 2020, Az. 20 NE 20.1609, Rn. 45 (juris).

[142] VGH München, Beschluss vom 29. Oktober 2020, Az. 20 NE 20.2360, Rn. 31 (juris).

werden, sondern unter Einbeziehung aller anderen für das Infektionsgeschehen relevanten Umstände, urteilt deshalb das OVG Lüneburg[143].

Der Gesetzgeber selbst hat in der Neufassung des § 28a Abs. 3 IfSG zu erkennen gegeben, dass Inzidenzen allein für das Eingreifen von Maßnahmen nicht maßgeblich sein können. So sind „flächendeckende“ Maßnahmen nach der Soll-Bestimmung des Abs. 3 S. 2 nur angezeigt, soweit Infektionsgeschehen innerhalb eines Landes nicht regional übergreifend oder gleichgelagert sind. Und bei der Prüfung der Aufhebung oder Einschränkung der Schutzmaßnahmen nach den Sätzen 9 bis 11 sind gemäß Satz 12 insbesondere auch die Anzahl der gegen COVID-19 geimpften Personen und die zeitabhängige Reproduktionszahl zu berücksichtigen. Zudem sieht § 28a Abs. 6 Satz 2 und 3 IfSG vor:

> „Bei Entscheidungen über Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) sind soziale, gesellschaftliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf den Einzelnen und die Allgemeinheit einzubeziehen und zu berücksichtigen, soweit dies mit dem Ziel einer wirksamen Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vereinbar ist.[144] Einzelne soziale, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Bereiche, die für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind, können von den Schutzmaßnahmen ausgenommen werden, soweit ihre Einbeziehung zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) nicht zwingend erforderlich ist.“

Zu diesen Wertungen, die ein differenziertes, an Verhältnismäßigkeitskriterien orientiertes Vorgehen gebieten, steht der ausschließliche Inzidenzwert-Automatismus des § 28b IfSG in Widerspruch.

Der Unterschied zwischen § 28 a IfSG und § 28 b IfSG besteht allein in der Anknüpfung an höhere Inzidenzwerte in § 28b IfSG. Die Vorschrift stellt dabei das Ziel, die definierten Inzidenz-Schwellenwerte mittels der statuierten Ge- und Verbote zu unterschreiten über alle anderen gegenläufigen grundrechtlichen Belange. Die gegenläufigen Grundrechte, in die eingegriffen wird, werden damit in ein absolutes Abhängigkeitsverhältnis zu abstrakten Inzidenzzahlen gebracht. Individualgrundrechte stehen unter keinem Quantitätsvorbehalt. Dabei ist, wie gezeigt, der Inzidenzwert kein Indikator eines absoluten Werts – etwa der Menschenwürde oder des Wesensgehalts eines Grundrechts (Art. 19 Abs. 2 GG); im Gegenteil negiert dieses Abhängigkeitsverhältnis von Inzidenzzahlen die Prüfungsmöglichkeit eines Eingriffs in den Wesensgehalt widerstreitender Grundrechte; selbst für einen schonenden Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz ist kein Raum. Das ist mit dem

[143] OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. Februar 2021, Az. 13 MN 44/21, Rn. 38 (juris); Beschluss vom 26. Februar 2021, Az. 13 MN 63/21, Rn. 32 (juris).

[144] Zur verfassungskonformen Auslegung der Maßgabe der Vereinbarkeit mit der Wirksamen Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vgl. Murswiek, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1 (2 f., 9), https://rsw.beck.de/rsw/upload/NVwZ/Extra_5-2021.pdf.

verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar, der auch den Gesetzgeber bindet und jedenfalls solche Freiheitseinschränkungen verbietet, die in einem deutlichen Missverhältnis zu dem mit ihnen angestrebten Vorteil die Möglichkeit einer individuellen Grundrechts- und insbesondere Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf einzelne Eingriffsbetroffene ab. In der Sache ist es ein „Notstandsgesetz", für das es in dieser Form im Grundgesetz keine Grundlage gibt.

4. Unverhältnismäßigkeit speziell der auf dem Präsenzunterrichtsverbot/Präsenzbetreuungsverbot beruhenden Freiheitseinschränkungen

a) Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Hinsichtlich des Erfordernisses einen legitimen Zweck zu verfolgen sowie zu der Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit der angegriffenen Regelungen wird auf D. III. 3. a) bis c) verwiesen.

Die Erforderlichkeit des Verbots von Präsenzunterricht ist aber angesichts des bisherigen Regelungskonzepts im Schulbereich zu prüfen, zu dem ein Zielkonflikt besteht, ohne dass dessen mangelnde Wirksamkeit feststünde oder auch nur plausibel wäre.

Der Gesetzgeber hat nicht ausreichend geprüft, ob die allgemeinen umfangreiche Hygienemaßnahmen zusammen mit der Maskenpflicht und regelmäßiger – neu eingeführter (vgl. § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG) – Testpflicht in Verbindung mit einem Wechselmodell - unter ein gleich wirksames oder sogar wirksameres Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks darstellt. Dabei ist jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass die in § 28b Abs. 3 S. 1 angeordnete Testpflicht in geöffneten Schulen – selbst bei Wechselunterricht – effektiver wäre, um infizierte Kinder schneller zu finden und eine Weiterverbreitung dadurch besser einzudämmen, als dass im Falle von Schulschließungen auf das Instrument von Schultestungen zwangsläufig verzichtet wird. Im derzeitigen Regelungssystem mit dem Zusammenspiel von § 28b Abs. 3 S. 1 (Testpflicht) und § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG drängt sich die Frage auf, ob das Verbot von Präsenzunterricht nicht die Möglichkeit konterkariert, mit Testungen in den Schulen infizierte Kinder

aufzufinden und damit eine Weiterverbreitung schneller zu verhindern, als wenn diese Testungen in den Schulen nicht erfolgen können, weil diese nicht für Präsenzunterricht geöffnet sind.[145]

Statistiker der Ludwig Maximilian Universität München haben untersucht, inwiefern offene Schulen bei kontinuierlichen Tests effektiver die gesamten Infektionszahlen senken als geschlossene Schulen bei unterbliebenen Tests. Sie kommen – unter der Überschrift *„Epidemiologisch-statistische Aspekte sprechen für Schulöffnungen mit verpflichtenden Tests“* – zu folgendem Fazit:

> „Unsere Überlegungen zeigen, dass das unmittelbare Risiko der Ansteckung an Schulen (inklusive Schulweg) trotz verpflichtender Tests (Stichwort: falsch-negativ Getestete) durch den positiven Effekt der zusätzlichen Entdeckung von Infektionen kompensiert werden kann. Durch die Testpflicht an Schulen kann die Dunkelziffer unter den Schülern um einen Faktor von 4 bzw. 2 reduziert werden - die Meldeinzidenzen steigen demzufolge an. Bei Schulschließungen und Wegfall der Reihentests steigt die Dunkelziffer entsprechend wieder an.“[146]

Anlage VB 10 (CODAG Bericht Nr. 14)

Mit anderen Worten: Die Zahl der durch offene Schulen – nach falsch-negativen Tests – erfolgenden Infektionen wird durch die Zahl der durch die Testungen aufgedeckten und anschließend durch die Quarantäne-Anordnungen gestoppten Infektionsketten übertroffen.

Der Gesetzgeber hätte diese Möglichkeit jedenfalls nicht ungeprüft durch ein Verbot des Präsenzunterrichts ausschließen dürfen. Mit der Einführung einer regelmäßigen Testpflicht (§ 28b Abs. 3 S. 1 HS. 2 IfSG) hat der Gesetzgeber – neben den etablierten, an den anerkannten medizinischen Leitlinien orientierten Hygienekonzepten sowie Wechselunterricht – dieses Mittel als „geeignet“ vorausgesetzt, um die Ziele der „Bundes-Notbremse“ zu erreichen. Diese Ansicht teilt auch das RKI.[147] Dieses Ziel wird aber durch das Präsenzunterrichtsverbot konterkariert, weil damit auch die Tests entfallen. Diese Eignung vermindert sich aber nicht deshalb, nur weil der Inzidenzwert die Zahl 165 übersteigt. Dafür gibt es keine eine wissenschaft-

---

[145] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin17 | 202129. April 2021 Seite 22: „Ein zusätzlicher, engmaschig serieller Einsatz von sensitiven Antigentests in Kitas, Schulen, weiteren Bildungseinrichtungen und betrieblichen Kontexten (Unternehmen), ergänzt durch freiwillige Schnell- und Selbsttests ist jedoch geeignet, Infektionsereignisse zu verringern und den Lebensbereich Familie, Bildung und Beruf sicherer zu machen.“ Vgl. CODAG-Bericht Nr. 14 v. 30.04.2020, vorgelegt als Anlage VB #.

[146] Ursula Berger, Cornelius Fritz, Göran Kauermann, „Schulschließungen oder Schulöffnung mit Testpflicht? Epidemiologisch-statistische Aspekte sprechen für Schulöffnungen mit verpflichtenden Tests“, CODAG Bericht Nr. 14, 30.04.2021.

[147] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin17 | 202129. April 2021 Seite 22: „Ein zusätzlicher, engmaschig serieller Einsatz von sensitiven Antigentests in Kitas, Schulen, weiteren Bildungseinrichtungen und betrieblichen Kontexten (Unternehmen), ergänzt durch freiwillige Schnell- und Selbsttests ist jedoch geeignet, Infektionsereignisse zu verringern und den Lebensbereich Familie, Bildung und Beruf sicherer zu machen.“ Vgl. CODAG-Bericht Nr. 14 v. 30.04.2020, vorgelegt als Anlage VB #.

liche Evidenz. Der Gesetzgeber liefert im gesamten Gesetzgebungsverfahren auch keine Begründung dafür, weshalb ab diesem Schwellenwert das eine Infektionsschutzkonzept durch ein alternatives Konzept (d.h. das keine Ergänzung bringt) zu ersetzen sei.

b) Unzumutbarkeit des Eingriffs in die Rechte des Beschwerdeführenden zu 2.

Der einem verfassungsrechtlich legitimem Ziel dienende Eingriff belastet den Bf. zu 2. in mehrfacher Weise unzumutbar, so dass durch die angegriffenen gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG, das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG unverhältnismäßig beschränkt wird.

Unzumutbar ist eine *übermäßige* Belastung der Betroffenen.[148]

Zumutbar bzw. angemessen ist eine Freiheitseinschränkung nur dann, wenn das Maß der Belastung der Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen. Um dies feststellen zu können, ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig. Hierbei müssen die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelne in ihrer Freiheit beeinträchtigt wird.[149]

Bei der danach gebotenen Abwägung ist mithin das Ausmaß des angestrebten Nutzens für die geförderten Belange dem Gewicht der Verkürzung der beeinträchtigten Rechtspositionen unter Berücksichtigung aller Konsequenzen und Besonderheiten gegenüberzustellen.[150]

aa) Der Beitrag des Präsenzunterrichtsverbots zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems

Der Nutzen des Präsenzunterrichtsverbots für die Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems, insbesondere der Versorgung auf den Intensivstationen hat, ist weder wissenschaftlich belegt noch vom Gesetzgeber ermittelt worden. Die unter B.VI. (Seite 41 ff.) zitierten Studien und Stellungnahmen weisen darauf hin, dass die Wirksamkeit eines Präsenzverbots nicht belegt ist.

---

[148] S. etwa BVerfGE 130, 372 (392), juris, Rn. 58.

[149] BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., Rn. 265 m.w.N.

[150] Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 154, 157 m.w.N.

Zunächst ist zu beachten, dass Personen, bei denen das SARS-Cov-1-Virus durch einen positiven PCR-Test nachgewiesen ist, sowie alle Kinder, die enge Kontaktpersonen sind, sich in Quarantäne befinden. Zudem gilt für Kinder, die typische Symptome einer Infektion mit dem Coronavirus zeigen, ein Besuchs- und Teilnahmeverbot an Schulen (vgl. § 14b Abs. 10 der Corona-Verordnung von Baden-Württemberg.[151]

Das Präsenzverbot an Schulen zielt folglich nicht auf erkrankte oder konkret krankheitsverdächtige Kinder, sondern auf das sog. „Dunkelfeld". Das sind Personen, die möglicherweise unerkannt kontagiös sind (asymptomatische, bzw. präsymptomatische Infektionen). Einen wissenschaftlichen Nachweis, dass von Kindern in Schulen relevanten Infektionen im „Dunkelfeld" ausgehen, gibt es nicht, die Daten sprechen eher dagegen.[152]

Vielfach wurde kritisiert, dass von Seiten des Staates das Dunkelfeld nicht versucht wurde, aufzuklären.[153] Es ist nicht bekannt, wie viele Kinder derzeit kontagiös sein könnten, wie offene oder geschlossene Schulen – im Wechselunterricht oder ohne – auf die Infektionsausbreitung auswirken. Das Risiko aus dem „Dunkelfeld" wird indessen durch die nach § 28b Abs. 3 S. 1 HS 2 IfSG vorgesehene Testpflicht zweimal in der Woche minimiert. Statistiker der Universität München gehen davon aus, dass 75% der Infektionen dadurch aufgedeckt werden können.[154] Der Anteil an kontagiösen Kindern wäre danach sehr gering, jedenfalls geringer als im Rest der Bevölkerung, der Kontakte am Arbeitsplatz, im öffentlichen Personenverkehr, beim Einkaufen und bei privaten Treffen hat.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber evidenzbasiert ermittelt hat, mit wie vielen intensivbehandlungsbedürftigen Fällen bei einer Inzidenz von 165 zu rechnen wäre und wie groß die Wahrscheinlichkeit wäre, dass es dadurch zu einer systemischen (also nicht einzelne Intensivstationen betreffenden, sondern flächendeckenden) Überlastung der Intensivstationen käme. Die Größe des Risikos hinge außerdem davon ab, wie viele Menschen keine angemessene intensivmedizinische Behandlung bekommen könnten. Der Gesetzgeber hätte des Weiteren zeigen müssen, um wieviel die Wahrscheinlichkeit dieser Überlastung durch das Verbot des Präsenzunterrichts verringert und wie viele Menschenleben dadurch gerettet würden. Allein dieser Erfolg – also die Verringerung des beschriebenen Risikos für die Intensivstationen

[151] https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/aktuelle-infos-zu-corona/aktuelle-corona-verordnung-des-landes-baden-wuerttemberg/

[152] Siehe oben unter B.VI.1. Seite 20

[153] Vgl. https://www.aerzteblatt.de/archiv/216667/Pandemiekonzepte-Differenzierte-Ansaetze

[154] Vgl. CODAG-Bericht Nr. 14, Anlage #

durch das Präsenzverbot – kann als angestrebter Gemeinwohlnutzen in die Abwägung eingestellt werden.

Der Gesetzgeber hat solche Erwägungen ersichtlich nicht angestellt. Den Gesetzesmaterialien lässt sich dazu nichts entnehmen. Der Schwellenwert von 165 hat keine wissenschaftliche Grundlage. Er ist offenbar – aus der Perspektive wissenschaftlicher Evidenz – willkürlich politisch festgesetzt worden; allem Anschein nach ist er dadurch zustande gekommen, dass im Zeitpunkt der Festlegung im Gesundheitsausschuss die bundesweite Inzidenz gerade bei 165 lag. Im ursprünglichen Entwurf war für das Verbot des Präsenzunterrichts ein Schwellenwert von 200 vorgesehen (BT-Drs. 19/28444, S. 5).

Anlage VB 16 (BT-Drs. 19/28444)

Dieser wurde vom Gesundheitsausschuss auf 165 herabgesetzt, ohne dass dafür eine rationale Begründung angegeben wurde. Weder in der Beschlussvorlage (BT-Drs. 19/28692)

Anlage VB 17 (BT-Drs. 19/28692)

noch im Bericht (BT-19/28732)

Anlage VB 18 (BT-Drs. 28732)

findet sich eine Erklärung für diesen Wert. Dieser Schwellenwert ist also nicht das Ergebnis einer rationalen Abwägung des Gesetzgebers zwischen Gemeinwohlnutzen und Nachteilen der Betroffenen.

Dieser Herangehensweise des Gesetzgebers steht die Sachverhaltsteil zitierte Studienlage gegenüber (oben B.VI., S. # ff.). Sie zeigt, dass Kinder keine Treiber der Pandemie sind und Lehrer sich eher bei ihresgleichen angesteckt haben, als bei Schülerinnen und Schülern. Kurz gesagt: der Gefahrerhöhungsbeitrag durch Kinder und Jugendliche allgemein – durch den Besuch geöffneter Schulen bei Einhaltung angemessener Hygienemaßnahmen – dürfte im Vergleich zu sämtlichen anderen Altersgruppen in der Bevölkerung am geringsten sein. Insgesamt sind Kinder diejenigen, die weniger als andere zu den Ansteckungen in Familien und am Arbeitsplatz beitragen und auch selbst am wenigsten gefährdet sind, starke Verläufe zu entwickeln oder Intensivplätze zu belegen.

Zugleich bleibt offen, ob nicht geöffnete Schulen mit Präsenzunterricht im Wechselmodell bei Einhaltung angemessener Hygienmaßnahmen einen wirksameren Beitrag leisten würden, um

eine Überlastung des Gesundheitssystems zu vermeiden, da über die regelmäßigen Testungen die Weiterverbreitung des Virus besser kontrolliert bzw. sogar besser eingedämmt werden könnte.

So ist das Infektionsrisiko im Schulsetting auch nach Ansicht sämtlicher relevanter ärztlicher Fachgesellschaften beherrschbar,[155] insbesondere, wenn Teststrategien an Schulen dazu beitragen, dass Ansteckungen verhindert werden und Lehrer inzwischen weitestgehend geimpft sind.

Diesem Nutzen stehen folgende Nachteile zu Lasten von Kindern, Jugendlichen und Familien entgegen:

bb) Die schwerwiegenden Folgen des Präsenzunterrichtsverbots

Für die Gesamtabwägung ist maßgeblich, dass es sich bei den mit § 28b Abs. 3 S. 3 und § 28b Abs. 3 S. 9 IfSG verbundenen Grundrechtseingriffen um Maßnahmen handelt, die prinzipiell über 10 Millionen Kinder und Jugendliche in Deutschland betreffen und zu individuellen aber auch volkswirtschaftlichen Schäden führen, die bereits heute als irreversibel anzusehen sind.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Nachteile auf Seiten der Schüler und Eltern gründlich erwogen hat. Zwar misst er den Schulen eine besondere Bedeutung zu. Das kommt darin zum Ausdruck, dass mit der Inzidenz 165 ein wesentlich höherer Schwellenwert als der allgemeine Wert von 100 festgesetzt wurde. Andererseits gibt es aber für berufliche Tätigkeiten außerhalb des Bildungswesens und außerhalb der vom Lockdown betroffenen Betriebe keinen allgemeinen Schwellenwert.

Die Nachteile für Kinder und Jugendliche sind sehr groß. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber sie systematisch ermittelt hätte. Es drängt sich der Eindruck auf, dass er die Augen vor ihnen verschließt.

Dass sich im Jahr 2020 die Schulabbrecherquote zum Vorjahr verdoppelt hat und eine Verdopplung auch für das Jahr 2021 seriös prognostiziert wurde, zeigt, wie wenig Bildungsnach-

[155] Dies haben auch jüngst der aktuelle Leiter, Prof. Gottschalk, und die ehemalige Leiterin, Prof. Heudeorf, des Gesundheitsamtes der Stadt Frankfurt am Main betont, siehe „Die Covid-19-Pandemie in Frankfurt am Main – Verlauf bis Ende März 2021“ https://www.laekh.de/heftarchiv/ausgabe/artikel/2021/mai-2021/die-covid-19-pandemie-in-frankfurt-am-main-verlauf-bis-ende-maerz-2021

teile wie Lernverluste, Motivationsdefizite, Kontaktarmut, die insbesondere auf Schulschließungen und ausgefallenen Unterricht während der Pandemie zurückgeführt werden können, aufholbar sind.

(1) Langwirkende negative gesundheitliche Auswirkungen

Die gesundheitlichen Nebenwirkungen bis hin zu den Langzeitfolgen durch die starken Beschränkungen, die Kinder durch Schulschließungen erfahren, sind beträchtlich und neben den bereits sichtbaren und mit Studien belegbaren eingetretenen Folgen (siehe dazu bereits oben unter B.V.1., S. 29 ff.) auf lange Sicht – auch als Herausforderung für das Gesundheitssystem in Zukunft – noch kaum abschätzbar.

Hinzu kommen die belegte Zunahmen an psychischen Auffälligkeiten und Erkrankungen bei Kindern und Jugendlichen,[156] der Bewegungsmangel und die Gefahren von ungesundem Essverhalten, die sämtlich im weiteren Lebensverlauf zu zusätzlichen gesundheitlichen Risiken und einer Verminderung der Lebenserwartung beitragen. Gerade diese bereits eingetretenen messbaren Beeinträchtigungen werden durch ein Präsenzunterrichts- bzw. -betreuungsverbot vor den Sommerferien erheblich verstärkt.

(2) Irreversible Bildungsdefizite und Verluste von Zukunftschancen

Zu den bereits eingetretenen und noch zu erwartenden Schäden im Bildungsbereich wurde bereits oben unter Gliederungspunkt B. V. ausführlich Stellung genommen. Danach hat sich ergeben, dass Kinder und Jugendliche von den Schulpräsenzunterrichtsverboten in mehrfacher Hinsicht benachteiligt werden. Dies reicht von einer Beeinträchtigung des Erwerbs von Wissen und Fertigkeiten in Form von reduzierter Lernzeit, reduzierter Lernqualität über reduzierte Lernmotivation bis hin zu verringerter Unterstützung beim Lernen hin zu empirisch nachgewiesenen Lerneinbußen durch bereits erfolgte Schulschließungen.

Kinder und Jugendliche drohen wichtige Entwicklungs- und Lernschritte zu verpassen, die sie bei normalem Entwicklungsverlauf erfolgreich meistern würden. Aus entwicklungspsychologischen und auch neurophysiologischen Gründen drohen wichtige Entwicklungs-

[156] Vgl. etwa die „Copsy-Studie“ der Universität Hamburg https://www.uke.de/kliniken-institute/kliniken/kinder-und-jugendpsychiatrie-psychotherapie-und-psychosomatik/forschung/arbeitsgruppen/child-public-health/forschung/copsy-studie.html.

schritte dadurch zu unterbleiben, die aufgrund der Altersbedingtheit des Erwerbs bestimmter Fähigkeiten später kaum nachgeholt werden können; so werden „Weichen“ für die weitere Entwicklung falsch gestellt – in zahlreichen Fällen irreversibel.

Bei einer Fortsetzung der Unterrichtseinschränkungen – und sei es nur für weitere 2 Monate – ist mit weiteren Brüchen in zahlreichen Bildungsbiographien zu rechnen. Zahlreiche Kinder und Jugendliche werden den Anschluss an die ihnen ansonsten mögliche Schulbildung verlieren. Kinder, die zum Lernen der Motivation durch Lehrer und Mitschüler bedürfen, die Lernanreize und Vorbildwirkung vermitteln, verlieren jegliche Motivation, sich die erforderlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten selbständig anzueignen. Sie richten sich in einem für sie „bequemeren“ Tagesablauf ein. Der nun womöglich über weitere Monate – im vorliegenden Fall mit Sicherheit über Wochen – eingeschränkte Unterricht führt dazu, dass sie sich vollends der Schule und dem Lernen entfremden. Nach den Sommerferien werden – selbst wenn dann wieder ein normaler Schulbetrieb stattfinden sollte – die psychischen Hürden für eine neue Eingewöhnung in den Schulalltag und an regelmäßiges Lernen zu hoch sein.

(3) Inanspruchnahme von Kindern als „Nichtstörer“

Wenn der Gesetzgeber sich nun entscheidet, Menschen in bestimmten Situationen (nach Alter und/oder Aufenthaltsort), also nach Merkmalen in Gruppen (etwa Kindertagespflege-Kinder oder Kita-Kinder oder Schulkinder) geordnet, durch eine starke Verkürzung ihres Bildungsangebotes sowie dementsprechende Beschränkungen im Recht auf freie Entfaltung in Anspruch zu nehmen, dann schafft er eine Verantwortungsbeziehung, die aus medizinisch-epidemiologischer Sicht nicht zwingend ist. Der ihr zugrundeliegende medizinische Zurechnungsgrund besteht möglicherweise, möglicherweise aber auch nicht. Fest steht, dass nur ein sehr geringer Anteil der Schülerinnen und Schüler kontagiös ist, d.h. in der Lage, andere Menschen mit dem SARS.Cov-2-Virus zu infizieren.

Der Landkreis Schwäbisch-Hall hat ausweislich der Angaben des Statistischen Landesamtes (Stand 2019) 196.761 Einwohner, davon sind 35.102 Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren.[157] Die aktuelle Inzidenz von 183,5 liegt somit im Promillebereich bezogen auf die Gesamtbevölkerung im Landkreis. Da PCR-positiv getestete Schülerinnen und Schüler, enge Kontaktpersonen und symptomatisch erkrankte Kinde ohnehin vom Schulbesuch

[157] https://www.statistik-bw.de/BevoelkGebiet/Bevoelkerung/99025010.tab?R=KR127

ausgeschlossen sind. Zielt das Präsenzverbot auf das sog. „Dunkelfeld“. Dessen „Aufhellung“ dienen die vorgeschriebenen Schnelltests an zwie Tagen pro Woche.

Statistiker der Ludwig-Maximilians-Universität München haben ermittelt, dass bei zwei Tests pro Woche mit jeweiliger Sensitivität von 50 Prozent bei Annahme der Unabhängigkeit der beiden Tests für die gesamte Woche eine Sensitivität von 75 Prozent der Testungen erreicht wird. In diesem Fall würden drei von·vier infizierten Schülern*innen im Rahmen der verpflichtenden Tests entdeckt werden, schreiben sie im CODAG-Bericht Nr. 14 vom 30.04.2021.[158]

Der verbleibende Anteil unerkannt kontagiöser Kinder dürfte danach sehr gering sein. Dennoch werden alle Schülerinnen und Schüler durch das Verbot in Anspruch genommen, um jede Infektion im Schulsetting zu verhindern, wenn die Inzidenzschwelle von 165 eingreift, so als seien sie alle potentiell kontagiös und gefährlich.

Schafft der Gesetzgeber in dieser Lage dennoch gezielt Verantwortungsbeziehungen zwischen einer möglichen „Seuchengefahr“ (vgl. Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG) – also einem Seuchengefahren*verdacht* – und Menschen (hier: Kindern, die in der Schule lernen sollen), denen sie als gerade von ihnen gesetzte individualisierbare Gefahr *möglicherweise* gar nicht oder nicht allein oder nicht sicher zugerechnet werden kann, dann verlagert er auf diese Weise die Eingriffsschwelle auf einen frühen Zeitpunkt bloß möglicher Verursachung. Im Falle einer derart vorverlagerten Verantwortungszuschreibung müssen bei der Abwägung besonders strenge Anforderungen gelten, die der fehlenden verlässlichen Verantwortung der in die Pflicht genommenen Personen für die mögliche Seuchengefahr Rechnung tragen.[159]

Denn die Regelung trifft sehr viele Personen, bei denen objektiv keinerlei Infektionsrisiko besteht und geht damit – rein objektiv betrachtet – weit über das Erforderliche hinaus. Sie ist allenthalben dem Unwissen darüber geschuldet, wer infektiös ist und wäre bei besseren Kenntnissen nicht notwendig. Insoweit ist in die Abwägung auch einzustellen, ob der Gesetzgeber angesichts der Dauer der Pandemie nicht besser Daten hätte beschaffen müssen, um dieses Risiko eingrenzen und von einer bloß abstrakten hin zu einer konkreten Gefahr verdichten zu können.

---

[158] Anlage #

[159] vgl. Grüner, Biologische Katastrophen, 2017, S. 245 a.E.; s. auch Schneider, SGb 2015, 599 (606).

cc) Folgen für den Beschwerdeführenden zu 2.

Die besondere Betroffenheit des Bf. zu 2. wurde oben unter B.V.3. dargelegt. Darauf wird verwiesen.

dd) Gesamtabwägung

Der ungewisse, wahrscheinlich nicht bestehende Risikominimierungsbeitrag eines Präsenzverbots für das Ziel der Entlastung von Intensivstationen wird durch akute und bereits jetzt in vielen Fällen irreversible Einschränkungen von Bildungs- und Zukunftschancen sowie gesundheitlichen Ausgangsbedingungen für Kinder und Jugendliche „erkauft". Es ist bereits zweifelhaft, ob es verfassungsrechtlich legitim ist, Grundrechtsträger in ihren rechtlich geschützten Positionen und Zukunftschancen irreversibel und erheblich zu beeinträchtigen, um andere Personen oder Rechtsgüter vor Gefahren zu schützen. Dies liefe auf eine Hierarchisierung und Priorisierung von Grundrechten hinaus, die das Grundgesetz mit seinem Bezug auf individuelle Menschenrechte nicht kennt. Jedenfalls kann die Minimierung einer bloß abstrakten Gefahr ohne Evidenz der Wirksamkeit der Maßnahme keine Rechtfertigung sein. Daran fehlt es; es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die wissenschaftliche Evidenz ermittelt hätte, die eine gesonderte Inanspruchnahme von Kindern und Jugendlichen bei einem Inzidenzwert von 165 gegenüber allen anderen Kontakten außerhalb des Wohnbereichs rechtfertigen könnte. Wäre dieser Maßstab zulässig, könnte der Staat in rechtsstaatlich nicht kontrollierbarer Weise Gefährdungsszenarien heranziehen, um in Grundrechte bereits aktuell einzugreifen. Gegenüber abstrakten Bedrohungszusammenhängen und Gefahren schrumpfte jede kollidierende Grundrechtsposition auf Null. Mit dem Menschenwürdegehalt und dem Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG wäre dies nicht vereinbar.

c) Unzumutbarkeit des Eingriffs in das Recht der Beschwerdeführenden zu 1.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht der Bf. zu 1. aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, insbesondere im Hinblick auf die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs wird auf die Ausführungen unter D. I. und D. II. 3. Verwiesen. Das Elternrecht der Bf. zu 1. ist daher verletzt.

IV. Die rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG)

Auch die Gleichbehandlungsrechte (Art. 3 Abs. 1 GG) der Bf. zu 1. und 2.

1. Maßstab

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (BVerfGE 133, 377 [407], juris, Rn. 73).

> „Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können ([…] stRspr)."
>
> (BVerfGE 133, 377 [408], juris, Rn. 76)

Das bedeutet auch: Das vom Gesetzgeber gewählte, auf die Gruppe bezogene Regelungs- bzw. Schutzkonzept – genauer: die „Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts" (BVerfGE 121, 317 [357], juris, Rn. 120) muss in folgerichtiger Weise umgesetzt werden, weil es die in Rede stehende Belastung mit der Inpflichtnahme ansonsten unzumutbar verteilt (vgl. BVerfGE 121, 317 [355], juris, Rn. 116). An der Folgerichtigkeit des Schutz- bzw. Regelungskonzepts (beide Begriffe werden in BVerfGE 121, 317 (357, 362 a.E.), juris, Rn. 120, 135, synonym verwandt) fehlt es, wenn die Regelungen, die zum Schutzkonzept gehören, „von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogen" (BVerfGE 121, 317 [362], juris, Rn. 134) bzw. durch „weitreichende Ausnahmevorschriften" (BVerfGE 121, 317 [363], juris, Rn. 136) geprägt sind, mit denen „das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen" (BVerfGE 121, 317 [360], juris, Rn. 128). Mit Ausnahmevorschriften sind Bestimmungen gemeint, die ausdrücklich oder dem Sinn nach vom Schutzkonzept abweichen. Insoweit gilt: „Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird […]" (BVerfGE 121, 317 [362 f.], juris, Rn. 135 a.E.). In einem solchen Fall steht das gewählte Regelungsmittel nicht mehr oder doch „kaum noch in einem erkennbaren Zusammenhang" (BVerfG, MedR 2005, 35 [37 a.E.], juris, Rn. 21) zum Regelungsziel.

2. Ungleichbehandlungen

Die Maßnahmen nach § 28b Abs. 1 und 3 IfSG verfolgen das Ziel, den R-Wert zu senken und dazu insbesondere die Inzidenzen der vom RKI gemeldeten positiven PCR-Testergebnisse unter die genannten Schwellenwerte zu drücken; entsprechend greifen diese Maßnahmen, nachdem sie einmal Geltung erlangt haben, dann nicht mehr, wenn die Schwellenwerte wieder unterschritten werden – genauer: an 5 aufeinander folgenden Werktagen am übernächsten

Tag (§ 28b Abs. 2 und Abs. 3 S. 6 IfSG). Die Regelungen greifen in weite Bereiche des gesellschaftlichen Lebens ein, sowohl im wirtschaftlichen und kulturellen als auch privaten Umfeld.

Für Schulen und Kindertageseinrichtungen gilt ein besonderer Eingriffsschwellenwert: bei Überschreiten der Inzidenzschwelle von 165 auf 100.000 Einwohner je Landkreis bzw. kreisfreier Stadt gilt ein Verbot des Präsenzunterrichts bzw. der Präsenzbetreuung; für Abschlussklassen den Förderschulen können nach Landesrecht Ausnahmen zugelassen werden und die nach Landesrecht zuständigen Stellen können eine Notbetreuung nach von ihnen festgelegten Kriterien einrichten (§ 28b Abs. 3 S. 4 – 10 IfSG).

Durch diese Regelung sind Schulen und KiTas sowie die diese Einrichtungen besuchenden Kinder ungleich und überproportional betroffen, insbesondere im Vergleich zu Arbeitsplätzen (dazu a). Zugleich werden aber auch alle Schularten und KiTas gleich behandelt, obwohl andere Infektionsschutzregelungen zwischen ihnen differenzieren (b).

a) Ungleichbehandlung gegenüber Arbeitsplätzen und entsprechend (fehlenden) Einschränkungen der Berufsfreiheit

Zwar gilt für Schüler der höhere Schwellenwert von 165 auf 100.000 Einwohner im Unterschied zu den von § 28b Abs. 1 Nr. 5 IfSG erfassten kulturellen Einrichtungen, bereits ab einem Inzidenzwert von 100 je 100.000 Einwohner geschlossen bleiben müssen. Jedoch werden **allein** Schulen und KiTas für das Ziel, den Inzidenzschwellenwert von 165 je 100.000 Einwohner nicht zu überschreiten, in Anspruch genommen. Kein anderer gesellschaftlicher Bereich wird auf dieses Ziel verpflichtet und darauf gerichteten Maßnahmen unterworfen. Insbesondere der Bereich der Wirtschaft und der Arbeitsplätze außerhalb der von § 28b Abs. 1 Nr. 3 – 10 IfSG erfassten Bereiche (das sind im Wesentlichen Dienstleister) ist keinerlei vergleichbaren Beschränkungen ausgesetzt.

Schul- und KiTa-Schließungen werden durch die Neuregelung somit die „Notbremse“ in die Pflicht genommen, um einen Anstieg der Inzidenzen über den Schwellenwert von 165 je 100.000 Einwohner pro Landkreis oder kreisfreier Stadt hinaus zu stoppen. Soweit das Präsenzverbot dem weiteren Zweck dient, die Infektionsgefahr für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Einrichtungen sowie der betroffenen Kinder zu senken, das aber der Überschreitung dieses Schwellenwerts generell als erheblich eingestuft werden könnte, gibt es vergleichbare Präsenzverbote – etwa für Arbeitsplätze in der Industrie – nicht.

In Schulen gelten bereits bei zugelassener Öffnung Hygienekonzepte, die Abstandsgebote, Wechselunterricht (ab einer Inzidenz von 100/100.000 Einwohner), Belüftungsregelungen sowie nunmehr auch eine obligatorische Testpflicht zwei Mal pro Woche enthalten. Das sind insgesamt Hygiene- und Infektionsschutzstandards die – wenn man das System der Wechselbelegung mit halben Klassen ins Auge fasst – selbst über entsprechende Anforderungen für Pflegeeinrichtungen hinausgehen.

Demgegenüber gibt es solche Regelungen für Arbeitsplätze in weit geringerem Maße. Beschränkungen im Arbeitsumfeld (Maskenpflicht, Testpflichten) sind derzeit lediglich empfohlen, nicht aber obligatorisch. Die in § 28b Abs. 7 IfSG normierte „Homeoffice-Pflicht" steht unter dem Vorbehalt, dass auf Seiten des Arbeitgebers keine betriebsbedingten Gründe entgegenstehen und auf Seiten der Beschäftigten „ihrerseits keine Gründe entgegenstehen"; damit kommt eine ganze Palette an sachlichen Gründen für Ausnahmen in Betracht und wie diese kontrolliert werden sollen, ist nicht ersichtlich.

Die meisten Infektionen starten jedoch im Arbeitsumfeld.[160] Nicht in Schulen. 44 Mio. Erwerbstätigen stehen 11 Mio. Schülerinnen und Schüler und 3,7 Mio. KiTa-Kinder in Deutschland gegenüber.[161] Angesichts dieses quantitativen Verhältnisses ist nicht ersichtlich, weshalb Kinder ungleich stärker für das Ziel in Anspruch genommen werden, die vom RKI gemeldete 7-Tages-Inzidenz je 100.000 Einwohner unter dem Wert von 165 zu halten. Das gilt umso mehr, als nach dem aktuellen Situationsbericht des RKI vom 27.04.2021 ausweislich der Abbildung 11 (S. 13) der Anteil an Ausbrüchen, die dem Infektionsumfeld (Setting) „Arbeitsplatz" zugeordnet werden können, um ein vielfaches größer ist, als derjenige aus dem Infektionsumfeld „Kindergarten/Hort", während das Setting „Schulen" einen so kleinen Anteil ausmacht, dass es gar keine Erwähnung findet.[162] Dem steht nicht entgegen, dass nur ein sehr geringer Teil der Infektionen einem konkreten Infektionsumfeld – und einer Infektionsquelle – zugeordnet werden kann. Vielmehr ist aufgrund der neuen Teststrategie seit März 2021, die sich insbesondere auf Schulen und das in KiTas beschäftigte Personal bezieht, von einem geringen Dunkelfeld in diesem Bereich auszugehen. So wurde in der Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 3. März 2021 beschlossen,

---

[160] Siehe insoweit CODAG Bericht Nr. 12 der LMU München vom 1. April 2021, https://www.covid19.statistik.uni-muenchen.de/pdfs/codag_bericht_12.pdf ; siehe auch
https://www.spiegel.de/wirtschaft/corona-hotspots-die-gefahr-lauert-am-arbeitsplatz-a-7d4c268d-d6c7-439cbcc9-20967d0ac025?utm_source=dlvr.it&utm_medium=[facebook]&utm_campaign=[spontop]#ref=rss.

[161] Vgl. die im Internet einsehbaren Daten des Statistischen Bundesamtes.

[162] Abrufbar unter:
https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/Archiv_Apr_2021.html (abgerufen am 29.04.2021).

dass die Länder im Rahmen von Testkonzepten sicherstellen, dass das Personal in Schulen und Kinderbetreuung sowie alle Schülerinnen und Schüler pro Präsenzwoche das Angebot von mindestens einem kostenlosen Schnelltest erhalten.[163] Die meisten Bundesländer hatten nach den Osterferien eine Testpflicht für Schulen eingeführt (Bayern bereits ab dem 12.04.2021); nur Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen und Rheinland-Pfalz lehnten eine Pflicht noch ab.[164]

Gleichzeitig ist empirisch belegt, dass Kinder dem Infektionsgeschehen zwar folgen, aber nur eine schwache Auswirkung auf die Inzidenzentwicklung anderer Altersgruppen haben.[165]

Die Inanspruchnahme von Schulen und KiTas durch Präsenzverbote für das Ziel, einen bestimmten Inzidenzwert in Bezug auf die gesamte Bevölkerung nicht zu überschreiten, andere Bereiche aber auszusparen (etwa Arbeitsplätze in Handwerk, Industrie, Fleischfabriken, Erntehelfer, Verwaltung etc.), bei denen zumindest sehr wahrscheinlich ist, dass sie einen wesentliche größeren Beitrag zum gesamten Infektionsgeschehen leisten, stellt eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung dar. Gemeinsamer Nenner beider Gruppen ist der Aufenthalt mehrerer Personen in geschlossenen Räumen außerhalb der eignen Wohnung, bei dem die Verbreitung des Virus durch Aerosole eine erhebliche Gefahr sein dürfte.[166]

b) Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Schulen

§ 3 Abs. 1 Nr. 9 CoronaImpfV sieht vor, dass Personen, die in Kinderbetreuungseinrichtungen, in der Kindertagespflege, in Grundschulen, Sonderschulen oder Förderschulen tätig sind, zu der Gruppe der Personen zählen, die mit hoher Priorität eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus beanspruchen können. Andere Lehrer unterfallen der Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 8 CoronaImpfV, die Personen erfasst, die in Einrichtungen und Diensten der Kinder- und Jugendhilfe und in Schulen, die nicht von § 3 Abs. 1 Nr. 9 CoronaImpfV erfasst sind, tätig sind. Angehörige dieser Gruppe haben einen Anspruch auf Schutzimpfung nur mit erhöhter Priorität.

---

[163] Abrufbar unter:
https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1 (abgerufen am 29.04.2021).

[164] https://www.welt.de/politik/deutschland/article230452227/Corona-Tests-in-Schulen-Jetzt-bricht-der-grosse-Unmut-aus.html

[165] *Boast A, Munro A, Goldstein H.* An evidence summary of Paediatric COVID-19 literature, Don't Forget the Bubbles, abrufbar unter: https://doi.org/10.31440/DFTB.24063 (Stand 11.04.2021) mit den entsprechenden Nachweisen.

[166] Vgl. ÄrzteZeitung v. 12.04.2021. „Aerosol-Forscher zu Corona: ‚Drinnen lauert die Gefahr'", abrufbar unter
https://www.aerztezeitung.de/Medizin/Aerosol-Forscher-zu-Corona-Drinnen-lauert-die-Gefahr-418646.html

Bezüglich der Höherpriorisierung von Personen, die in Kindertageseinrichtungen, in der Kindertagespflege oder in Grund-, Sonder- und Förderschulen tätig sind, heißt es in der Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Impfverordnung:

> „Dies soll eine zügige und sichere Umsetzung der Öffnungsstrategien der Länder im Hinblick auf die Kinderbetreuungseinrichtungen und Grund-, Sonder- und Förderschulen ermöglichen. Kinder und Jugendliche sind ebenso wie ihre Eltern besonders von den Einschränkungen betroffen. Dies betrifft insbesondere kleinere Kinder. Um ihre Bildung und Zukunft zu gewährleisten, haben Öffnungen im Betreuungs- und Bildungsbereich Priorität."

Ferner ist nach Einschätzung des RKI das Risiko für Schülerinnen und Schüler, an einem Ausbruch im Schulsetting beteiligt zu sein, im Alter 6 bis 10-Jährigen am kleinsten.[167]

3. Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis zwischen Arbeitsplatz- und Bildung

Insoweit erweist sich die Ungleichbehandlung gemessen an dem Ziel des § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG, die Inzidenzzahlen unter den Wert von 165/100.000 Einwohner je Landkreis bzw. kreisfreier Stadt zu halten, nicht als folgerichtig und somit als ungerechtfertigt. Folgerichtig wäre, bei der Anknüpfung an einen auf die Gesamtbevölkerung bezogenen einheitlichen Inzidenzwert die Schutzmaßnahmen auf alle Infektionsorte auszurichten, die für das gesamte Infektionsgeschehen in dem Landkreis oder der kreisfreien Stadt relevant sind. Dem Gesetzgeber steht dabei ein Einschätzungsspielraum zu; er kann ihm besonders relevant erscheinende Infektionsorte herausgreifen. Dieser Spielraum ist jedoch überschritten, wenn keine nachvollziehbare Bewertung und Gewichtung der Relevanz für das Infektionsgeschehen erkennbar ist.

Der Betrieb von Schulen und KiTas wird als Schutzvorkehrung gegen eine weitere Zunahme von Inzidenzen in der Gesamtbevölkerung eingeschränkt, während andere Kontaktmöglichkeiten in geschlossenen Räumen, in denen Menschen außerhalb ihrer Wohnungen zusammen treffen, ausgespart bleiben, ohne dass ersichtlich wäre, dass ihr Betrieb einen höheren Beitrag zum Infektionsgeschehen leistet.

Es ist, wie gezeigt, bereits nicht ersichtlich, welchen messbaren Einfluss Schulen im Präsenzbetrieb – trotz aller bereits bestehenden Infektionsschutzvorkehrungen (insbesondere der Testpflicht und in aller Regel auch einer durch Landesrecht eingeführten Maskenpflicht) – auf die Zunahme von Inzidenzen je 100.000 Einwohner in den Landkreisen und kreisfreien Städten haben. Erst recht ist nicht ersichtlich, welchen Einfluss Schulschließungen - im Sinne eines Verbots von Präsenzunterricht abgesehen von für die zuständigen Landesbehörden zugelassenen Ausnahmen (Abschlussklassen, Notbetreuung) – haben. Demgegenüber ist ein hoher

[167] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin13/20211 vom 01.04.2021, S. 34.

Einfluss von Arbeitsplätzen wahrscheinlich. Die Gesetzesmaterialen enthalten zur unterschiedlichen Risikoeinschätzung dieser „Settings“ keine Informationen. Eine Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Studienlage durch den Gesetzgeber hinsichtlich der Wirksamkeit dieser Maßnahme für die Senkung der Inzidenzen unter den Schwellenwert ist nicht zu erkennen. Abstrakte Bewertungen von Infektionsrisiken und Prognosen sind nach 14 Monaten Pandemiedauer nicht (mehr) zulässig, da Studien vorliegen, die eine Evaluation der Wirksamkeit für Maßnahmen für die Begrenzung von Inzidenzen ermöglichen. Für die besondere Einschränkung von Schulen und KiTas gibt es somit keinen sachlichen Grund.

Diese Ungleichbehandlung ist auch nicht aus anderen Gründen gerechtfertigt. Zum Schutz von Mitarbeitern und Kindern ist ein Präsenz*verbot* in den Einrichtungen nicht erforderlich. Ein solches Ziel verfolgt das Gesetz nach der Entwurfsbegründung auch nicht; danach geht es um die Senkung des R-Werts. Durch die Anordnung, Hygienekonzepte umzusetzen und zwei Schnelltests pro Woche durchzuführen hat der Gesetzgeber entschieden und anerkannt, dass er diese Maßnahmen für geeignet erachtet. Diese Tauglichkeits- und Eignungsbewertung ist Rechtfertigungsvoraussetzung der – minderschweren – Eingriffe von Masken- und Testpflicht etc. (erste Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung). Die Folgerichtigkeit des gesamten Regelungsansatzes würde entfallen, wenn der Gesetzgeber die Eignung ohne sachlichen Grund konterkarierte. Die Eignung dieser Maßnahmen entfällt nun aber nicht dadurch, dass der Inzidenzwert bezogen auf 100.000 Einwohner die Schwelle von 165 überschreitet. Von einer allgemein auf die gesamte Bevölkerung bezogenen Schwellenwertüberschreitung kann nicht ohne weiteres auf die Untauglichkeit der etablierten Hygienekonzepte und insbesondere der Schnelltests *in den Einrichtungen* geschlossen werden, zumal die Testpflicht auch noch dem weiteren Zweck dient, Infektionsketten aufzudecken und zu stoppen, die sonst unentdeckt blieben. Es ist nicht folgerichtig, wenn der Gesetzgeber die Grundrechtsträger erst Eingriffen zum Schutz vor Infektionen (Test- und Maskenpflicht stellen jedenfalls Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar) unterwirft, diese dann aber durch weitaus schärfere Eingriffe – hier: Präsenzverbote – ersetzt und damit für obsolet erklärt, ohne dass die Untauglichkeit des ersten Maßnahmenbündels ab dieser Inzidenzschwelle geprüft und zumindest nachvollziehbar plausibel gemacht wäre. Daran fehlt es.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass Personen in Schulen und KiTas bei bestehender Präsenz in höherem Maße gefährdet wären als in anderen beruflichen oder öffentlichen Bereichen, für die bei einem Inzidenzwert von 165 auf 100.000 Einwohner jedenfalls nicht von vornherein von einem geringeren Infektionsrisiko ausgegangen werden kann. Zwar stand die Zahl der Ausbrüche – in Deutschland zumindest innerhalb eines bestimmten Inzidenzkorridors – in einem

engen Zusammenhang mit der Inzidenz in der Allgemeinbevölkerung.[168] Doch zeigt dies, dass kein erhöhtes Risiko im Vergleich zu anderen „Settings“ besteht.

Hinzu kommt, dass nach Einschätzung der medizinischen Fachgesellschaften das Risiko für Kinder, an Covid-19 schwerwiegend zu erkranken, äußerst gering ist – geringer als bei Influenza.[169]

Ein besonderer Schutz von Lehrern vor Infektionen mit SARS-CoV-2 in Schulen ist nicht erforderlich.[170] Davon geht auch die vom Bundesministerium für Gesundheit im Benehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ergangene Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung – CoronaImpfV) vom 10. März 2021[171] aus. § 3 Abs. 1 Nr. 9 CoronaImpfV sieht vor, dass Personen, die in Kinderbetreuungseinrichtungen, in der Kindertagespflege, in Grundschulen, Sonderschulen oder Förderschulen tätig sind, zu der Gruppe der Personen zählen, die mit hoher Priorität eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus beanspruchen können. Andere Lehrer unterfallen der Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 8 CoronaImpfV, die Personen erfasst, die in Einrichtungen und Diensten der Kinder- und Jugendhilfe und in Schulen, die nicht von § 3 Abs. 1 Nr. 9 CoronaImpfV erfasst sind, tätig sind. Angehörige dieser Gruppe haben einen Anspruch

---

[168] vgl. RKI, „Modellprognosen für die dritte Welle der SARS-CoV-2-Pandemie | COVID-19 im Schulsetting“, Epidemiologisches Bulletin13/20211 vom 01.04.2021, S. 33.

[169] vgl. Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie (DGPI) und der Deutschen Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) „Hospitalisierung und Sterblichkeit von COVID-19 bei Kindern in Deutschland“ Stand 21.04.2021 : „*Die weiterhin bestehende extreme Seltenheit eines schweren oder gar tödlichen Verlaufes von SARS-CoV-2 bei Kindern und Jugendlichen ist nicht geeignet, als Argument für Schul- und Kita-Schließungen benutzt zu werden. Nur die verbleibende Behauptung, dass zwischen den Infektionen bei Kindern und Jugendlichen und der Überlastung der Intensivstationen und den schweren und tödlichen Verläufen der älteren Erwachsenen ein Zusammenhang bestehe, könnte Kita- und Schulschließungen rechtfertigen. Daten, die diese These bestätigen, fehlen allerdings*.“ Abrufbar unter: https://dgpi.de/stellungnahme-dgpi-dgkh-hospitalisierung-und-sterblichkeit-von-covid-19-bei-kindern-in-deutschland-18-04-2021/ (abgerufen am 29.04.2021.

[170] Insoweit sei auf die rheinlandpfälzische Studie („COVID-19 transmission in educational institutions August to December 2020, Rhineland-Palatinate, Germany: a study of index cases and close contact cohorts“, abrufbar unter https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.04.21250670v1) sowie die Feststellungen des RKI (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=1B961BE-DFD4DD0A0E7BB119685BD5751.internet121?nn=13490888#doc13776792bodyText16) hingewiesen. Ergänzend sei auf eine ebenfalls neu erschienene, bis Januar 2021 durchgeführte britische Studie hingewiesen, die explizit feststellt, dass für Lehrer und ihre Haushaltsmitglieder im Vergleich zu (vergleichbaren) Erwachsenen im erwerbsfähigen Alter kein erhöhtes Risiko für einen Krankenhausaufenthalt mit COVID-19 und sogar ein geringeres Risiko für einen schweren Verlauf einer COVID-19- besteht. Die Autoren schließen, dass „diese Ergebnisse für Erwachsene, die im Präsenzunterricht tätig sind, im Großen und Ganzen beruhigend“ sind („Compared to working-age adults who are otherwise similar, teachers and their household members are not at increased risk of hospitalisation with COVID-19 and are at lower risk of severe COVID-19. These findings are broadly reassuring for adults engaged in face to face teaching.”), vgl. „Risk of Hospitalisation with Covid-19 among Teachers Compared to Healthcare Workers and other Working-Age Adults. A Nationwide Case-Control Study“, abrufbar unter https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.02.05.21251189v1. Zu demselben Ergebnis führt die bereits erwähnte schottische Studie (siehe oben Fußn. 94).

[171] Veröffentlicht am Donnerstag, 11. März 2021 im BAnz AT 11.03.2021 V1, S. 1 - 10.

auf Schutzimpfung nur mit erhöhter Priorität. Nach der Einschätzung der Ständigen Impfkommission am Robert-Koch-Institut (STIKO)[172] – nach Auswertung entsprechender Studien – haben Lehrer in Schulen und Personal in Kindertagesstätten bei Einhaltung von basalen Hygienemaßnahmen ein nur geringes Ansteckungsrisiko durch Kontakte zu potentiell infizierten Kindern. Der STIKO zufolge trifft dies unter der Voraussetzung zu, dass die grundlegenden Hygienemaßnahmen auch tatsächlich eingehalten werden. An die Fähigkeit von Kindern zur Einhaltung der Hygieneregeln knüpft die Begründung des Verordnungsentwurfs im Hinblick auf die Priorisierung nach § 3 Abs. 2 Nr. 9 CoronaImpfV an, die ausweislich der Entwurfsbegründung ausdrücklich und im Wesentlichen auf die Empfehlungen der STIKO gestützt ist.[173]

Bezüglich der Höherpriorisierung von Personen, die in Kindertageseinrichtungen, in der Kindertagespflege oder in Grund-, Sonder- und Förderschulen tätig sind, heißt es in der Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Impfverordnung:

> „Dies soll eine zügige und sichere Umsetzung der Öffnungsstrategien der Länder im Hinblick auf die Kinderbetreuungseinrichtungen und Grund-, Sonder- und Förderschulen ermöglichen. Kinder und Jugendliche sind ebenso wie ihre Eltern besonders von den Einschränkungen betroffen. Dies betrifft insbesondere kleinere Kinder. Um ihre Bildung und Zukunft zu gewährleisten, haben Öffnungen im Betreuungs- und Bildungsbereich Priorität.“[174]

Allerdings ist das Risiko für Schülerinnen und Schüler, an einem Ausbruch im Schulsetting beteiligt zu sein, im Alter 6 bis 10-Jährigen am kleinsten.[175]

Jedenfalls soweit Grundschullehrer und Personen, die in Kinderbetreuungseinrichtungen tätig sind, vollständig geimpft sind, setzt sich der Gesetzgeber mit dem Verbot von Präsenzunterricht in Widerspruch zu Sinn und Zweck der Impfpriorisierung nach der CoronaImpfV, soweit dieses Verbot dem Schutz dieser Personen dienen sollte. Vorliegend hatten alle Lehrer/Erzieherinnen ein Impfangebot und sind auch geimpft, wie sich aus der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Bf. zu 1. ergibt.[176]

Die Lehrkräfte an weiterführenden Schulen, soweit sie noch nicht geimpft sind, tragen nach Einschätzung der STIKO kein im Vergleich zu dem Risiko einer Ansteckung durch Kontakte

---

[172] vgl. zuletzt Epidemiologisches Bulletin 16/2021 vom 08.04.2021 S. 52, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/16_21.pdf?__blob=publicationFile

[173] vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit Begründung zur 1. Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Impfverordnung vom 24.2.2021, Seite 6, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/RefE_1._AEndVO_zur_CoronaImpfV.pdf.

[174] Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit Begründung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Coronavirus-Impfverordnung vom 24.2.2021, S.6, a.a.O.

[175] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin13/20211 vom 01.04.2021, S. 34.

[176] Anlage VB 4.

zu erwachsenen SARS-CoV-2-infizierten Menschen in der Öffentlichkeit oder im privaten Bereich erhöhtes Risiko.

Die Ungleichbehandlung von Schulen und Kindertageseinrichtungen im Vergleich zu anderen Settings – insbesondere von Arbeitsplätzen – ist danach nicht gerechtfertigt.

4. Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis verschiedener Schularten

Die Gleichbehandlung Grundschulen bzw. Grundschulklassen einerseits und weiterführenden Schulen andererseits hinsichtlich des gleichermaßen geltenden Präsenzverbots in den Einrichtungen bei Überschreiten der 165-er Inzidenz ist eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte. Auch eine Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Regelungsgegenstände bedarf nach Art. 3 Abs. 1 GG einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Die hier angegriffene gesetzliche Regelung setzt sich über das ausdrückliche Regelungsziel des Verordnungsgebers der Corona-Impfverordnung hinweg, die eine priorisierte Impfung von Grundschullehrern und Erzieherinnen und Erziehern bezweckt, damit diese Einrichtungen im Kindesinteresse bei einem „Lockdown“ früher geöffnet bzw. bei steigenden Inzidenzen später geschlossen werden können. Zudem sind die jüngeren Schulkinder im Alter von 6 – 10 Jahren nach Einschätzung des RKI weniger häufig an Infektionsausbrüchen in Gemeinschaftseinrichtungen beteiligt. Zwar ist der Bundesgesetzgeber nicht an die Wertungen des Verordnungsgebers der Corona-Impfverordnung (Bundesministerium für Gesundheit) gebunden. Ohne sachlichen Grund darf er dies jedoch nicht; die Impfpriorisierung zugunsten der Lehrer und Erzieher, die bei knappem Impfstoffkontingent zu Lasten anderer Gruppen mit Dringlichkeitsstatus ging, verlöre sonst jedenfalls zum Teil ihren Zweck. Das gesamte Regelungskonzept des staatlichen Infektionsschutzes in Bezug auf das Sars-Cov-2-Virus verlöre seine Folgerichtigkeit. Eine Begründung für diese Gleichbehandlung ist aus den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Auch insofern ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gegeben.

E.

Begründung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Die Verfahrensbevollmächtigten haben sich entschieden, Anträge auf einstweilige Anordnung zu stellen, wohlwissend, dass in der Literatur vor solchen Anträgen gewarnt wird.

> „Wird eine einstweilige Anordnung beantragt, besteht erfahrungsgemäß die Gefahr, dass sich die Chancen für die Annahme der Verfassungsbeschwerde vermindern."[177]

Angesichts der Situation, in der sich die Bf. zu 1. bis 3. befinden, sind aber anders als durch eine einstweilige Anordnung in zeitgerechter Weise ihre Grundrechtspositionen effektiv nicht zu schützen, denn fachgerichtlicher Rechtsschutz kann dies, wie erläutert, nicht leisten.

I. Keine offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist, wie dargelegt, nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet. Angesichts des offenen Ausgangs des Verfassungsbeschwerdeverfahrens muss das angerufene Gericht auf Grundlage einer Folgenabwägung entscheiden. Im Rahmen der Folgenabwägung muss es die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, aber die Verfassungsbeschwerde Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre.[178]

Im Fall der begehrten Außervollzugsetzung eines Gesetzes müssen diese drohenden Nachteile darüber hinaus besonderes Gewicht haben. Insoweit ist von entscheidender Bedeutung, ob die Nachteile irreversibel oder nur sehr erschwert revidierbar sind, um das Aussetzungsinteresse durchschlagen zu lassen.[179]

II. Dringlichkeit

Die Notwendigkeit einer Eilentscheidung resultiert daraus, dass das Gesetz schon am Tag nach seiner Verkündung, also am 23.4.2021, in Kraft getreten ist. Der Inzidenz-Schwellenwert, der gemäß § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG die Geltung des Präsenzverbots in den Einrichtungen

---

[177] Kleine-Cosack, Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde, 3. Aufl. 2013, Rn. 1204; i. Erg. ebenso Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 5. Aufl. 2017, Rn. 1101

[178] BVerfG, NJW 2019, 1366 (1367), juris, Rn. 9 f. – st. Rspr.

[179] So etwa BVerfG, NZA 2019, 415 (415), juris, Rn. 8; BVerfG, Beschl. v. 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17 –, juris, Rn. 20; BVerfGE 140, 211 (219), juris, Rn. 13, jew. m.w.N.

(Schule, KiTa) auslöst, ist zurzeit in weiten Teilen Deutschlands überschritten. Nach dem Lagebericht des RKI vom 30.04.2021 weisen 402/412 Kreise eine hohe 7-Tage-Inzidenz von >50 auf. Die 7-Tage-Inzidenz liegt in 326 Kreisen bei >100 Fällen/100.000 EW, davon in 30 Kreisen bei >250 Fällen/100.000 EW.[180]

Auch im vorliegenden Fall liegt die 7-Tage-Inzidenz lange bei deutlich über 165/100.000 EW. Lediglich am 30.04.2021 wurden 162,4 und am 01.05.20201 153,3 gemeldet. Das Präsenzverbot entfällt gem. § 28b Abs. 3 S. 6 IfSG erst ab dem übernächsten Tag, nachdem an 5 aufeinander folgenden Werktagen die 7-Tages-Inzidenz den Schwellenwert von 165/100.000 EW unterschritten hat. Selbst wenn dies in der Kalenderwoche 19 zur Aufhebung des Präsenzverbots führen sollte, so müsste doch angesichts der Zunahme an Schnelltest stets wieder mit dessen erneutem Wirksamwerden gerechnet werden. Erneute Schließungen von Schulen und KiTas drohen damit jederzeit – und zwar für mindestens eine Kalenderwoche.

Im vorliegenden Fall ist auch nicht damit zu rechnen, dass – wenn das BVerfG § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG außer Vollzug setzte – auf Landes- oder kommunaler Ebene eine ähnliche Regelung eines Präsenzverbotes sofort erneut erlassen würde, um eine Überlastung der Intensivstationen zu verhindern. Denn eine solche Überlastung droht derzeit weder im Landkreis Schwäbisch Hall noch im Landkreis Ansbach, wie oben dargelegt (D.III.4 a) ((1)), schon gar nicht durch offene Schulen. Nach Angaben der Statistiker der Ludwig-Maximilians-Universität München beträgt bei zwei Tests pro Woche mit jeweiliger Sensitivität von 50%e bei Annahme der Unabhängigkeit der beiden Tests für die gesamte Woche eine Sensitivität von 75%. In diesem Fall würden drei von·vier infizierten Schülern*innen im Rahmen der verpflichtenden Tests entdeckt werden, schreiben sie im CODAG-Bericht Nr. 14 vom 30.04.2021.[181]

Anlage VB 10 (CODAG Bericht Nr. 14)

Im Schulsetting lassen sich Infektionsketten relativ einfach nachverfolgen, so dass die Strategie des Testens und Nachverfolgens hier gut gelingt und das Dunkelfeld sehr weit reduziert werden kann.

Effektiver Rechtsschutz gegen das Verbot ist daher nur im Wege des Eilrechtsschutzes möglich. Das Verbot wird automatisch wirksam bzw. wieder unwirksam, wenn der in Bezug genommene Inzidenzwert nach den vorgesehenen Fristen über- oder unterschritten wird. Außerdem ist die Geltung des § 28b Abs. 1 IfSG gemäß Abs. 10 (zunächst) bis längstens zum

[180] https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Apr_2021/2021-04-30-de.pdf?__blob=publicationFile

[181] Vgl. RKI, Epidemiologisches Bulletin17 | 202129. April 2021 Seite 22.

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. Folgenabwägung

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. Keine schwerwiegenden Nachteile für die Bundesrepublik

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:

Der Antrag ist nicht darauf gerichtet, ein Präsenzunterrichtsverbot in Schulen und KiTas § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG per se zu verhindern.

- Das Präsenzunterrichtsverbot, dessen Geltung nach § 28b Abs. 3 IfSG durch den Inzidenzwert-Automatismus ausgelöst wird, kann nach bereits geltendem Recht – nämlich nach § 28a IfSG beziehungsweise nach §§ 32 i.V.m. 28a IfSG und unter den dort normierten Voraussetzungen durch die Landesregierungen – bereits jetzt angeordnet werden. Zudem wurden die nach den Corona-Schutz-Verordnungen der Länder die zuständigen Landesbehörden zum Erlass entsprechender Anordnungen per Allgemeinverfügung ermächtigt.

- Ein Präsenzunterrichtsverbot wurde auch in den Bundesländern bereits angeordnet. Die sogenannte „Notbremse“ ist im wesentlichen bereits Gegenstand der letzten Beschlüsse der Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten und -präsidentinnen der Länder vom 22.3.2021 und vom 03.03.2021 gewesen.[182]

[182] 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); Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 3. März 2021, Beschluss, https://www.bundesregierung.de/re-

Die Vereinbarung von Bund und Ländern ist im Wesentlichen durch die Corona-Verordnungen der Länder umgesetzt worden, gilt also bereits nach Landesrecht. Einige Länder verweisen nun zwar hinsichtlich des Präsenzverbots in Schulen auf die bundeseinheitliche Regelung, andere haben schärfere Regelungen insofern erlassen, als das Präsenzverbot bereits ab einer Inzidenz von 100/100.000 EW greift (Bayern, Niedersachsen). Im vorliegenden Fall verweist die Corona-Schutz-Verordnung des Landes Baden-Württemberg zwar lediglich auf die bundesgesetzlichen Regelungen zum Präsenzverbot in § 28b Abs. 3 IfSG (s.o.). Sollte diese jedoch vom BVerfG außer Vollzug gesetzt werden, könnte auf Landeseben nachjustiert werden, falls dies situationsbedingt erforderlich ist.

- Die Länder haben in der Vergangenheit gezeigt, dass sie in der Lage sind, binnen weniger Tage entsprechende Rechtsvorschriften zu erlassen. Das Bundesverfassungsgericht könnte bei Erlass der beantragten Anordnung auch eine Übergangsfrist von wenigen Tagen vorsehen, bevor das Präsenzverbot vorläufig außer Kraft gesetzt würde, wenn es dies für erforderlich hielte.

Demgemäß hätte die beantragte einstweilige Anordnung nicht zur Folge, dass im Zeitraum zwischen Erlass der einstweiligen Anordnung und Anordnungen der Länder bzw. Länderbehörden von Präsenzverboten ein infektionsschutzrechtliches Vakuum entstünde. Vielmehr bliebe eine effektive Politik zur Eindämmung des Infektionsgeschehens und zur Vermeidung einer Überlastung der Intensivstationen möglich. Wie vorstehend gezeigt, droht vor Ort (im Landkreis Schwäbisch Hall und im Landkreis Ansbach) auch keine Überlastung intensivmedizinischer Kapazitäten und ein erheblicher Beitrag aus dem Schulsetting, der trotz regelmäßiger Tests übersehen bliebe, scheint nicht zu gewärtigen.

Zudem ist fraglich, ob Schul- und KiTa-Schließungen überhaupt einen messbaren Beitrag zum Gesetzeszweck – der Senkung des R-Wertes und der Entlastung der Intensivstationen – leisten. Nach Einschätzung der Deutsche Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin e.V. und der Deutsche Gesellschaft für Pädiatrische Infektiologie e.V.[183] gibt es keine Daten, die einen Zusammenhang zwischen den Infektionen bei Kindern und Jugendlichen und der Überlastung

source/blob/997532/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf?download=1 (abgerufen am 4.3.2021).

[183] Reinhard Berner, Peter Walger, Arne Simon, Thomas Fischbach, Jörg Dötsch, Dominik Schneider, Hans-Iko Huppertz, Johannes Hübner Stellungnahme von DGPI und DGKH zu Hospitalisierung und Sterblichkeit von COVID-19 bei Kindern in Deutschland –Stand April 2021 (korr. Version), abrufbar unter: https://www.dgkj.de/fileadmin/user_upload/Meldungen_2021/210421_SN_HospitalisierungCOVID.pdf

der Intensivstationen und den schweren und tödlichen Verläufen der älteren Erwachsenen ein Zusammenhang belegen.

Anlage VB 14 (Stellungnahme DGPI u. DGKH v. 21.04.2021)

Ob eine Infektion mit dem Sars-Cov-2-Virus erfolgt, hängt zumeist von einer Vielzahl an Faktoren ab, nicht zuletzt auch vom Risikoverhalten einer sich infizierenden Person selbst. So kann es etwa Menschen geben, denen der persönliche Kontakt zu anderen weitaus wichtiger ist, als dessen Vermeidung zum Zweck der Risikominimierung, etwa von Großeltern in Bezug auf ihre Enkel angesichts ihrer kurzen verbliebenen Lebenserwartung, für die der Kontaktentzug weitaus unerträglicher ist als das Risiko einer Infektion.

Die Zurechenbarkeit des Kontaktverhaltens von Kindern zu Infektionen vulnerabler Bevölkerungsgruppen und als Folge davon eine Belastung von Intensivstationen ist daher sehr fraglich.

Präsenzverbote senken dabei auch allenfalls ein abstraktes Infektionsrisiko, da im Falle eines konkreten Infektionsverdachts bei Kindern (und Lehrern etc.) ohnehin ein Besuchsverbot nach den Corona-Schutzverordnungen der Länder eingreift. Insofern zielt das Präsenzverbot darauf, Infektionen zu verhindern, die durch unerkannt infektiöse Kinder (asymptomatische, bzw. präsymptomatische Infektionen) verursacht werden können (sog. „Dunkelfeld"); die vom Präsenzverbot betroffenen Kinder sind (ggf. bei einer Präsymptomatik: noch) gesund. Dieses Risiko wird durch die nach § 28b Abs. 3 S. 1 HS 2 IfSG vorgesehene Testpflicht zweimal in der Woche minimiert.

Statistiker der Ludwig Maximilian Universität München haben untersucht, inwiefern offene Schulen bei kontinuierlichen Tests effektiver die gesamten Infektionszahlen senken als geschlossene Schulen bei unterbliebenen Tests. Sie kommen – unter der Überschrift *„Epidemiologisch-statistische Aspekte sprechen für Schulöffnungen mit verpflichtenden Tests"* – zu folgendem Fazit:

> „Unsere Überlegungen zeigen, dass das unmittelbare Risiko der Ansteckung an Schulen (inklusive Schulweg) trotz verpflichtender Tests (Stichwort: falsch-negativ Getestete) durch den positiven Effekt der zusätzlichen Entdeckung von Infektionen kompensiert werden kann. Durch die Testpf+licht an Schulen kann die Dunkelziffer unter den Schülern um einen Faktor von 4 bzw. 2 reduziert werden - die Meldeinzidenzen steigen demzufolge an. Bei Schulschließungen und Wegfall der Reihentests steigt die Dunkelziffer entsprechend wieder an."[184]

Anlage VB 10 (CODAG Bericht Nr. 14)

[184] Vgl. auch RKI, Epidemiologisches Bulletin17 | 202129. April 2021 Seite 22.

Mit anderen Worten: Die Zahl der durch offene Schulen – nach falsch-negativen Tests – erfolgenden Infektionen wird durch die Zahl der durch die Testungen aufgedeckten und anschließend durch die Quarantäne-Anordnungen gestoppten Infektionsketten übertroffen.

Dass es anders als mit Präsenzunterrichtsverboten geht zeigen benachbarte europäische Staaten, in denen trotz teilweise sehr viel höhere Inzidenzen der Schulbetrieb in viel größeren Maße aufrechterhalten wurden (Frankreich[185], Schweiz[186], Skandinavien[187], Großbritannien; auch Irland hatte in der sog. „2. Welle auch während eines als „sehr „hart" in den Medien dargestellten „Lockdowns" durchweg die Grundschulen offen).

Die Nachteile, die sich bei Erlass der beantragten Anordnung für die öffentliche Pandemiepolitik ergäben, wären – wenn überhaupt – demnach gering.

Wenn es überhaupt Nachteile gibt, werden sie zum einen durch die Aufdeckung von Infektionsketten im Wege der verpflichteten Schnelltests, die sonst im Dunkelfeld blieben und zum anderen durch den rechtsstaatlichen Zugewinn, der ein Gemeinwohlnutzen der beantragten einstweiligen Anordnung wäre, sogar überkompensiert.

2. Schwerwiegende Nachteile für Kinder und Familien

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. 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.[188]

Von dem Präsenzverbot des § 28b Abs. Abs. 3 IfSG sind nicht nur die Ast., sondern auch viele Millionen anderer Kindern betroffen.

Die von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjungendämter berichtete Verdopplung der Zahl von Schulabbrüchen auf 104.000 im vergangenen Jahr und einer erwarteten gleich hohe

---

[185] siehe: https://www.zeit.de/gesellschaft/schule/2021-02/schule-corona-schweden-schweiz-daenemark-praesenzunterricht-grundschule/komplettansicht

[186] In der Schweiz blieben die Schulen seit August 2020 bis heute geöffnet. Trotz eines Anstiegs des Infektionsgeschehens insgesamt wurde jedoch festgestellt, dass Infektionen bei Schulkindern – unter Beachtung einiger Hygienemaßnahmen – äußerst gering blieben, siehe dazu: „Clustering and longitudinal change in SARS-CoV-2 seroprevalence in school children in the canton of Zurich, Switzerland: prospective cohort study of 55 schools", abrufbar unter https://www.bmj.com/content/372/bmj.n616

[187] Siehe: https://www.luzernerzeitung.ch/international/pandemie-skandinavien-im-clinch-wegen-schulschliessungen-und-fuer-einmal-ist-nicht-schweden-am-lockersten-ld.2085063

[188] vgl. BVerfGE 121, 1 (17 f.); 122, 342 (361); 131, 47(61).

Zahl im laufenden Jahr – insgesamt also auf 2010.000 – [189] zeigt, dass in einer außerordentlich hohen Zahl an Fällen Brüche in den Bildungsbiographien aufgetreten sind und Kinder und Jugendliche den Anschluss an eine reguläre Schulbildung verloren haben. Dabei ist es leider so gut wie ausgeschlossen, dass sämtliche Betroffene diese Defizite im weiteren Verlauf ihres Lebens werden ausgleichen können, auch wenn es etlichen gelingen mag; dies wäre auch in jedem Fall mit erheblichem zusätzlichem Aufwand an Lebenszeit verbunden. Schon allein dieser Umstand belegt für zahlreiche Fälle ganz erhebliche irreversible Eingriffe in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit durch Verlust von Zukunftschancen. Dass für viele Schüler das letzte und das laufende Schuljahr zu keiner wesentlichen Vermittlung neuen Wissens und neuer Fähigkeiten beigetragen hat, ist durch die bereits vorstehend zitierten Studien und Indizien belegt.[190]

Bei einer Fortsetzung der Unterrichtseinschränkungen – und sei es nur für weitere 2 Monate – ist mit weiteren Brüchen in zahlreichen Bildungsbiographien zu rechnen. Zahlreiche Kinder und Jugendliche werden den Anschluss an die ihnen ansonsten mögliche Schulbildung verlieren. Kinder, die zum Lernen der Motivation durch Lehrer und Mitschüler bedürfen, die Lernanreize und Vorbildwirkung vermitteln, verlieren jegliche Motivation, sich die erforderlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten selbständig anzueignen. Sie richten sich in einem für sie „bequemeren“ Tagesablauf ein. Der nun womöglich über weitere Monate – im vorliegenden Fall mit Sicherheit über Wochen – eingeschränkte Unterricht führt dazu, dass sie sich vollends der Schule und dem Lernen entfremden. Nach den Sommerferien werden – selbst wenn dann wieder ein normaler Schulbetrieb stattfinden sollte – die psychischen Hürden für eine neue Eingewöhnung in den Schulalltag und an regelmäßiges Lernen zu hoch sein.

Hinzu kommen die belegte Zunahmen an psychischen Auffälligkeiten und Erkrankungen bei Kindern und Jugendlichen,[191] der Bewegungsmangel und die Gefahren von ungesundem Essverhalten, die sämtlich im weiteren Lebensverlauf zu zusätzlichen gesundheitlichen Risiken und einer Verminderung der Lebenserwartung beitragen. Gerade diese bereits eingetretenen messbaren Beeinträchtigungen werden durch ein Präsenzverbot vor den Sommerferien erheblich verstärkt.

---

[189] Siehe bereits Fußnote 81

[190] Siehe oben unter B. V. 2, Seite 32.

[191] Vgl. etwa die „Copsy-Studie“ der Universität Hamburg https://www.uke.de/kliniken-institute/kliniken/kinder-und-jugendpsychiatrie-psychotherapie-und-psychosomatik/forschung/arbeitsgruppen/child-public-health/forschung/copsy-studie.html.

Kinder und Jugendliche drohen wichtige Entwicklungs- und Lernschritte zu verpassen, die sie bei normalem Entwicklungsverlauf erfolgreich meistern würden. Aus entwicklungspsychologischen und auch neurophysiologischen Gründen drohen wichtige Entwicklungsschritte dadurch verpasst zu werden, die aufgrund der Altersbedingtheit des Erwerbs bestimmter Fähigkeiten später kaum nachgeholt werden können; so werden „Weichen“ für die weitere Entwicklung falsch gestellt – in zahlreichen Fällen irreversibel.

Jeder Tag, der vergeht und an dem die betroffenen Menschen wegen der durch § 28b Abs. 3 IfSG automatisch ausgelösten Präsenzverbote ihre Persönlichkeit im Bildungsbereich nicht so entfalten konnten, wie dies ihren Anlagen und Intentionen eigentlich entspricht, ist ein Tag unwiederbringlichen Freiheitsverlusts. Dieser Freiheitsverlust lässt sich durch eine nachträgliche Hauptsacheentscheidung nicht mehr kompensieren.

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 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 wiederhergestellt, denn wenn über die Geltung der Maßnahmen des § 28b Abs. 3 IfSG eine auf Landesebene zuständige Behörde entscheidet, ist gegen diese Entscheidung verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben.

3. Abwägung

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 legitimen Schutzgüter entstünden, wenn die beantragte einstweilige Anordnung erginge.

Der 1. Senat des BVerfG hat in seinem Beschluss vom 05.05.2021 (Az. 1 BvR 781/21 u.a.) zu erkennen gegeben, dass die Nachteile der Ausgangsbeschränkung gem. § 28b Abs. 1 S. 2. Nr. 2 IfSG für Personen, bei denen von einer Immunisierung auszugehen ist, schwerer wiegen, die Nachteile für einen Infektionsschutz bei Aussetzung der Regelung in § 28b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 IfSG überwiegen können (vorbehaltlich einer weiteren Aufklärung; vgl. Rn. 56 a.E.).

Die Nachteile einer Ausgangsbeschränkung von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetages für Personen, die als Immun anzusehen sind, wiegt im Vergleich zu einem Präsenzunterrichtsverbot für Schülerinnen und Schüler gleichwohl noch weniger schwer. Vielmehr wiegt das Präsenzunterrichtsverbot erheblich schwerer. Ausgangsbeschränkungen bedeuten zwar einen unwiederbringlichen Freiheitsverlust in den betreffenden Nächten für Personen, die über eine Immunität verfügen und sind ihnen gegenüber angesichts wesentlich geringerer Kontagiösität (selbst wenn sie unerkannt – erneut – infiziert sein sollten) kaum zu rechtfertigen. Sie haben jedoch in aller Regel keine nachteiligen Konsequenzen für die Zukunft der Betroffenen.

Bei Schülerinnen und Schülern ist dies anders. Die Bildungs- und Kontaktverluste, die verpassten Lern-, Erfahrungs- und Entwicklungschancen belasten die betroffenen Schülerinnen und Schüler nachhaltig in ihrer weiteren Entwicklung und auf ihrem Lebensweg. Und dies, obwohl das ohnehin bei Kindern verminderte Infektionsrisiko durch Hygienevorkehrungen und insbesondere Antigen-Schnelltest erheblich zu vermindern ist. Dies wurde vorstehen ausführlich dargelegt und begründet.

Die ehemalige stellvertretende Leiterin des Gesundheitsamts Frankfurt am Main Prof. Dr. med. Ursel Heudorf und der Leiter des Gesundheitsamts Frankfurt am Main Prof. Dr. Dr. med. René Gottschalk ziehen folgendes Fazit:

> „Vor dem Hintergrund der o.g. Daten, der Studienlage und der Argumente müssen die Schulen zwingend schnellstmöglich wieder für den Präsenzunterricht geöffnet werden. Ein weiteres Verbot des Präsenzunterrichts ist zwar angesichts des neuen § 28b IfSG rechtlich legal, es ist aber weder legitim, noch geeignet, erforderlich und angemessen, Infektionen bei Kindern oder deren Kontaktpersonen zu verhüten.“[192]

Der Präsident der Deutschen Gesellschaft für Kinder- und Jugendmedizin e.V. Prof. Dr. Jörg Dötsch bewertet die Lage in einer Stellungnahme vom 20.04.2021 so:

> „Wir Kinder- und Jugendärztinnen und -ärzte sehen durch die Entscheidung der Koalition, die Ausgangssperren zu lockern, die Grenzwerte für Schulöffnungen aber zu verschärfen, eine Diskriminierung dieser Altersgruppe mit hohem Gefährdungspotenzial für das Kindeswohl! Kindern und Jugendlichen wird ihr Recht auf Bildung und gesunde Entwicklung vorenthalten, aus Gründen des Fremdschutzes. Auch wenn sie tendenziell nicht häufiger erkranken, sollen sie an vorderster Stelle die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus vor den anderen Bevölkerungsgruppen bremsen. Wir protestieren gegen diese Entscheidung!“

Aus verfassungsrechtlicher- und grundrechtsdogmatischer Sicht weist Prof. Dr. Jörg Dötsch auf einen wesentlichen Aspekt hin: Kinder und Jugendliche werden durch das Präsenzverbot – ohne selbst eine oder in Gefahr zu sein oder einem konkreten Gefahrenverdacht zu unter-

[192] Hessisches Ärzteblatt 6/2021, S. 357.

liegen – für die Minimierung einer abstrakten Ansteckungsgefahr für eine andere Bevölkerungsgruppe in Anspruch genommen und dabei unmittelbar und irreversibel in ihren Grundrechten und Zukunftschancen beeinträchtigt. Es ist bereits zweifelhaft, ob es verfassungsrechtlich legitim ist, Grundrechtsträger in ihren rechtlich geschützten Positionen und Zukunftschancen irreversibel und erheblich nachteilhaft zu beeinträchtigen, um andere Personen oder Rechtsgüter vor Gefahren zu schützen. Dies liefe auf eine Hierarchisierung und Priorisierung von Grundrechten hinaus, die das Grundgesetz mit seinem Bezug auf individuelle Menschenrechte nicht kennt.

Das Präsenzunterrichtsverbot trifft zudem aber alle Schülerinnen und Schüler, obwohl allenfalls bei einem winzigen Bruchteil tatsächlich eine Infektion und eine Infektionsgefahr vorliegt und geht damit sehr weit über das hinaus, was bei besserer Kenntnis über das konkrete Infektionsrisiko erforderlich wäre. Der Regelung liegt eine sehr abstrakte Gefahrenprognose zugrunde, die auf der Annahme sehr geringen Wissens über das konkrete Risiko und eines sehr weitreichenden Risikoverdachts in Bezug auf alle Schülerinnen und Schüler beruht. Wäre dieser Maßstab für irreversible und nachhaltige Grundrechtseinschränkungen zulässig, könnte der Staat in rechtsstaatlich nicht kontrollierbarer Weise Gefährdungsszenarien heranziehen, um in Grundrechte aktuell einzugreifen. Gegenüber abstrakten Bedrohungszusammenhängen und Gefahren schrumpfte jede kollidierende Grundrechtsposition auf null. Mit dem Menschenwürdegehalt und dem Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte nach Art. 19 Abs. 2 GG wäre dies nicht vereinbar.

Wir bitten um einen Hinweis des angerufenen Gerichts, sollten weitere Glaubhaftmachungen zum Sachvortrag für erforderlich gehalten werden.

Wir bitten ferner um einen Hinweis, sollte das angerufene Gericht eine Übersetzung der in Bezug genommenen englischen Texte ins Deutsche für erforderlich halten.

Außerdem bitten wir um einen Hinweis, soweit weitere Kopien der Verfassungsbeschwerde einschließlich der Anhänge benötigt werden.

Bernhard Ludwig
- Rechtsanwalt -

Benjamin Böhm
- Rechtsanwalt -