

Berlin, 15.04.21

Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Am 13.4.2021 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und zur Einführung einer bundeseinheitlichen „Notbremse“ in Form der Einführung verbindlicher Schutzmaßnahmen ab einer landkreisbezogenen Inzidenz von 100 Neuinfektionen je 100.000 Einwohnern beschlossen.

Der Deutsche Tourismusverband nimmt zum Gesetzentwurf wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung

Der Deutsche Tourismusverband e.V. ist der Dachverband kommunaler, regionaler und landesweiter Tourismusorganisationen. Seit seiner Gründung im Jahr 1902 vertritt der DTV die Interessen seiner Mitglieder gegenüber Politik und Behörden, setzt Impulse, vernetzt Akteure miteinander und fördert einen zukunftsweisenden Qualitätstourismus im Reiseland Deutschland.

Zum vorliegenden Gesetzentwurf nehmen wir Stellung, da die seit **mehr als fünf Monaten** ununterbrochen bestehenden Einschränkungen des Deutschlandtourismus auch weiterhin fortgelten sollen, obwohl sie im Lichte wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht nachvollziehbar sind und damit erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken provozieren:

- Das undifferenzierte Verbot des Tourismus ist aus unserer Sicht unverhältnismäßig und daher nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.
- Der Gesetzentwurf lässt eine ausreichende und nachvollziehbare Begründung vermissen, warum ein Tourismusverbot geeignet zur Pandemiebekämpfung sein soll.
- Durch die undifferenzierte, rein inzidenzbezogene „Notbremsenregelung“ des § 28 b IfSG werden Beschränkungen des Tourismus-, Freizeit- und Kulturbereichs fälschlicherweise als besonders geeignete Mittel zur Pandemiebekämpfung zementiert, obwohl neuere wissenschaftliche

Erkenntnisse zu Gefährdungsszenarien dieser Einschätzung entgegenstehen, vgl. insoweit

- den **Stufenplan des RKI ControlCOVID** vom 18.2.2021,
 - das **epidemiologische Bulletin Nr. 8/21 des RKI** (S. 16),
 - den **MODUS-COVID Bericht vom 19.03.2021**, TU Berlin,
 - die **Studie der Europäischen Seuchenschutzbehörde EASA und der Europäischen Luftsicherheitsbehörde** vom 2.12.2020,
 - den **offenen Brief führender Aerosolforscher** vom 11. April 2021 zur Corona-Gefahr bei Gruppen in Innenräumen.
- Die Neuregelung wird den bestehenden Zustand der Rechtsunsicherheit fortsetzen und sogar verschärfen, weil sie durch eine zu befürchtende Schalterwirkung zwischen Bundes- und Landesrecht jegliche Planung in Bezug auf Buchungs- und Öffnungsszenarien erschwert wenn nicht gar unmöglich macht und effektiven Rechtsschutz verhindert.
 - Die Folgen sind mangelnde Planbarkeit, Perspektivlosigkeit und Existenzbedrohung für die Unternehmen und damit auch für die Destinationen.
 - Die Regelung ist insbesondere im Hinblick auf Beherbergungsbetriebe unangemessen, da die wirtschaftlichen Auswirkungen nicht bzw. nicht ausreichend durch staatliche Hilfen ausgeglichen werden.

Wir plädieren daher dafür:

- Den Gesetzentwurf abzulehnen, aber jedenfalls
- das vorbehaltlose Verbot der touristischen Beherbergung in § 28 b Abs. 1 Nr. 10 IfSG-E sowie in § 28 a Abs. 1 Nr. 12 IfSG zu streichen bzw. die Öffnung unter den Vorbehalt der Verpflichtung zur Einhaltung von Schutz- und Hygieneauflagen zu stellen.
- Die vorbehaltlose Untersagung der Öffnung von Freizeitparks sowie von Stadt-, Gäste- und Naturführungen, des Betriebs von Seilbahnen, Fluss- und Seenschiffahrt, touristischen Bahn- und Busverkehren und Flusskreuzfahrten (§ 28 b Abs. 1 Nr. 3 IfSG-E sowie entsprechende Vorschriften in § 28 a IfSG) zu streichen bzw. die Öffnung unter den Vorbehalt der Verpflichtung zur Einhaltung von Schutz- und Hygieneauflagen zu stellen.
- Das vorbehaltlose Verbot der Öffnung von Kultureinrichtungen und -veranstaltungen (§ 28 b Abs. 1 Nr. 5 IfSG-E und entsprechende Vorschrift in § 28 a IfSG) zu streichen bzw. die Öffnung unter den Vorbehalt der Verpflichtung zur Einhaltung von Schutz- und Hygieneauflagen zu stellen.

Unsere Kritik am Gesetzentwurf im Einzelnen:

II. Verfassungsrechtliche Bedenken grundsätzlicher Art

1. Unübersichtliche Rechtslage

Der neue § 28 b IfSG-E führt zu einem potenziellen Nebeneinander von Bundes- und Landesrecht und zu einer Erschwerung der Inanspruchnahme von Rechtsschutz für Betroffene, und zwar in den Fällen, in denen bei einer Inzidenz über 100 Infektionen pro 100.000 Einwohnern ggf. zusätzliche, schärfere Verordnungen der Bundesländer ergänzend gelten sollen (vgl. § 28 b IfSG-E Abs. 3).

Sobald und soweit der Bund nach Art. 74 GG seine Gesetzgebungskompetenz ausübt, tritt Landesrecht hinter den Bundesregeln zurück. Am Beispiel des Beherbergungsverbot (das sowohl in Art. 28 b IfSG-E als auch in den Länderverordnungen geregelt werden soll bzw. geregelt ist) wäre ab einer Inzidenz von 100 pro 100.000 Einwohnern Bundesrecht direkt anwendbar, eine entsprechende Landesregelung in diesem Bereich mithin unbeachtlich. Soweit allerdings die Landesverordnung hinsichtlich einer anderen Maßnahme Strengeres regelt, würde sie insoweit wieder aufleben.

Rechtsverordnung des Bundes

Die Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung in § 28 b Abs. 6 IfSG-E ist auf die Regelung von Ausnahmen und Erleichterungen zu beschränken und insbesondere zum rechtlichen Instrument für eine umfassende Teststrategie zur Rückkehr in die Normalität auszubauen.

Würde die Befugnis hingegen den gesamten Kanon der Maßnahmen nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a IfSG umfassen, hätte man im Extremfall drei parallel oder im Wechsel anwendbare Rechtsgrundlagen im Bereich der Pandemiemaßnahmen.

Zudem stellt sich die Frage, wie sich eine solche Rechtsverordnung des Bundes zu den Länderverordnungen verhalten würde. Jedenfalls ist im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß Art. 72 Abs. GG Bundesrecht nur insoweit vorrangig, als der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit **durch** Gesetz Gebrauch macht. Sollte eine Verordnung nach § 28 b Abs. 6 IfSG-E gleichen Inhalts wie der der Länderverordnungen erlassen wären, handelte es sich um einen Rechtsakt **aufgrund** Gesetz und wäre im Rang den Länderverordnungen mit gleichem Regelungsinhalt nachrangig.

2. Eingeschränkter Rechtsschutz

Die bundeseinheitliche Notbremse nach § 28 b IfSG-E würde zudem die Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen die Corona-Schutzmaßnahmen erschweren und provoziert daher rechtsstaatliche Bedenken. So würde das Zusammenspiel des Inkraft- und Außerkrafttretens (Abs. 1 und 2) der Notbremse-Maßnahmen je nach Inzidenzentwicklung eine Art "Schalterwirkung" provozieren, so dass zum Beispiel an einem Tag Bundesrecht gälte, und im Extremfall fünf Tage später wieder Landesrecht, und dies womöglich in schnellem Wechsel. Dies hätte zur Folge, dass verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, nämlich das Außervollzugsetzen der Landesregelung durch einen Normenkontrollantrag im Eilverfahren nicht (mehr) möglich wäre. Angesichts der Tragweite der mit den Maßnahmen verbundenen Grundrechtseinschränkungen ist diese Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen nicht hinnehmbar.

3. Befristungserfordernis

Das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Grundgesetz erfordert eine explizite Befristung der Eingriffe (vgl. Stellungnahme Prof. Dr. Wollenschläger zur öffentlichen Anhörung zum Bevölkerungsschutzgesetz III S. 32.). § 28 b Abs. 8 IfSG sieht eine unbestimmte Befristung der Eingriffe auf die „Dauer der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag“ vor. Dies genügt aber den Anforderungen an die rechtsstaatliche Bestimmtheit nicht, da die Maßnahmen damit praktisch unbegrenzt verlängerbar wären. Der Rahmen, der durch die parlamentarische Feststellung der pandemischen Lage gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite vorgegeben ist, ist nämlich ebenfalls nicht klar bestimmbar, da dort keine zeitliche Beschränkung vorgegeben ist, ebensowenig wie eine Begrenzung der Verlängerung der Feststellungsbefugnis.

So hat der Deutsche Bundestag nach erstmaliger Beschlussfassung über die Feststellung der epidemischen Lage im Sommer 2020 am 4.3. 2021 die Fortgeltung der epidemischen Lage um weitere drei Monate zunächst bis Ende Juni 2021 festgestellt (vgl. BT-Drs. 19/26545). In der Tat gilt seit spätestens Anfang November 2020, mithin seit mehr als fünf Monaten, **ein durchgehender genereller Lockdown der touristischen Beherbergung.**

Hinzu kommt erschwerend, dass trotz mehrfacher Aufforderung der touristischen Verbände an die Gesetz- und Ordnungsgeber, eine Öffnungsperspektive zu skizzieren, und unter Vorlage eines Öffnungskonzepts,

nach der die touristische Beherbergung wieder möglich ist, eine solche nicht gegeben wurde. Vielmehr hat die Konferenz der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten ein zugesagtes Öffnungskonzept für die Reise- und Tourismusbranche mehrfach vertagt.

Damit dauern die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe faktisch auf unbestimmte und unvorhersehbare Zeit fort. Den Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und die Bestimmtheit hinsichtlich des Ausmaßes der Grundrechtseingriffe genügt dies jedenfalls nicht.

4. Inzidenz als maßgebliches Kriterium

Das Anknüpfen an eine Inzidenz von 100 Infektionen pro 100.000 Einwohner ist nicht sachgerecht. So ist im Lichte des Impffortschritts von aktuell fast 20 Millionen Erstimpfungen und damit der Immunisierung eines Großteils der vulnerablen Bevölkerungsgruppen nicht mehr allein auf eine Inzidenz abzustellen. Vielmehr ist mindestens auch die Belastung des Gesundheitssystems sowie die Möglichkeit der Kontaktnachverfolgung zu berücksichtigen, , vergleiche insoweit den Stufenplan ControlCOVID des RKI. Überhaupt ist fraglich, ob eine starre Notbremse angesichts einer dynamischen Entwicklung der Immunisierung der Bevölkerung überhaupt zielführend, geschweige denn verhältnismäßig ist.

III. Verfassungsrechtliche Bedenken betreffend das Beherbergungsverbot sowie die Beschränkungen von Freizeit- und Kulturaktivitäten (Art. 1 Nr. 2, § 28 b Abs. 1 Nr. 3, 5 und 10 IfSG-E) im Besonderen

Die in § 28 b Abs. 1 Nr. 3, 5 und 10 InsG-E geregelten Untersagungen verletzen die Grundrechte der Betroffenen, und zwar das der Berufsfreiheit, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, den Gleichbehandlungsgrundsatz und nicht zuletzt das allgemeine Freiheitsrecht, da sie rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen und darüber hinaus unverhältnismäßig sind.

Im Einzelnen:

1. Bestimmtheitsgebot

Die vorgenannten Regelungen des § 28 b Abs. 1 IfSG genügen nicht den Anforderungen an das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG). So müssen Eingriffe in die Freiheitsrechte nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie durch den Gesetzgeber selbst vorgenommen werden.

a) Keine ausreichende Abwägung der Grundrechtseingriffe

Notwendig ist hierzu eine ausführliche Abwägung der Grundrechtseingriffe in Bezug auf das verfolgte Ziel, hier die Wahrung des Schutzgutes des Lebens, sowie eine sorgfältige Abstufung der Eingriffe im Verhältnis zum gewünschten Erfolg. Dieser Selbstentscheidungsvorbehalt verlangt vom Gesetzgeber, dass er die Grenzen einer solchen Regelung festlegt, ferner hat er ein Vorhersehbarkeitsgebot zu beachten, demzufolge bereits aufgrund der Ermächtigungsgrundlage erkennbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird ((Stellungnahme Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger zur öffentlichen Anhörung zum Bevölkerungsschutzgesetz III, S. 17).

Diese Anforderungen erfüllen § 28 b Abs. 1 Nr. 3, 5 und 10 IfSG nicht. Eine Grundrechtsabwägung erfolgt an keiner Stelle des Gesetzesentwurfs, lediglich bei den Ausgangsbeschränkungen erfolgt eine lapidare Erwähnung des allgemeinen Freiheitsrechts nach Art. 2 GG.

b) Keine ausreichende Begründung

Die in § 28 b Abs. 1 Nr. 3, 5 und 10 IfSG aufgeführten Maßnahmen untersagen Angebote aus den Bereichen des Tourismus, der Freizeit und der Kultur und benennen diese damit als besonders geeignete Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung. Der Gesetzesentwurf liefert jedoch keine ausreichende Begründung, warum die genannten Maßnahmen besonders geeignet und erforderlich sein sollen, das Pandemiegeschehen maßgeblich zu beeinflussen. Es wird vielmehr lediglich pauschal auf das Erfordernis zur Kontaktbeschränkung verwiesen. Dies genügt den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt der Artikel 2, 3, 12 und 14 GG nicht.

Der Gesetzgeber hätte ausführlicher und differenzierter begründen müssen, warum insbesondere Beherbergungsverbote sowie Angebote, die unter Durchführung von Schutzkonzepten und bei beschränkter Besucherzahl oder unter freiem Himmel eine geeignete oder jedenfalls erforderliche Maßnahme zur Pandemiebekämpfung darstellen. Der pauschale Verweis auf die Notwendigkeit zur Kontaktreduzierung genügt angesichts wissenschaftlicher Erkenntnisse zum Pandemiegeschehen nicht mehr.

Zudem wird nicht begründet bzw. abgewogen, warum die Grundrechtseingriffe für bereits geimpfte Personen oder für Personen mit Antikörpern weiter Bestand haben sollen, obwohl nach wissenschaftlichen Erkenntnissen von diesen Personen keine Infektionsgefahr mehr ausgeht. Auch bleibt offen, warum

getestete Personen in ausländische Destinationen reisen dürfen, aber nicht innerhalb Deutschlands. Schließlich bleibt offen, warum Übernachtungen aus beruflichen Gründen zulässig sind und damit als sicher bewertet werden, diese Übernachtungen beispielsweise Familien aber verwehrt werden.

Tatsächlich finden Beherbergungen zu touristischen Zwecken zumeist statt für Personen, die nach den allgemeinen Kontaktbeschränkungen das Abstandsgebot nicht beachten müssen (Familienangehörige, Freunde oder Paare). Es spricht zudem keine gesteigerte Wahrscheinlichkeit für ein erhöhtes Verbreitungsrisiko bei Beherbergungen und Reisebewegungen innerhalb Deutschlands, jedenfalls dann nicht, wenn das Infektionsrisiko ähnlich oder vergleichbar hoch ist.

Vergleiche insoweit den Stufenplan des RKI ControlCOVID vom 18.2.2021 sowie den MODUS-COVID Bericht vom 19.03.2021, Arbeitsgruppe Prof. Dr. Kai Nagel, TU Berlin

Ein erhöhtes Verbreitungsrisiko war allerdings durch solche Reiserückkehrer zu verzeichnen, die sich in Reisedestinationen zu großen Feiern (u.a. Familienfeiern) zusammengefunden hatten.

Dieses Risiko ist aber nicht der Reisebewegung an sich immanent, Auslöser sind vielmehr **Gruppenzusammenkünfte in Innenräumen ohne wirksames Hygiene- und Abstandskonzept**, vergleiche insoweit die oben zu I) genannten Studien und Stellungnahmen.

Demgegenüber haben die Anbieter in der Tourismus-, Freizeit- und Kulturwirtschaft die vergangenen Monate genutzt, um strenge Hygiene- und Sicherheitskonzepte zu entwickeln und umzusetzen. Zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Beherbergungsverbote haben sich außerdem im Herbst mehrere obere Verwaltungsgerichte geäußert und diese als unverhältnismäßig und damit rechtswidrig befunden. Die verfassungsrechtlichen Bedenken stützten sich darauf, dass ein erheblicher Beitrag zum Infektionsgeschehen nicht ersichtlich ist, dass eine Ungleichbehandlung mit anderen Reisezwecken und -arten besteht und dass es damit bereits an der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs fehlt.

Vor diesem Hintergrund ist der Bundesgesetzgeber aufgerufen, das vermeintlich erhöhte Risiko durch Reisen und touristische Übernachtungen **nachvollziehbar zu belegen** und ggf. entsprechende Erhebungen zu veranlassen. Er wäre jedoch spätestens jetzt nach einem Jahr der Pandemie dazu aufgerufen, eine solche

Erhebung vorzunehmen und die Grundrechtseingriffe, die umso schwerer wiegen, je länger sie andauern, zu begründen bzw. neu zu bewerten.

2) Unverhältnismäßigkeit

Die genannten Untersagungen sind als Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung unverhältnismäßig, da sie bereits ungeeignet, aber jedenfalls nicht erforderlich und angemessen sind.

a) Fehlende Geeignetheit und Erforderlichkeit

Der Gesetzgeber ist gehalten, die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie unter Berücksichtigung der Bewertung des individuellen Infektionsrisikos, des Anteils am gesamten Transmissionsgeschehens und den direkten PH (Public Health)-Einfluss darzulegen (vgl. insoweit RKI-Stufenplan S. 6, „Toolbox“).

Diese Abstufung der Maßnahmen wäre auch Voraussetzung für die Verfassungskonformität – vgl. insoweit Stellungnahme Prof. Dr. Wollenschläger, S. 24: „Insoweit gibt der Gesetzgeber ein Stufenverhältnis vor, demnach darf der Verordnungsgeber etwa Übernachtungsangebote nicht untersagen, wenn auch eine Beschränkung zur Zielerreichung genügt“. Der Gesetzgeber darf nicht „mit Kanonen auf Spatzen schießen“, vgl. insoweit nur Gutachten Prof. Dr. Michael Brenner, Friedrich-Schiller-Universität Jena vom 11.11.2020.

Insbesondere das Beherbergungsverbot und touristische, Freizeit- und kulturelle Angebote im Freien oder unter Einhaltung wirksamer Schutz- und Hygieneregeln sind bereits kein geeignetes Mittel zur Pandemiebekämpfung. Aufgrund neuerer Erkenntnisse des RKI und weiterer wissenschaftlicher Einrichtungen ist der Beitrag von Beherbergungsbetrieben zum Infektionsgeschehen niedrig, der anderer Sektoren, bei denen Gruppenzusammenkünfte im Innenbereich ohne ausreichende Schutz- und Hygienekonzepte erfolgen, dagegen hoch.

Zur Erreichung des Ziels der Kontaktreduzierung ist das Beherbergungsverbot jedenfalls für Beherbergungsformen nicht geeignet, da Übernachtungen üblicherweise im Personenkreis der zulässigen Kontaktbeschränkungen, aber jedenfalls reduziert und durch die Meldevorschriften auch nachvollziehbar erfolgen. Es kann auch nicht mit dem Argument der Kontaktreduzierung während der Anreise begründet werden. So hat eine Erhebung des RKI ergeben, dass der öffentliche Fernverkehr (unter Einhaltung von Schutz- und Hygienekonzepten) ebenfalls kein gesteigertes Verbreitungsrisiko in sich trägt.

Jedenfalls dürfte eine möglicherweise gewünschte Kontaktreduzierung im öffentlichen Fernverkehr nicht über den Umweg des Beherbergungsverbots erzielt werden.

Viele der pauschal genannten Kultur- und Freizeitangebote finden in kleinerem Personenkreis und unter der Beachtung von Schutzkonzepten und Hygieneauflagen statt oder unter freiem Himmel. In beiden Fällen erfolgt nach neueren wissenschaftlichen Erkenntnissen kein oder jedenfalls kein nennenswerter Beitrag zum Pandemiegeschehen. Insbesondere ein Verbot von Angeboten unter freiem Himmel könnte nach Erkenntnissen der Aerosolforschung eine Verstärkung der Infektionen in privaten Innenräumen ohne Schutz- und Hygienekonzept zur Folge haben.

Demgegenüber ist das der Mobilität immer wieder zugeordnete angeblich erhöhte Infektionsrisiko erwiesenermaßen dann nicht gegeben, wenn in den Ziel- und Ausgangsorten eine vergleichbar hohe Inzidenz herrscht oder eine klare Teststrategie besteht und zur Anwendung kommt. Insbesondere liegt bei Reisen ohne Auslandsexposition keine erhöhte Inzidenz vor, vergleiche insoweit MODUS-COVID Bericht vom 19.03, TU Berlin, Studie der Europäischen Seuchenschutzbehörde EASA und der Europäischen Luftsicherheitsbehörde vom 2.12.2020, RKI-Stufenplan, RKI, Epidemiologisches Bulletin Nr. 8/21 (S. 16).

Schließlich haben die letzten fünf Monate des touristischen Lockdowns, bei denen keine touristische Beherbergung möglich war, gezeigt, dass das Verbot des Tourismus respektive die touristische Beherbergung insgesamt kein geeignetes Mittel zur Pandemiebekämpfung ist, denn die Zahlen sind angestiegen, obwohl die touristische Beherbergung sowie Angebote im Freizeit- und Kulturbereich durchgängig seit November untersagt sind. Zudem kennt offenbar kaum ein anderes europäisches Land ein Instrument wie das touristische Beherbergungsverbot.

Im Lichte der Erkenntnisse des RKI müssten Beherbergungsangebote vielmehr zuletzt geschlossen und zuerst geöffnet werden, da in allen drei Settings/Dimensionen des RKI ihr Beitrag zum Infektionsgeschehen als niedrig bewertet wird. Diese Bewertung kann auch nicht dadurch aufgehoben werden, dass die „Nicht-COVID-Effekte“ durch das RKI als moderat eingestuft werden. Das RKI hat diesbezüglich bereits keine ausreichende Kompetenz zur Bewertung. Zudem hat sich im Verlauf der Pandemie gezeigt, dass die wirtschaftlichen, psychologischen und sozialen Verwerfungen enorm sind. So verzeichnet der

Tourismussektor in Deutschland insgesamt Umsatzverluste in Höhe von fast 70 Mrd. Euro allein von März bis Dezember 2020.

b) Fehlende Erforderlichkeit

Das Beherbergungsverbot sowie die Untersagung von Kultur- und Freizeitveranstaltungen sind auch **nicht erforderlich**, denn als milderer Mittel müsste die Möglichkeit des Freitestens vorgesehen werden und die Bestimmungen in §§ 28 b Abs. 1 Nr. 3, 5 und 10 insoweit mit den in der Rechtsverordnung nach Abs. 6 zu regelnden Ausnahmetatbeständen verknüpft werden.

Hinsichtlich der Freizeit- und Kulturangebote in § 28 b Abs. 1 Nr. 3 und 5 IfSG-E müsste zumindest im Hinblick auf die Kontaktintensität und die Möglichkeiten zur Einhaltung von Hygiene- und Abstandskonzepten differenziert werden.

Im Übrigen ist auch zu differenzieren zwischen kulturellen Angeboten, die unter dem besonderen Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG stehen, und sonstigen Freizeit- und Unterhaltungsangeboten. So unterstellen wir dem Gesetzgeber, dass er hinsichtlich **der gesellschaftlichen Bedeutung und dem erhöhten Grundrechtsschutz von Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten im Vergleich zu Prostitutionsstätten** zu unterscheiden vermag. Diese Unterscheidung muss sich auch im Infektionsschutzgesetz widerspiegeln.

Der Beitrag von botanischen Gärten und Parks sowie ähnlichen Einrichtungen zum Pandemiegeschehen, die mit Schutz- und Hygienekonzepten Freizeitaktivitäten sicher ausgestalten, ist durch nichts belegt. Im Gegenteil betonen sowohl das RKI als auch führende Infektionswissenschaftlicher immer wieder, dass ein Ansteckungsrisiko vor allem bei Menschenansammlungen in Innenräumen ohne Schutzmaßnahmen besteht. Es ist am Gesetzgeber, hier die entsprechenden Bereiche zu definieren und entsprechend zu regulieren, anstatt Bereiche, die nicht zum Infektionsgeschehen beitragen, in die Haftung zu nehmen und sie ein gesellschaftliches und wirtschaftliches Sonderopfer erbringen zu lassen.

c) Fehlende Angemessenheit

Die Regelung des § 28 b Abs. 1 Nr. 10 IfSG (Beherbergungsgebot ist in der geplanten Ausgestaltung jedenfalls unangemessen. Solange die touristischen Anbieter ein gesellschaftliches und wirtschaftliches Sonderopfer erbringen,

müssen ihre Verluste durch entsprechende Hilfen und Unterstützungsleistungen zumindest vollumfänglich ersetzt werden.

3) Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG)

Die genannten Verbote verletzen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz. So werden die von den Untersagungen betroffenen Bereiche im Vergleich zu anderen Betrieben oder Bereichen, die nicht von einer Untersagung betroffen sind, ungleich behandelt.

Der Normgeber ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehalten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierungen sind zwar möglich, bedürfen aber der Rechtfertigung durch Sachgründe.

Das Verbot von Übernachtungsangeboten zu touristischen Zwecken gegenüber anderen Zwecken ist eine solche Ungleichbehandlung, die sachlich nicht gerechtfertigt ist. Vor allem ist sie, wie oben dargelegt, auch unverhältnismäßig, da es bereits an der Geeignetheit des Verbots zur Pandemiebekämpfung, jedenfalls aber an der Erforderlichkeit und Angemessenheit fehlt.

Auch die Ungleichbehandlung zu Auslandsreisen erschließt sich nicht. Zwar begrüßen wir, dass es keine entsprechenden Verbote für den Auslandstourismus gibt. Daran sollte keinesfalls etwas geändert werden, denn auch hier gilt, dass kontrolliertes Reisen unter Hygiene- Schutz- und Testkonzepten sicher ist. Allerdings liegt in der unterschiedlichen Behandlung von Inlands- und Auslandsreisen eine deutliche, sachlich durch nichts zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von wesentlich gleichen Sachverhalten, wobei anzumerken ist, dass bei Reisen innerhalb Deutschlands zusätzlich zu dem (offenbar sicheren) öffentlichen Fernverkehr auch die Anreise im autarken eigenen PKW möglich ist, und daher im Zweifel noch größere Sicherheit gegeben ist.

Auch gegenüber Bereichen, die nicht von Verboten oder Geboten betroffen sind, wie zum Beispiel der produzierenden Wirtschaft, bei denen noch nicht einmal eine Pflicht zum Homeoffice sowie verpflichtende regelmäßige Tests gesetzlich festgelegt werden, bei denen aber aufgrund der Ansammlung mehrerer Personen in Innenräumen (Produktionshallen oder Großraumbüros) ein deutlich höheres Risiko besteht (siehe Ausführungen zum Infektionsrisiko in Innenräumen), liegt eine Ungleichbehandlung vor.

Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, die vorbehaltlosen, pauschalen Verbote der touristischen Beherbergung sowie die Verbote im Freizeit- und Kulturbereich, die im Außenbereich oder unter der Einhaltung von Schutz- und Hygienekonzepten sicher möglich sind, aus dem Gesamtkonzept der Corona-Maßnahmen des § 28 b IfSG herauszunehmen.

Gleiches gilt erst recht für den Bereich unterhalb einer Inzidenz von 100 pro 100.000 Einwohner des § 28 a IfSG – wo die Grundrechtseingriffe im Hinblick auf das zu erreichende Ziel sich noch weit weniger begründen lassen. Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, auch hier Änderungen vorzunehmen.

Wir bitten um Berücksichtigung unserer Argumente und um Ablehnung oder Änderung des Gesetzentwurfs.



Norbert Kunz
Geschäftsführer



Alexandra Wolfram
Beauftragte für Recht und Europa