



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

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
20. Senat Ansbach
Montgelasplatz 1
91522 Ansbach

Eilt!

Bitte sofort vorlegen!

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
16.02.2021	0098/2021-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

In dem Verwaltungsrechtsstreit
[REDACTED] ./ Freistaat Bayern

wird sich zunächst für die gewährte Stellungnahmefrist bis zum 16.02.2021 bedankt. Zur Beschwerdebegründung des Antragsgegners vom 11.02.2021 wird wie folgt Stellung genommen:

I.

Zulässigkeit

Die Bedenken des Antragsgegners hinsichtlich der Zulässigkeit des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind unbegründet.

Dem Wortlaut des § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO nach ist der Antrag schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig, insbesondere wenn eine Ausnahme vom Erfordernis des Widerspruchsverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i. V. m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO) vorliegt. Würde man der Argumentation des Antragsgegners folgen und im Ergebnis die gleichzeitige Einlegung des Hauptsacherechtsbehelfs mit dem Eilantrag fordern, würde der Satz jeglichen Sinn verlieren.

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC Vertragsanwältin

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

Denis Skaric-Karstens, Mag. rer. publ
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Sozialrecht

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

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Irina Heinrich
Rechtsanwältin

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

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

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

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

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

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

Die von Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Effektivität des Rechtsschutzes verbietet auch, die Statthaftigkeit eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO so lange hinauszuschieben, bis die Förmlichkeiten des Hauptsacherechtsbehelfs erfüllt sind.

vgl. Württenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, 2018, Rn. 607.

Zudem würde faktisch die Rechtsbehelfsfrist im Hauptsacheverfahren (§ 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO) verkürzt, weil der Antragsteller gezwungen wäre, bereits vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist einen Hauptsacherechtsbehelf einzulegen. Gerade bei den Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie besteht aufgrund ihres kurzfristigen Zustandekommens sowie ihrer weitreichenden und intensiven Auswirkungen auf die Grundrechte der betroffenen Person ein erhöhtes Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz.

Einstweiliger Rechtsschutz muss so schnell wie möglich gewährt werden können und darf nicht von zeitverschleppenden Formalitäten abhängig gemacht werden. Das Verwaltungsgericht Augsburg hat in seinem Beschluss, dort S. 9, auch zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung in der Hauptsache nicht vor Ablauf der Geltungsdauer der streitgegenständlichen Maßnahme zu erwarten sei; was im Übrigen bereits in „normalen“ Zeiten der Fall wäre, jetzt aber aufgrund der aktuellen Arbeitsbelastung der Verwaltungsgerichte noch offensichtlicher ist. Nachdem hier aber ohnehin eine Ausnahme vom Verbot der Wegnahme der Hauptsache vorläge, war bereits der isolierte Eilantrag statthaft.

Sofern der Antragsgegner auf einen Beschluss des Senats vom 23.12.2020, 20 CS 20.3059 – BeckRS 2020, 36574 verweist, übersieht er die Andersartigkeit des dort zugrundeliegenden Sachverhalts. Soweit die Beendigung einer zum Zeitpunkt der Antragsstellung bereits andauernden vierzehntägigen Quarantäne beantragt wird, liegt eine

faktische Verkürzung der Rechtsmittelfrist in der Natur der Sache, da eine Anfechtungsklage nur solange zulässig erhoben werden kann, wie die Quarantänemaßnahme andauert (vgl. BeckRS 2020, 36574 Rn. 3).

Im vorliegenden Fall hätte die streitgegenständliche Bestimmung zum Zeitpunkt der Antragsstellung (27.01.2021) noch einen Monat (Außerkräfttreten: 26.02.2021) Wirkung für den Antragssteller entfaltet, sodass er seine einmonatige Rechtsmittelfrist – die Allgemeinverfügung trat bereits am 18.01.2021 in Kraft – vollständig ausschöpfen hätte können und eine faktische Verkürzung dieser eben **nicht** in der Natur der Sache lag.

Der Antrag vom 27.01.2021 war und bleibt folglich zulässig. Im Übrigen wurde die damit verbundene Anfechtungsklage am 09.02.2021 form- und fristgerecht erhoben.

II.

Begründetheit

1.

Den Ausführungen des Verwaltungsgerichts Augsburg zur Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 2 CoronaEinreiseV ist zuzustimmen.

Der Katalog des Absatzes 1 Satz 1 zählt bereits **stark eingeschränkt** Personengruppen auf. Deswegen ist es auch sachgerecht anzunehmen, dass die *zusätzliche* Einschränkung des Satzes 2 auf *individuelle* Regelungen für einzelne Grenzgänger*innen und Grenzpendler*innen abzielt – oder um es mit dem Gesetzeswortlaut zu sagen, nur in „begründeten Einzelfällen“ vorgenommen werden dürfen.

Hätte die Ausnahmeregelung des Satzes 2 die Einschränkung von Ausnahmen für *alle* Grenzgänger*innen und Grenzpendler*innen Bayerns ermöglichen sollen, wie es der Antragsgegner behauptet, hätte der Ordnungsgeber den Katalog des Absatzes 1 Satz 1 bereits selbst

dahingehend eingeschränkt. Der Ordnungsgeber wollte ersichtlich gerade die Gruppe der Grenzpendler*innen und Grenzgänger*innen von der Testpflicht ausnehmen. Eine **pauschale** Suspendierung der vom Ordnungsgeber vorgesehenen Ausnahme ist daher evident nicht zulässig.

Soweit der Antragsgegner auf die Entwurfsbegründung verweist, nach der **lokalen und regionalen Gegebenheiten bzw. Entwicklungen** angemessen Rechnung getragen werden soll, ist dem entgegenzuhalten, dass auch bei großzügiger Auslegung des Wortes „regional“ offensichtlich kein 70.500 km² großer Bundesstaat davon erfasst ist.

Das Bayerische Landesamt für Statistik unterteilt Bayern beispielsweise in über 30 *Tourismusregionen* (vgl. https://www.statistik.bayern.de/mam/presse/tourismusregionen_2020_01.pdf).

Auch das auf S. 24 des Entwurfs erwähnte Beispiel für die „begründeten Einzelfälle“ – „die Einreise ausländischer Fachkräfte für dringliche Auftragsarbeiten (wie die kurzfristige Behebung technischer Störungen etwa bei der Stromversorgung)“ – weist auf ein Einzelfall-Verständnis einer **kleinen, überschaubaren Personengruppe** bei begrenzter Dauer und **nicht von zehntausenden Menschen jeden Tag** (wie bei den Grenzpendler*innen der Fall) hin.

Abschließend ist in dem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass die vom Antragsgegner zitierte Interpretationshilfe zur CoronaEinreiseV **erst am 18.01.2021**, also drei Tage nach Erlass der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung, erstellt wurde. Insoweit ist auszuschließen, dass sich der Antragsteller beim Erlass der Allgemeinverfügung an diesen Richtlinien orientiert hat.

Bei näherer Betrachtung stützt aber auch die Interpretationshilfe nicht die Argumentation des Antragsgegners. Denn auf Seite 2, dritter Absatz,

erster Satz wird betont, dass beide Öffnungsklauseln (eben auch § 4 Abs. 1 Satz 2) auf **begründete Einzelfälle** abstellen. Auch das Beispiel gegen Ende des vierten Absatzes zeigt, dass sich eine Nachweispflicht für Grenzpendler*innen oder Grenzgänger*innen nur „unter bestimmten Voraussetzungen“ rechtfertigen lässt.

Mithin lässt sich auch nicht ohne Weiteres eine **pauschale** Beschränkung von Ausnahmen in Landkreisen mit gegenüber dem bayerischen Durchschnitt deutlich erhöhter Sieben-Tages-Inzidenz begründen. Das Begründungserfordernis ist aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift entsprechend hoch, schließlich wird so von den Wertungen des Verordnungsgebers abgewichen.

2.

Faktisch findet auch eine rechtswidrige **Gleichbehandlung** von Grenzpendler*innen in bzw. Grenzgänger*innen aus Risikogebieten **mit Einreisenden aus Hochinzidenz- bzw. Virusvariantengebieten** statt.

Die in § 4 Abs. 1 CoronaEinreiseV im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 CoronaEinreiseV geschaffene Ausnahmemöglichkeit für Grenzgänger*innen wird durch Nr. 1.2 der streitgegenständlichen Allgemeinverfügung **evident** unterlaufen.

Entscheidend für die Gleichbehandlung ist nicht die Anzahl der Tests, sondern dass von Grenzpendler/-gänger*innen durch 1.2 der Allgemeinverfügung Testnachweis für Einreisende nun auch wie von Einreisenden aus Hochinzidenz- bzw. Virusvariantengebieten flächendeckend Nachweise vorgelegt werden müssen.

3.

Die streitbefangene Regelung ist aufgrund der Zeit, die zwischen zwei Testungen liegen kann (bis zu 13 Tagen), – hier sieht sich der Antragsteller in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht Augsburg – für die Zwecke des Infektionsschutzes **ungeeignet**. Liest man die vom

Antragsgegner zitierte Studie, findet sich folgende Aussage (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Testing frequency was found to be the primary driver of population-level epidemic control, with only a small margin of improvement provided by using a more sensitive test. Direct examination of simulations showed that **with no testing or biweekly testing**, infections were **uncontrolled**, whereas screening weekly with either LOD = 103 or 105 effectively attenuated surges of infections.“

vgl. <https://advances.sciencemag.org/content/7/1/eabd5393>

Es ist zwar richtig, dass zweiwöchiges Testen die **Gesamtinfektiosität der einzelnen Personen** um 45 bis 47 Prozent verringern kann. Bei einer solch niedrigen Testfrequenz bleibt aber eine **ausreichend positive Auswirkung auf das Infektionsgeschehen** aus.

Die Corona-Maßnahmen sind jedoch allenfalls dann zu rechtfertigen, wenn sie nachweislich die *tatsächlichen* Infektionszahlen reduzieren können und nicht nur dazu dienen, abstrakt-theoretische Werte ohne unmittelbaren Einfluss auf die Pandemiesituation wie die Infektiosität klein zu halten.

Dementsprechend sind auch die vom Antragsgegner vorgebrachten Ausführungen zu Mutationen und asymptomatischen Verläufen im konkreten Fall als alarmistisch zu bewerten.

4.

Im Übrigen wurde am Beispiel Tschechien die Behauptung, dass der Grenzverkehr Grund für die hohen Inzidenzwerte grenznaher bayerischer Landkreise sei, jüngst vom Bayerischen Rundfunk am 12.02.2021 als irreführend entlarvt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„In bayerischen Testzentren nahe der Grenze, wo viele tschechische Pendler getestet werden, bewegt sich die Positiv-Rate bei Corona-Tests **im bayerischen Durchschnitt** von fünf bis sieben Prozent - **oder liegt sogar darunter**. [...] [Sie ist] kein Hinweis auf einen besonderen Einfluss der Tschechen auf das Infektionsgeschehen in der bayerischen Grenzregion.

Laut dem bayerischen Gesundheitsministerium ist es zwar nicht auszuschließen, dass es zu Infektionen über die Landesgrenzen hinweg komme. Das gelte aber auch für Regionen innerhalb Bayerns oder Deutschlands, die an Gebiete mit hohen Inzidenzen angrenzen, schreibt eine Ministeriumssprecherin dem #Faktenfuchs auf Anfrage. "Inwiefern das Infektionsgeschehen einer Region Einfluss auf die weitere Entwicklung der Infektionszahlen anderer Regionen hat, hängt jedoch **im Wesentlichen stark von den lokal ergriffenen Maßnahmen und deren Befolgung in beiden Gebieten** ab." Das seien unter anderem die Einhaltung der Ausgangsbeschränkungen oder der Hygiene- und Abstandsregeln.

Ähnlich vage sind die Antworten der Landratsämter entlang der tschechischen Grenze, die der #Faktenfuchs angeschrieben hat. **Tatsächlich kann kein Landkreis nachweisen, dass die eigenen Infektionszahlen direkt mit denen des Nachbarlandes zu tun haben.** Heiko Langer, Sprecher des Landkreis Regen, antwortet auf die Mailanfrage des #Faktenfuchs: "Wir haben keine Erklärung für die hohen Infektionszahlen, nachdem sowohl in Tschechien als auch bei uns die Zahlen im Grenzgebiet besonders hoch sind, könnte man mutmaßen, dass dies auch mit dem Grenzverkehr zusammenhängt. Einen Beweis gibt es nicht." Auch im Landkreis Tirschenreuth können nach Auskunft eines Sprechers eindeutige Verbindungen zwischen den hohen Inzidenzzahlen in Tschechien, den Grenzpendlern und den hohen

Infektionszahlen im Landkreis nur schwer nachgewiesen werden. "In Einzelfällen können Infektionen bei deutschen Staatsbürgern auf positiv getestete tschechische Grenzpendler zurückgeführt werden", sagte ein Sprecher des Landkreis Tirschenreuth dem #Faktenfuchs. Allerdings lasse sich ein Zusammenhang in unklaren Fällen auch nicht ausschließen, denn das Gesundheitsamt müsse den Aussagen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber Glauben schenken. Deren Richtigkeit lasse sich aber nicht überprüfen. [...]

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Tschechische Pendler, die in Deutschland positiv getestet werden, zählen nicht in die Statistik des Landkreises, in dem der Test durchgeführt wurde. In dieser Statistik werden nur Personen mit Erstwohnsitz im jeweiligen Landkreis geführt. Positive PCR-Tests tschechischer Pendler werden von den Gesundheitsämtern direkt an die zuständigen tschechischen Behörden übermittelt, wo sie dann auch in die Statistik einfließen.“

vgl. <https://www.br.de/nachrichten/bayern/corona-wie-tschechische-pendler-die-infektionszahlen-beeinflussen,SOdLWuI>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Vor diesem Hintergrund erscheinen sämtliche Sondervorschriften für Grenzregionen und Grenzgänger/-pendler*innen **willkürlich und populistisch**.

Die vom Antragsgegner vorgebrachte Inzidenzwert-„Analyse“ der Gebiete beidseits der Grenze entbehrt somit jeglicher Aussagekraft, da sie höchstens eine **Korrelation**, nicht aber eine Kausalität ausdrückt. Anders ließe sich auch nicht erklären, wieso eine beachtliche Anzahl an Landkreisen wie beispielsweise der Landkreis Lindau (Stand 16.02.: 46,35) trotz ihrer Grenznähe im bayernweiten Vergleich **überdurchschnittlich gute Inzidenzwerte** aufweist.

Der Antragsgegner vergleicht in seiner Beschwerdebegründung die Inzidenzen über verschiedene Regionen hinweg. So heißt es z. B. auf S. 5:

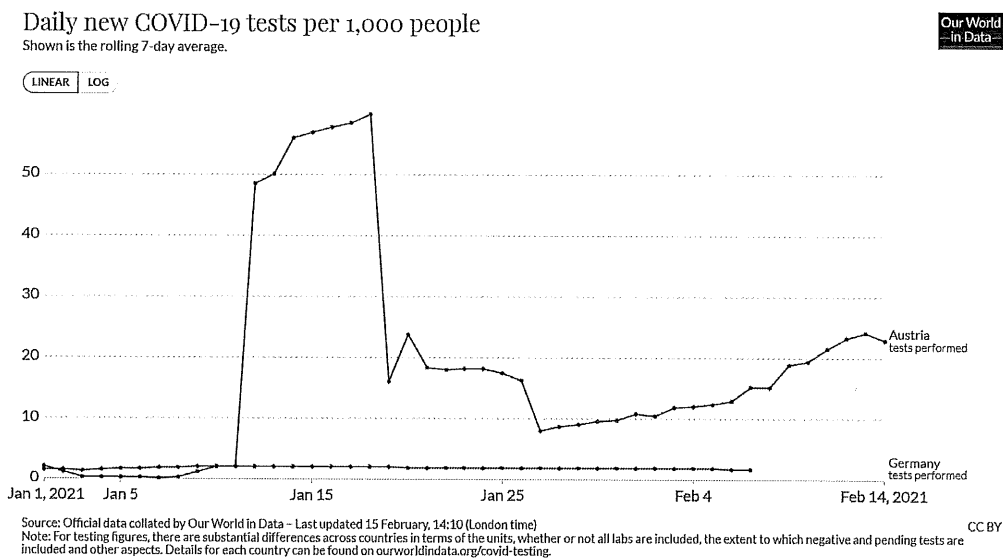
„Die elf Bezirke Bregenz, Reutte, Innsbruck Land, Schwaz, Kufstein, Kitzbühel, St. Johann im Pongau, Hallein, Salzburg-Umgebung, Salzburg-Stadt und Braunau am Inn liegen in ihren 7-Tages-Inzidenzen jeweils über den 7-Tage-Inzidenzen der angrenzenden bayerischen Landkreise. Ausnahmen hierzu sind lediglich die Bezirke Kufstein und Braunau am Inn in Bezug auf die bayerischen Landkreise Traunstein bzw. Passau, die aber jeweils nur eine sehr kurze gemeinsame Grenze zu den beiden vorgenannten österreichischen Bezirken aufweisen. Die vier österreichischen Bezirke Zell am See (Tirol), Ried im Innkreis, Schärding und Rohrbach (alle drei Oberösterreich) liegen hingegen mit Ehren 7-Tage-Inzidenzen unter dem Niveau der jeweiligen bayerischen Grenzlandkreise. Ebenso liegt der Bezirk Imst unter der 7-Tages-Inzidenz des angrenzenden bayerischen Landkreises (Landkreis Garmisch-Partenkirchen), allerdings ist hier die gemeinsame Grenze äußerst kurz, der geographische Schwerpunkt des Bezirks Imst liegt deutlich südlicher.

In der Gesamtschau ist damit festzustellen, dass nach aktuellem Datenstand die österreichischen Grenzbezirke mehrheitlich über dem erfassten Infektionsniveau ihrer jeweiligen bayerischen Grenzlandkreise liegen, derzeit also mehrheitlich von einem Infektionsniveaufälle von Österreich nach Bayern ausgegangen werden kann.“

Ein Vergleich zwischen verschiedenen Regionen ergibt aber nur dann Sinn, wenn die **Testkriterien** und die **Testanzahl** auch tatsächlich vergleichbar sind. Andernfalls werden Äpfel mit Birnen verglichen. Laut RKI (Stand Dezember 2020) liegt die Dunkelziffer an zwar infizierten aber durch die Tests nicht entdeckten Personen beim Faktor 4-6 (<https://www.tagesschau.de/faktenfinder/dunkelziffer-corona->

[neuinfektionen-101.html](#)). Damit findet man denknottwendigerweise umso mehr infizierte Personen, je mehr man testet.

Vergleicht man Österreich und Deutschland hinsichtlich der Testanzahl ergibt sich folgendes Bild:



In Österreich wird außerdem weitaus umfangreicher getestet als in Deutschland. In der Begründung des Antragsgegners werden die Daten zum Stand 03.02.2021 berichtet. Zu dem Zeitpunkt hat Österreich **pro Tag 11.86 Personen pro 1.000 Einwohner*innen** getestet und **Deutschland nur 1.86 Personen pro 1.000 Einwohner*innen**. Österreich hat also **6,4-mal mehr Personen** getestet als Deutschland. Ohne eine Relativierung der Testanzahl lassen sich die Inzidenzen zwischen Österreich und Deutschland damit **offensichtlich** diagnostisch nicht aussagekräftig vergleichen.

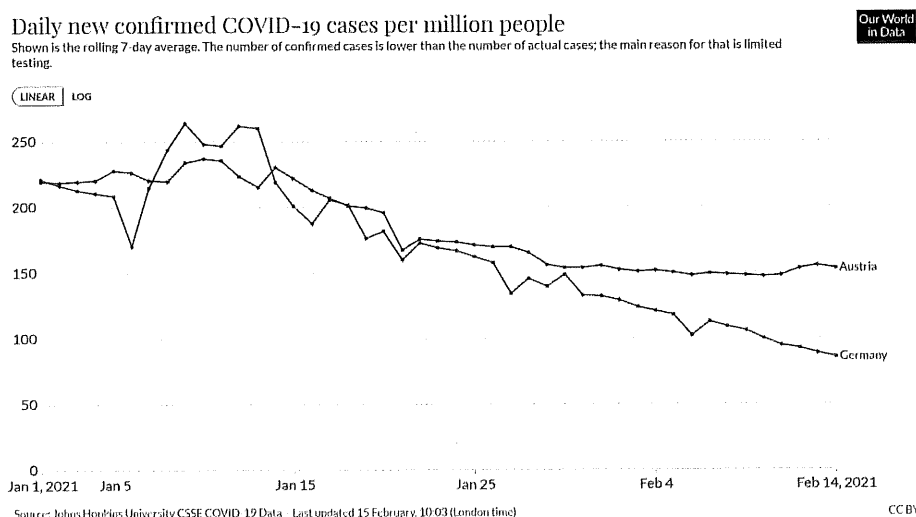
Der Vergleich zwischen Österreich und Deutschland zeigt allerdings durchaus eindrucksvoll, wie wenig sinnvoll Massentests sind.

Der Antragsgegner verweist auf eine Studie, die belegen soll, dass mittels umfangreichen Screening-Tests möglicherweise ein relativ hoher Prozentanteil an Infektionen verhindert werden könnte. Bei dieser Studie

- auf die unter 5. noch näher eingegangen wird - handelt es sich aber nur um eine **Modellierungsstudie** - und damit von den gewählten Modellparametern abhängige Studie. Es ist keine empirische Studie.

Die Graphik oben zur Testanzahl in Österreich und Deutschland weist auf einen interessanten Versuch hin: Mitte Januar 2021 fanden in Österreich Massentests statt (z. B. <https://noe.orf.at/stories/3085248/>). Anhand der Fallzahlen lässt sich nun erkennen, ob diese im Hinblick auf das Infektionsgeschehen etwas gebracht haben.

In der folgenden Graphik sind für den gleichen Zeitraum wie in der obigen Graphik die Anzahl der neuen positiven Fälle pro Tag in Österreich im Vergleich zu Deutschland zu sehen (keine Massentests):



Hier lässt sich keinerlei Effekt der Massentestung Mitte Januar 2021 in Österreich erkennen, vielmehr ist der Rückgang der Fallzahlen in Deutschland (keine Massentests) steiler als in Österreich (beim Vergleich mit Deutschland sind aber die **höhere Testanzahl in Österreich** zu beachten).

5.

Mit der anlasslose Testung von Grenzpendler*innen - auf die Sinnhaftigkeit von Massentest wurde gerade kurz eingegangen - hat sich der Antragsgegner zudem nicht mit der notwendigen Tiefe beschäftigt.

Der Antragsgegner führt auf S. 6 seiner Beschwerdebeurteilung u. a. aus:

„SARS-CoV-2 kann - anders als das erste SARS-Coronavirus - von Personen übertragen werden, die sich gesund fühlen. Die Folge ist die jetzige weltweite Epidemie mit SARS-CoV-2, während die Ausbreitung von SARS-CoV-1 nach einigen Monaten gestoppt werden konnte. Die Dynamik der Pandemie hängt deshalb sehr stark von dem Anteil der asymptomatischen oder präsymptomatischen Patienten ab. Eine Isolation von infizierten Personen nur bei COVID-19-spezifischen Symptomen ist nicht ausreichend, um die Ausbreitung zu stoppen.

Die einzige Möglichkeit, die Übertragung und Ausbreitung von SARS-CoV-2 zu unterbinden, sind breit angelegte Testangebote, um möglichst viele Infizierte zu entdecken und Infektionsketten rechtzeitig unterbrechen zu können.“

Diese Aussage wirft zwei Fragen auf.

In **inhaltlicher** Hinsicht ist zu fragen: Ist es tatsächlich so, dass sogenannte asymptomatische oder präsymptomatische „Patienten“ auf relevante Weise zur Virusausbreitung beitragen?

Der zweite Aspekt ist ein **diagnostischer** Punkt: Inwiefern kann man überhaupt mit den gängigen Tests (PCR-Tests, Antigen-Schnelltests) die asymptomatischen oder präsymptomatischen Personen zuverlässig bestimmen - vor allem vor dem Hintergrund, dass die Prävalenz der Infektionen sehr klein ist?

Der Antragsgegner geht hier ersichtlich von der Prämisse aus, dass es notwendig wäre, asymptomatische oder präsymptomatische Personen zu finden, um die Virusausbreitung zu stoppen.

Er übersieht dabei einen zweiten Maßstab: Was bedeutet es eigentlich für eine Person, wenn sie fälschlicherweise ein positives Testergebnis erhält und damit fälschlicherweise in Quarantäne muss? Die damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen sind derart massiv, dass sich der Antragsgegners mit diesen Folgen bei der Anordnung anlassloser Massentests zwingend beschäftigen muss.

a.

Zum ersten Aspekt: Der Beitrag asymptomatischer und präsymptomatischer Personen bei der Virusausbreitung:

In der Begründung des Antragsgegners heißt es (S. 6):

„In Zusammenhang mit der Erforderlichkeit und Effektivität der Testungen ist zudem darauf hinzuweisen, dass jede dritte oder vierte Infektion mit SARS-CoV-2 unbemerkt verläuft. Dies zeigen neue Schätzungen zum Anteil der asymptomatischen oder präsymptomatischen Infektionen.“

Nachweise für die vorgenannten Aussagen nennt der Antragsgegner bedauerlicherweise nicht.

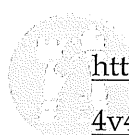
Rechtsanwältin Jessica Hamed

Zunächst werden daher diesseits im ersten Schritt aktuelle Überblicksstudien herangezogen. Im zweiten Schritt wird dargelegt, warum diese methodisch problematisch sind.

Die aktuellste Meta-Analyse zur Schätzung der sogenannten sekundären Befallsrate vom 23.01.2021 (Wahrscheinlichkeit, dass sich eine Kontaktperson ansteckt) aus Kontaktnachverfolgungsstudien ergibt folgendes Bild:


„While asymptomatic patients can transmit the virus to others [81], the findings from ten studies in this review found summary secondary attack rates of 1% with a prediction interval of 0-10%

for asymptomatic index cases compared with secondary attack rates of 6% with a prediction interval of 5-38% in symptomatic cases and 7% with a prediction interval of 1-40% in pre-symptomatic case. These findings suggest that individuals who are asymptomatic throughout the disease course are responsible for fewer secondary infections than symptomatic and pre-symptomatic cases.”


<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.09.01.20135194v4.full>; S. 9, erster Absatz Discussion

Es ist mithin zunächst zu konstatieren, dass asymptomatische Personen tatsächlich weitaus weniger ansteckend sind als präsymptomatische Personen.

In Bezug auf die präsymptomatischen Personen sind noch folgende zwei Befunde wichtig:


„Even in studies that followed up large numbers of people, including community contacts, the majority of secondary cases identified were from the same household or among friend gatherings.”

<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.09.01.20135194v4.full>; S. 8, Absatz zu „Summary of pre-symptomatic secondary attack rates”

Auf den konkreten Fall des Antragstellers als Berufspendler bezogen bedeutet das: Eine Quarantäne in Bezug auf den Beruf bringt hier wenig, weil sich die Ansteckungen bei präsymptomatischen Personen offenbar schwerpunktmäßig auf **private Bereiche** beschränken.

Weiter ist der Studie zu entnehmen:

„Viral load dynamics of SARS-CoV-2 derived from confirmed cases suggest that peak viral loads are detected at the start of symptom onset up to day 5 of illness, indicating highest infectiousness occurs just before or within the first few days after symptom onset [85].“

S. 10, zweiter Absatz

Die präsymptomatischen Ansteckungen beschränken sich also auf einen sehr kurzen Zeitraum vor Symptombeginn. Das ist deswegen wichtig, weil die Auswertung und Rückmeldung eines Tests dauert und man damit präsymptomatische Ansteckungen mittels Tests **nur dann verringern kann, wenn das Testergebnis schnell vorliegt.**

Das ist ein wichtiges Argument **gegen PCR-Tests** und **für Antigen-Schnelltests.**

Das Problematische an Antigen-Schnelltests ist allerdings, dass sie **weitaus weniger zuverlässig** sind, was wiederum für den oben aufgeworfenen zweiten zentralen Punkt der Diagnostik wichtig wird.

b.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

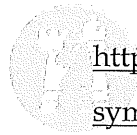
Zur methodischen Kritik:

In der vorgenannten Meta-Analyse selbst heißt es:

„it is challenging to truly differentiate transmission during the pre-symptomatic period from symptomatic transmission in the household setting“

(S. 8, Absatz zu „Summary of pre-symptomatic secondary attack rates“)

Mithin ist es schwierig valide festzumachen, ob eine als präsymptomatisch klassifizierte Person **nicht vielleicht in Wirklichkeit schon zum Zeitpunkt der Weitergabe einer Infektion Symptome** hatte. Diese Problematik wurde bereits bei einer Veröffentlichung, die asymptomatische Ansteckungen belegen sollte und die sich später als methodisch fehlerhaft herausgestellt hat, sichtbar. Der dort begangene Fehler wurde hier aufgedeckt:



<https://www.sciencemag.org/news/2020/02/paper-non-symptomatic-patient-transmitting-coronavirus-wrong>

Dort ist u. a. zu lesen:

„The letter in NEJM described a cluster of infections that began after a businesswoman from Shanghai visited a company near Munich on 20 and 21 January, where she had a meeting with the first of four people who later fell ill. Crucially, she wasn't sick at the time: “During her stay, she had been well with no sign or symptoms of infection but had become ill on her flight back to China,” the authors wrote. “The fact that asymptomatic persons are potential sources of 2019-nCoV infection may warrant a reassessment of transmission dynamics of the current outbreak.”

But the researchers didn't actually speak to the woman before they published the paper. The last author, Michael Hoelscher of the Ludwig Maximilian University of Munich Medical Center, says the paper relied on information from the four other patients: “They told us that the patient from China did not appear to have any symptoms.” Afterward, however, officials at the Robert Koch Institute (RKI), Germany's federal public health agency, and the Health and Food Safety Authority of the state of Bavaria did talk to the Shanghai patient on the phone, and it turned out she did have symptoms while in Germany. According to people familiar with the call, she felt tired, suffered from muscle pain, and took

paracetamol, a fever-lowering medication. (An RKI spokesperson would only confirm to Science that the woman had symptoms.)“

Ein Artikel, in welchem die methodischen Probleme konkreter benannt werden, ist folgender:

[https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30837-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30837-9/fulltext)

Dort heißt es im Abstract:

„Transmission of SARS-CoV-2 from individuals without symptoms contributes to pandemic spread, but the extent of transmission from persistently asymptomatic individuals remains unknown. We describe three methodological issues that hinder attempts to estimate this proportion. First, incomplete symptom assessment probably overestimates the asymptomatic fraction. Second, studies with inadequate follow-up misclassify pre-symptomatic individuals. Third, serological studies might identify people with previously unrecognised infection, but reliance on poorly defined antibody responses and retrospective symptom assessment might result in misclassification.“

Im Artikel heißt es dann konkreter:

„Many studies have used an unclear or uncomprehensive method of symptom ascertainment, making it difficult to interpret the reported frequency of symptoms. Information extracted retrospectively from medical records or reports that rely on spontaneous reporting by study participants will probably underestimate the frequency of mild or atypical symptoms.“

Ferner ist auf einen weiteren Artikel, in welchem es konkret um die methodischen Probleme geht, hinzuweisen:

<https://www.bmj.com/content/371/bmj.m4851>

Dort wird zunächst ein tieferliegender Grund für das im vorherigen Artikel aufgeführte Problem benannt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Normally, a **test is a support for clinical diagnosis, not a substitute**. This lack of clinical oversight means we know very little about the proportions of people with positive results who are truly asymptomatic throughout the course of their infection and the proportions who are paucisymptomatic (subclinical), presymptomatic (go on to develop symptoms later), or post-infection (with viral RNA fragments still detectable from an earlier infection).“

Im Weiteren werden auch indirekt die Kontaktnachverfolgungsstudien kritisiert, wenn postuliert wird, dass für einen tatsächlichen Nachweis eigentlich Virusanzüchtungen nötig wären:

„It's also unclear to what extent people with no symptoms transmit SARS-CoV-2. The only test for live virus is viral culture. PCR and lateral flow tests do not distinguish live virus. No test of infection or infectiousness is currently available for routine use. As things stand, a person who tests positive with any kind of test may or may not have an active infection with live virus, and may or may not be infectious.“

Aufschlussreich ist auch der folgende Absatz:

“The transmission rates to contacts within a specific group (secondary attack rate) may be 3-25 times lower for people who are asymptomatic than for those with symptoms. A city-wide prevalence study of almost 10 million people in Wuhan found no evidence of asymptomatic transmission. Coughing, which is a

prominent symptom of covid-19, may result in far more viral particles being shed than talking and breathing, so people with symptomatic infections are more contagious, irrespective of close contact. On the other hand, asymptomatic and presymptomatic people may have more contacts than symptomatic people (who are isolating), underlining the importance of hand washing and social distancing measures for everyone.”

Das interessante Argument ist hier, dass Symptome wie Husten dazu führen, dass mehr Viren stärker in die Umgebung gelangen, was ein theoretisches Argument dafür ist, dass symptomatische Personen ansteckender sind.

Ferner ist in diesem Zusammenhang auf einen etwas älteren Artikel hinzuweisen, in dem explizit die Modellierungsstudien zum Thema kritisiert werden, weil diese von nicht geprüften Vorannahmen in Bezug auf die Frage, welche Parameter man ins Modell aufnimmt und wie man deren Werte eingrenzt, abhängen und damit wenig belastbar sind:

<https://www.nature.com/articles/s41591-020-1046-6>

Dort heißt es u. a.:

„Although the levels of infectious virus needed to achieve COVID-19 transmissibility are unknown, the best way to determine transmission potential is from carefully conducted epidemiological studies that determine the proportion of presymptomatic versus post-symptomatic spread. (...) Modeling studies can provide value in the interpretation of epidemiological data, but, as noted previously, COVID-19 models are highly dependent on the assumptions built into them and sometimes can be misinterpreted.”

Zusammenfassend kann man mithin sagen:

(1) Empirisch klar belegt ist, dass asymptomatische Personen bei der Virusausbreitung kaum eine Rolle spielen

(2) In Bezug auf die Rolle präsymptomatischer Personen verhält es sich so, dass diese vermutlich eine Rolle spielen können, dass die Daten hierzu aber methodisch noch nicht belastbar sind, und wenn, dann beschränkt sich die Ansteckungsfähigkeit auf einen sehr kleinen Zeitraum vor dem Symptombeginn.



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

c.

Angenommen, präsymptomatische Personen spielen bei der Virusausbreitung eine relevante Rolle, dann stellt sie die Frage, wie man diese diagnostisch zuverlässig auffinden kann.

Vorangestellt werden zum besseren Verständnis die diagnostischen Grundlagen:



Ausgangspunkt der hier beanstandeten Testpflicht ist, dass **unabhängig** von Symptomen getestet wird bzw. dass **man explizit Personen ohne Symptome testet**.

Rechtsanwältin Jessica Harped

Damit schafft man sich ein altbekanntes diagnostisches Problem:

Wenn **eine Infektion in einer Population sehr selten** ist und man ohne irgendwelche diagnostischen Vorüberlegungen blind die Population testet, wendet man den Test **sehr selten auf Personen an, welche in Wirklichkeit infiziert sind, und sehr häufig auf Personen an, welche in Wirklichkeit nicht infiziert sind.**

Das Problem dabei ist, dass jeder Test ab und an ein sog. **falsch-positives** Ergebnis liefert, also eine eigentlich gesunde Person als „infiziert“ meldet. Wenn man nun einen Test sehr häufig bei eigentlich gesunden Personen anwendet und selten bei tatsächlich infizierten Personen, erhält man

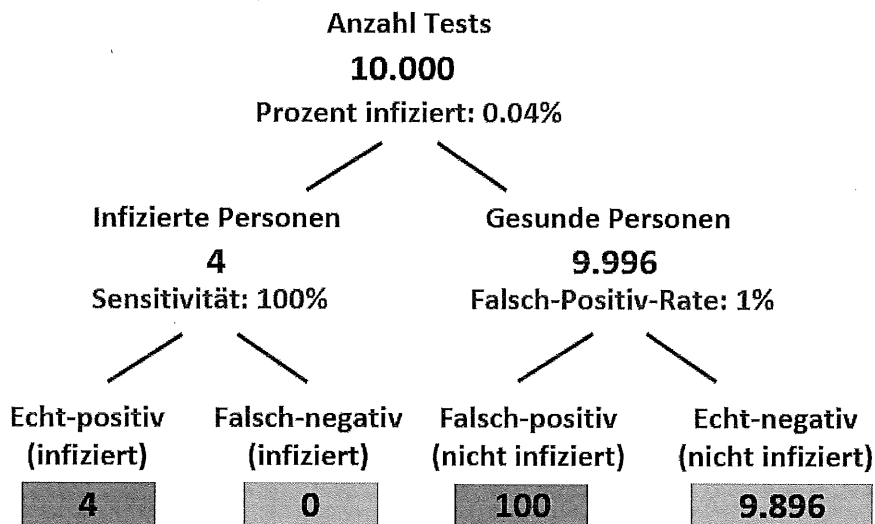
selbst bei sehr kleinen Falsch-Positiv-Raten eines Tests (Wahrscheinlichkeit, ein falsch-positives Testergebnis zu erhalten) mehr falsch-positive als echt-positive Testergebnisse.

In Bezug auf die Interpretation eines positiven Testergebnisses bei einer einzigen Person – und darum geht es ja bei den Testungen an Grenzpendler*innen – gibt einem ein Test dann keine diagnostische Information über deren tatsächlichen Infektionszustand. **Der Test ist also in Bezug auf die Interpretation von Einzelergebnissen diagnostisch nicht valide.**

Zur Illustration ein Beispiel:

Bayernweit beträgt die 7-Tage-Inzidenz aktuell (Stand 15.02.2021) 56, pro 100.000 Einwohner*innen wurden also binnen 7 Tagen 56 Neuinfektionen gemeldet, also im Schnitt 8 pro Tag. Für das Rechenbeispiel nehmen wir an, dass das alles tatsächlich infizierte Personen waren. Geht man beispielsweise von einer Dunkelziffer von 5 aus, wären das für das **folgende Rechenbeispiel 40 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern pro Tag, die man nun mit Tests detektieren möchte** (in Prozentwerten ausgedrückt 0,04% der Bevölkerung).

Man kann sich nun ausrechnen, was passieren würde, wenn man beispielsweise 10.000 Pendler*innen pro Tag mit einem relativ zuverlässigen Test, der alle Infizierten zuverlässig findet (Sensitivität von 100%) und 99 von 100 Gesunden korrekt als „negativ“ klassifiziert (Falsch-Positiv Rate von 1%) testen würde. Das Ergebnis zeigt die folgende Graphik:



Positive Predictive Value (Wahrscheinlichkeit, bei einem positiven Testergebnis tatsächlich infiziert zu sein):

$$\frac{4}{4 + 100} = 0.038 \text{ (3.8\%)}$$

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person, welche ein positives Testergebnis erhält, auch tatsächlich infiziert ist, beträgt in diesem Beispiel nur 3,8 Prozent. Das heißt: Bezogen auf die Interpretation des Testergebnisses der Person ist es äußerst unwahrscheinlich, dass die Person tatsächlich infiziert ist. Bezogen auf alle getesteten Personen würde man 96,2 Prozent der Personen grundlos in Quarantäne schicken.

In Bezug auf die Schnelltests gibt es auch eine sehr anschauliche Infographik des RKI zu diesem Problem:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Infografik_Antigentest_PDF.pdf?__blob=publicationFile

Bei geringeren Falsch-Positiv-Raten bleibt das Problem bestehen. Bei einem Test mit einer Falsch-Positiv-Rate von 0,5% beträgt die Wahrscheinlichkeit, bei einem positiven Testergebnis tatsächlich infiziert zu sein, immer noch nur 7,4 Prozent.

Es gibt einen vom RKI bereitgestellten Rechner (eigentlich zu den Schnelltests, aber das diagnostische Prinzip ist für jeden Test dasselbe), mit dem man sich die Werte für verschiedene Sensitivitäten und Falsch-Positiv-Raten leicht selbst ausrechnen kann – die Spezifität im Rechner entspricht dem Wert $1 - \text{Falsch-Positiv-Rate}$:

https://rki-wiko.shinyapps.io/test_qual/

Eine wichtige Frage ist mithin, welchen Wert man für die Falsch-Positiv-Rate annimmt. Absurderweise gibt es selbst nach einem Jahr nach wie vor **keine offiziellen Zahlen dazu**, wie hoch die Falsch-Positiv-Rate in Bayern oder Deutschland ist, was, wenn man die überragende Bedeutung der Testergebnisse berücksichtigt, ein absoluter **Skandal** ist.

Der Grund dafür ist, dass der PCR-Test nach wie vor nicht standardisiert ist und das LGL bzw. das RKI nicht weiß, was die verschiedenen Labore in der Praxis machen (auf wie viele Gensequenzen wird getestet? Bei welchem CT-Wert wird auf "positiv" entschieden? Werden Bestätigungstests bei unklaren Ergebnissen durchgeführt?). Warum diese dringenden Fragen immer noch nicht geklärt sind, möge der Antragsgegner erläutern.

Wird beispielsweise nur auf eine Gensequenz ohne Bestätigungstest getestet, kann die Falsch-Positiv-Rate über einem Prozent liegen. Bei einem Test auf drei Genabschnitte – welcher nach hiesigem Kenntnisstand dreimal so lange dauert – ist die Falsch-Positiv-Rate dagegen extrem klein.

Der Unterzeichnerin liegt eine offizielle E-Mail des Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit vom August 2020 vor, aus der sich ergibt, dass man bei den eigenen epidemiologischen Schätzungen mit Falsch-Positiv-Raten von 0,5%, 0,3% und 0,1% rechnet:

[Graphik aus datenschutzrechtlichen Gründen herausgenommen]

Vorliegend ist allerdings noch folgender zusätzlicher Punkt zu beachten: Für das bei den Testungen an Pendler*innen verfolgte Ziel sind PCR-Tests nach alledem letztlich ungeeignet. Schließlich sollen damit asymptomatische und präsymptomatische Ansteckungen verhindert werden. Da diese aber nur – wie oben genauer ausgeführt – in einem kurzen Zeitfenster vor Symptombeginn möglich sind und PCR-Testauswertungen 28 bis 48 Stunden (<https://www.ivf.at/coronatest#coronavirus-test-vergleich>) dauern, kommen die Ergebnisse zu spät, als dass man dieses Ziel erreichen könnte.

Damit bleiben als Alternative nur die Antigen-Schnelltests übrig. Dort ist es wiederum so, dass die Falsch-Positiv-Rate **deutlich höher** ist – beispielsweise laut einer Studie der österreichischen Gesundheitsbehörde AGES liegt diese bei Schnelltests bei Nasenabstrichen bei 4,7% (!):

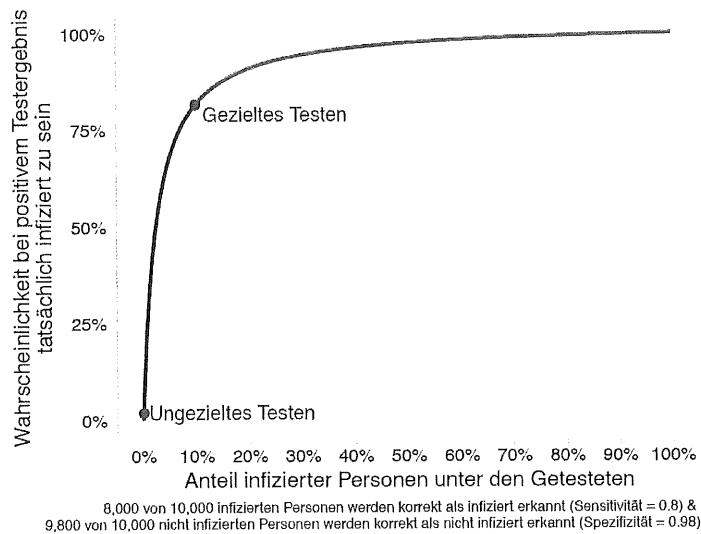
<https://www.ages.at/service/service-presse/pressemeldungen/evaluierung-von-sars-cov-2-antigen-schnelltests-aus-anterioren-nasenabstrichen-im-vergleich-zu-pcr-an-gurgelloesungen-oder-nasopharyngealabstrichen/>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Hier scheint es große Variabilitäten zu geben; Roche gibt beispielsweise für seinen Schnelltest eine Falsch-Positiv-Rate von nur 0,32% an – wobei zu beachten ist, dass das im Labor bestimmte Werte sind (<https://www.roche.de/diagnostik-produkte/produktkatalog/tests-parameter/sars-cov-2-rapid-antigen-test/>).

Das RKI selbst geht in der erwähnten Infographik von einer Falsch-Positiv-Rate von 2% bei Schnelltests aus und zeigt folgende illustrative Graphik:

Corona-Schnelltest-Ergebnisse verstehen



Zusammenfassend kann man sagen:

Diagnostisch ist das Problem, dass aufgrund der geringen Rate an Infektionen unter getesteten symptomfreien Personen die Wahrscheinlichkeit, bei einem positiven Testergebnis tatsächlich infiziert zu sein, selbst bei geringen Falsch-Positiv-Raten gegen 0 geht. Dementsprechend lassen sich aus Tests bei Pendler*innen – insbesondere, wenn man Schnelltests verwendet – keine Schlussfolgerungen über deren Infektionsstatus ziehen.

6.

Da die kalenderwöchentliche Testpflicht schon **nicht geeignet** ist, sind umfassende Ausführungen zur Erforderlichkeit entbehrlich. Folgt man aber der Argumentation des Antragsgegners, die im Wesentlichen so verstanden werden kann, dass jeder Test besser sei als kein Test, könnte man sich fragen, ob nicht auch eine drei- oder vierwöchige Testpflicht als gleich geeignetes, milderes Mittel ausreichen würde.

7.

Die Regelung 1.2 der AV Testnachweis von Einreisenden ist auch **nicht im engeren Sinne verhältnismäßig**.

a.

Der Antragssteller wird durch die auferlegte Testpflicht in seinen Grundrechten auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie in seiner Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt.

Art. 12 Abs. 1 GG verleiht allen Deutschen – der Antragsteller ist deutscher Staatsangehöriger – das Recht, ihren Arbeitsplatz frei zu wählen. In seiner zweiten Alternative erfasst es das gesamte Umfeld der beruflichen Arbeit, das regelmäßig durch einen organisatorisch bestimmten Aufgabenkreis, durch die Zusammenarbeit mit anderen Menschen und durch die Räume und Hilfsmittel der Arbeit bestimmt wird. Mit der Freiheit der Wahl geht auch die Freiheit der Ausübung einher.

vgl. Dreier/Wieland, 3. Aufl. 2013, GG Art. 12 Rn. 46, 48.

Anfahrt zu und Rückfahrt vom Arbeitsplatz gehören untrennbar zur Berufsausübung, sodass auch sie zumindest mittelbar von der Berufsfreiheit geschützt werden müssen. Sofern es zu faktischen Beeinträchtigungen des Fahrtwegs kommt, die die berufliche Tätigkeitserleichterung erheblich erschweren, muss ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG angenommen werden.

Für die Qualifizierung faktischer Beeinträchtigungen auf die Berufstätigkeit des Antragstellers als Eingriffe in die Berufsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich, dass eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar ist, oder dass die staatliche Maßnahme als **nicht bezweckte, aber doch vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolge** eine

schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirkt.

vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 3.12.2020 – 1 S 3737/20, NVwZ 2021, 90 m. w. N.

Aufgrund der streitgegenständlichen Regelung kann der Antragsteller der Ausübung seines Berufs nicht mehr nachgehen, ohne sich kalenderwöchentlich testen zu lassen. Dies war gerade die von der Regierung beabsichtigte Folge der Regelung. Angesichts des zu duldenden Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit zur Ermöglichung der weiteren Berufsausübung ist die Beeinträchtigung weiterhin als schwerwiegend zu werten.

Sofern angenommen wird, dass die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit nur von kurzer Dauer und von niedrigschwelliger Intensität sei, ist dem entgegengehalten, dass (wie oben dargelegt) der Nutzen für die entgegenstehenden Rechtsgüter Gesundheit und Leben anderer Personen so gut wie nicht vorhanden ist.

Nach dem Übermaßverbot dürfen aber solche Maßnahmen nicht ergriffen werden, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks nicht unbedingt erforderlich sind und zu dem angestrebten Ergebnis in keinem vernünftigen Verhältnis stehen. Durch das Anstellen an Teststationen wird der Antragssteller zusätzlichen Kontakten und somit Gesundheitsgefahren ausgesetzt.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

b.

Die Notwendigkeit der Testpflicht kann auch nicht mit aktuellen Lockerungen der Maßnahmen in Österreich begründet werden. Diese beziehen sich überwiegend auf den Freizeitbereich, sodass der

Antragssteller schon gar nicht unmittelbar von ihnen betroffen ist, da er sich nur zum Zwecke der Berufsausübung nach Österreich unter Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung für Grenzpendler*innen begeben darf.

Aufgrund der Schutz- und Hygienekonzepte im Betrieb sind auch die mittelbaren Auswirkungen der Lockerungen auf ihn während seines Auslandsaufenthalts nicht signifikant. Die Arbeitsstätte des Antragsstellers befindet sich zudem in Vorarlberg, das durch einen Gebirgszug vom benachbarten Tirol größtenteils getrennt und mit ihm nur über drei Bergpässe verbunden ist. Seit dem 12.02.2021 gilt für Tirol zudem eine Testpflicht bei Ausreise (vgl. <https://www.tirol.gv.at/gesundheit-vorsorge/infekt/coronavirus-covid-19-informationen/ausreise-aus-tirol-ab-12-februar-2021/>), die aufgrund dieser geografischen Umstände im Hinblick auf eine Ausreise von Tirol nach Vorarlberg auch besonders effektiv kontrolliert werden kann. Die Situation in Tirol kann somit ersichtlich nicht als Begründung für eine Testpflicht des Antragsstellers zwischen Bayern und Vorarlberg herangezogen werden; man würde beispielsweise auch nicht in Bayern eine Testpflicht für Einreisende aus Sachsen einführen, weil es in Brandenburg einen Mutationsausbruch gegeben hat.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Das Beispiel Tirol zeigt – das sei nur am Rand bemerkt – deutlich, dass das mutierte Virus auch schlicht seinen Vorgänger lediglich verdrängt. Am 14.02.2021 schrieb der Kurier:

„Denn ungeachtet der Ausbreitung der südafrikanischen Coronavirus-Variante weist ausgerechnet Tirol im Österreich-Vergleich die niedrigste Sieben-Tages-Inzidenz auf.“

<https://kurier.at/chronik/oesterreich/tirol-mit-niedrigster-sieben-tages-inzidenz-in-ganz-oesterreich/401188099>

und bestätigt so eine Ausführung von zdf heute im vorgenannten Beitrag:

„Manche Mutanten sorgen für ein Hochschnellen der Infektionszahlen; oft fällt die Kurve aber auch schnell wieder in sich zusammen, weil neue Mutationen ihre Vorgänger verdrängen.“

<https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/corona-sequenzierung-mutanten-100.html>

Auch der renommierte Virologe und Epidemiologe Prof. Dr. Klaus Stöhr, der jahrelang Leiter des Global-Influenza-Programms war und als Sars-Forschungskordinator der WHO mit seinem Team das Sars-Virus 2003 entdeckte, gibt am 12.02.2021 Entwarnung (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die generelle Angst vor Varianten, den sogenannten Mutationen, ist unbegründet. Zum einen ist festzuhalten, dass es bereits 7000 verschiedene Varianten gibt. Ganz speziell sieht die Realität bei der sogenannten UK-Variante anders aus als die Modelle vorhergesagt hatten. **Die Befürchtung, dass die britische Mutante infektiöser sein könnte, hat sich aus den Beobachtungen in vielen europäischen Ländern bis dato nicht bestätigt: In Irland und Großbritannien gab es einen dramatischen Rückgang der Zahlen der Infizierten, obwohl dort etwa 90 Prozent die britische Mutation haben dürften. In Frankreich, Schweiz und Dänemark sehen wir anhand der empirischen Zahlen einen ähnlichen Trend. Trotz eines deutlichen Anstiegs des Anteils der britischen Mutation gehen die Fallzahlen weiter ungebrochen zurück.** Wenn die Wirklichkeit nicht mit den Modellen übereinstimmt, bin ich dafür, dass wir die Modelle der Realität anpassen.“

<https://www-berliner--zeitung-de.cdn.ampproject.org/c/s/www.berliner-zeitung.de/politik-gesellschaft/corona-ist-auf-dem-rueckzug-li.139546.amp>

Wie der Antragsgegner selbst im Weiteren zutreffend festgestellt hat, kommt es im vorliegenden Verfahren aber auf die **individuelle Betroffenheit** an.

Die 7-Tages-Inzidenz in Vorarlberg ist inzwischen (Stand 16.02.) **weiter auf 84,9 gesunken**

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

<https://covid19-dashboard.ages.at/?area=8>

und in Lindau liegt sie aktuell (Stand 16.02.) bei 46,35 (https://www.lgl.bayern.de/gesundheit/infektionsschutz/infektionskrankheiten_a_z/coronavirus/karte_coronavirus/index.htm).

Und all dies, obwohl Österreich seit einer Woche seine Maßnahmen gelockert hat.

c.

Sofern der Antragsgegner im Hinblick auf die Frage der Verhältnismäßigkeit auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 11.01.2021 (M 26a S 20.6851) verweist, verkennt er erneut die Andersartigkeit des Sachverhalts.

In diesem Fall ging es um den Privatbesuch der Lebensgefährtin. In Privatwohnungen wird üblicherweise kein Hygiene- oder Schutzkonzept erstellt und gerade beim Besuch von Beziehungspartnern kommt es üblicherweise zu intensiveren Kontakthandlungen als am Arbeitsplatz. Außerdem findet sich die Zeit für Freizeithandlungen in der näheren Umgebung und Kontaktpflege mit Einwohner*innen, die ein Grenzpendler*in normalerweise nicht hat. Es liegt somit eine **gänzlich andere Gefahrenlage** für das Infektionsgeschehen vor, der der Antragsgegner mit der erhöhten Testpflicht auch Rechnung getragen hat.

d.

Dahingegen bleiben die Ausführungen des Senats in seinem Beschluss vom 24.11.2020 (20 NE 20.2605) zur Verhältnismäßigkeit ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsgrundlage weiterhin zutreffend.

Es ist hervorzuheben, dass der Senat bereits erhebliche Zweifel bzgl. der Geeignetheit einer *wöchentlichen* Testpflicht hatte, die sich bei einer *kalenderwöchentlichen* Testpflicht entsprechend verstärken sollten. Die anlasslose Testpflicht ist wie oben ausführlich dargelegt für den Infektionsschutz ungeeignet, jedenfalls überwiegen aber die Nachteile evident die allenfalls marginalen Vorteile. Die Aufhebung der Testpflicht im Allgemeinen – was mit diesem Verfahren nicht erreicht werden kann – würde im Übrigen auch Testkapazitäten freigeben, die etwa in Alten- und Pflegeheimen – eingesetzt, wirklich Leben retten könnten.

e.

Auch der Senat hat bereits erhebliche Zweifel im Hinblick auf die **Vereinbarkeit der Regelung mit Unionsrecht** geäußert.

Nach hier vertretener Ansicht lässt sich die beanstandete Regelung mit unionsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang bringen.

Durch die mit Sanktionen bedrohte Testpflicht bei (Rück-)Einreise in die Bundesrepublik Deutschland kann sich der Antragssteller nicht im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei bewegen oder aufhalten. Dies trifft ihn insbesondere in seiner Funktion als grenzüberschreitender Arbeitnehmer. Mangels Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung liegt auch keine Ausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV vor.

Nach Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfasst die Gewährleistung von Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht nur innerstaatliche Vorschriften, welche unmittelbar oder verdeckt wegen der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer*innen differenzieren, sondern

darüber hinaus unterschiedslos anwendbare innerstaatliche Rechtsvorschriften soweit sie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer*innen gezielt oder auch **rein faktisch beschränken**

vgl. Streinz/Franzen, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 45 Rn. 86 m. w. N. Auch soweit die Diskriminierung zwischen Grenzgänger*innen und Grenzpendler*innen inzwischen aufgehoben wurde, erschwert es die aktuelle Regelung dem Antragssteller immer noch, seine Arbeitsstätte in Österreich im Vergleich zu einer Arbeitsstätte in Deutschland aufzusuchen. Die Freizügigkeit innerhalb des EU-Hoheitsgebiets wird somit faktisch beschränkt.

Das Reisen und Arbeiten innerhalb Deutschlands wird einfacher gestaltet als das Reisen und Arbeiten zwischen Deutschland und Österreich. Bei der Beurteilung dieser Ungleichbehandlung müssen die Gerichte folgende Empfehlungen des Europäischen Rates zur Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der Covid-19-Pandemie berücksichtigen:

EMPFEHLUNG (EU) 2020/1475 DES RATES vom 13. Oktober 2020 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1475&from=EN>

EMPFEHLUNG (EU) 2021/119 DES RATES vom 1. Februar 2021 zur Änderung der Empfehlung (EU) 2020/1475 für eine koordinierte Vorgehensweise bei der Beschränkung der Freizügigkeit aufgrund der COVID-19-Pandemie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021H0119&from=EN>

Aus ihnen ergibt sich, dass Beschränkungen des freien Personenverkehrs im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, insbesondere der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung, angewandt werden müssen. Daher sollten die getroffenen Maßnahmen

nicht über das hinausgehen, was zum Schutz der öffentlichen Gesundheit unbedingt erforderlich ist (vgl. 2021/119 Nr. 14). Betont wird in Nr. 20 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Beschränkungen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Reisen sollten insbesondere Personen nicht behindern, die die Grenze täglich oder häufig **auf dem Weg zur Arbeit** oder zur Schule, bei Besuchen enger Verwandter, um medizinische Versorgung in Anspruch zu nehmen oder zur Pflege von Angehörigen überqueren. Diese Personen sollten angesichts der erheblichen Störungen, die dies für das Leben der Menschen und die Lebensgrundlagen sowie die Wirtschaft insgesamt verursachen würde, von den Quarantäneauflagen ausgenommen werden, wenn sie die Grenze aus diesen wichtigen Gründen überschreiten. **Solange die epidemiologische Lage auf beiden Seiten der Grenze vergleichbar ist, scheint es unnötig, dass sich diese Personen, nur weil sie die Grenze überschreiten, häufig Tests unterziehen müssen.** Eine enge Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten und den Grenzregionen wird weiterhin eine besonders wichtige Rolle spielen.“

Deutschland und Österreich sind als rot eingestuft (Stand: 16.02.2021), vgl. <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>.

Die epidemiologische Lage ist auf beiden Seiten der Grenze somit als vergleichbar zu werten, weswegen kalenderwöchentliches Testen, was als „häufig“ i. S. d. Nr. 20 angesehen werden kann, bloß aufgrund des Überschreitens einer politisch gezogenen Linie unnötig erscheint und eine Missachtung einer der fundamentalsten Grundfreiheiten und größten Errungenschaften der Europäischen Union darstellt.

Die Testpflicht geht aufgrund ihrer Ungeeignetheit auch über das hinaus, was „unbedingt“ zum Schutz der Gesundheit nach Art. 45 Abs. 3 AEUV erforderlich wäre.

Die Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit können analog angewendet werden.

Vor diesem Hintergrund ist auch die aktuelle Entwicklung, die zunehmend auf eine Einschränkung des freien Personenverkehrs durch Deutschland abzielt, bedenklich. (vgl. z. B. <https://www.derstandard.de/story/2000124156906/verwirrung-um-pendlerverkehr-zwischen-tirol-und-bayernstrengere-einreiseregeln-nach-italien;> <https://www.tagesschau.de/ausland/grenzen-deutschland-eu-pendler-101.html>).

III.

Im Übrigen wird auf die bisherigen Schriftsätze verwiesen. Die Beschwerde des Antragsgegners ist nach hiesiger Ansicht nach alledem zurückzuweisen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Jessica Hamed
Rechtsanwältin