



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

Verwaltungsgericht Mainz
Ernst-Ludwig-Straße 9
55116 Mainz

Eilt sehr!

Bitt sofort vorlegen!

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
12.11.2020	0928/2020-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE			

In dem Verwaltungsrechtsverfahren

Rheinland-Pfalz

u.a. ./ Land

nehmen wir wie folgt zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 11.11.2020 Stellung:

0. Vorbemerkung

Diesseits ist bekannt, dass das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz mit Beschluss vom 09.11.2020, Az. 6 B 11345/20. OVG, „gegenwärtig von einer ^{Rechtsanwältin Jessica Hamed} grundsätzlich ausreichenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage“ ausgeht.

Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerinnen glauben – und das hat nicht zuletzt die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 10.11.2020, auf die sogleich noch näher eingegangen werden darf, gezeigt – dass Richter*innen sich von guten Argumenten überzeugen lassen.

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

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

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Hanna Wöllstein
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

Diesseits besteht zwar nach den Ausführungen des hiesigen Oberverwaltungsgerichts die Befürchtung, dass sich die dortigen Richter*innen scheuen, die Verantwortung zu übernehmen und hasenfüßig eine Entscheidung zeitlich nach hinten schieben, indem sie die Klärung auf das Hauptsacheverfahren verlagern. Eine Entscheidung, die für alle Menschen in Rheinland-Pfalz, möglicherweise sogar für alle Menschen in der Bundesrepublik, von überragender Bedeutung ist und das Potenzial hätte, das Vertrauen eines nicht zu unterschätzenden Teils der Bevölkerung in die Rechtsstaatlichkeit wiederherzustellen.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

Gleichwohl besteht diesseits noch die Hoffnung, dass sich die hier zur Entscheidung berufenen Richter*innen eine eigene Meinung bilden.

Die Richter*innen an den Obergerichten sollten wissen, wenn sie ehrlich zu sich selbst sind, dass es für dieses „Ausweichmanöver“ – das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz ist mit diesem Verhalten keineswegs alleine – nach all den Monaten und den unzählbaren fachlichen Ausführungen von zahlreichen renommierten Wissenschaftler*innen – auf die punktuell bereits in der Antragschrift eingegangen wurde – keine Veranlassung gibt.

Es liegt – jedenfalls inzwischen – zweifellos auf der Hand, dass die §§ 28, 32 IfSG keine ausreichende Rechtsgrundlage für so tiefgreifende und zum Teil seit Monaten anhaltenden Betriebsverbote darstellen.

Es wäre bedauerlich, wenn unsere Richter*innen als diejenigen in die Geschichte eingehen, die bis zuletzt die Entscheidungen der Regierenden **contra legem** mitgetragen haben.

Es ist, diese Anmerkung sei noch erlaubt, nicht die Verantwortung des Gerichts, welche tatsächlichen Folgen aus seiner Entscheidung erwachsen. Wobei anzumerken ist, dass hier, was bereits dargelegt wurde, im Übrigen auch keine negativen Folgen zu erwarten sind.

Die tatsächlichen Folgen liegen in der Verantwortung der Legislative (hier faktisch allerdings seit Monaten der Exekutive); die Überwachung der Rechtsstaatlichkeit liegt in der Verantwortung der Judikative und damit in diesem Fall in der des angerufenen Gerichts.

Sie mögen die besten Absichten haben, aber das gestattet den Gerichten nicht, sich geleitet von gesamtgesellschaftlichen Erwägungen (Befürchtungen?) ihrer Aufgabe als Kontrollinstanz zu entziehen.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

1.

Parlamentsvorbehalt

a.

Das Verwaltungsgericht Hamburg hat am 10.11.2020 dem Eilantrag einer Fitnessstudiobetreiberin stattgegeben und dort ausgeführt (13 E 4550/20) (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Die Kammer geht bei summarischer Prüfung davon aus, dass die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für (erneute) **Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten** unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes (vgl. etwa Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 91. EL April 2020, Art. 20 Rn. 111 ff.) nicht mehr ausreicht. Die Kammer kann nicht erkennen, dass im Hinblick auf diese - auch in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr anders zu bewertende - Rechtsfrage noch Raum für eine Folgenabwägung bleibt. Die Kammer hält die in den vergangenen Monaten sowohl in der Rechtsprechung (siehe etwa OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2020, 13 B 1657/20.NE, abrufbar lediglich die Pressemitteilung unter https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/84_201106/index.php, zuletzt abgerufen am 9.11.2020;

VGH München, Beschl. v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360, juris Rn. 28 ff.; VG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2020, 17 E 4565/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 3 ff.; VG Hamburg, Beschl. v. 6.11.2020, 10 E 4538/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 5; VG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2020, 14 E 4379/20, veröffentlicht auf der Internetseite des Gerichts, S. 9f.; VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn.11 f.) als auch in der Literatur (Papier, DRiZ 2020, 180, 183; Kießling, in: Kießling, IfSG, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn.62 ff.; Pautsch/Heug, NJ 2020, 281 ff.; Trute, jM 2020, 291, 295) geäußerten Zweifel an der Wahrung des Gesetzesvorbehalts für durchgreifend (a.A. etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 6.11.2020, 13 MN 433/20, juris Rn. 16 f.; OVG Hamburg, Beschl. v. 20.8.2020, 5Bs 114/20, juris Rn. 8).

Der in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnte Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist Ausfluss des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips und ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 77m.w.N.). Art. 80 Abs. 1 GG ist dabei Ausprägung dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 77). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln, ob ein förmliches Gesetz erforderlich ist. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien in erster Linie den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den vom Grundgesetz anerkannten und verbürgten Grundrechten zu entnehmen (BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89-147,

juris Rn. 78f.). Die Kammer kann nicht erkennen, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen, die es angesichts des im März dieses Jahres noch nicht vorhersehbaren, nun aber erwartbaren Infektionsgeschehens zu erlassen gilt, durch die §§ 28 ff. IfSG getroffen hat (in diesem Sinne auch Kurzgutachten, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw43-parlamentsbeteiligung-corona-800010>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020). § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG ist als Generalklausel ausgestaltet. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Behörden in die Lage versetzt werden sollen, auf unterschiedlichste Lagen, die durch das Auftreten ganz verschiedener ansteckender Krankheiten eintreten und oft schwer vorhersehbar sind, zu reagieren (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.4.2020, 13 B 496/20.NE, juris Rn. 50). Als Generalklausel regelt § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG aber gerade nicht, unter welchen Umständen und mit welchem Ziel die Verwaltung welche Grundrechte beschränken darf. Angesichts der Vielzahl der möglichen Maßnahmen und der betroffenen Grundrechte ist hier jedoch eine gesetzgeberische Entscheidung erforderlich (vgl. auch VGH München, Beschl. v. 27.4.2020, 20 NE 20.793, juris Rn. 45). Dies gilt vor allem hinsichtlich Maßnahmen, die - wie hier - gegenüber Nichtstörern getroffen werden (Volkman, NJW 2020, 3153 ff., 3156). Die Maßnahme einer vorübergehenden, aber mehrere Wochen andauernden Betriebsschließung stellt einen äußerst intensiven Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar, der nicht mehr auf die ihrem Wortlaut nach weit gefasste Generalnorm des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestützt werden kann (Papier, a.a.O., 183 a.E.). Eine besondere Schwere des Eingriffs liegt vor, weil die Adressaten des § 4b Abs. 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO ihre unternehmerische Tätigkeit mit Ausnahme des weiterhin möglichen Angebots von Onlinekursen einstellen müssen, wodurch sie als Nichtstörer

ein Sonderopfer für die Gemeinschaft erbringen (vgl. Papier, a.a.O., 183). Vorübergehende Liquiditätsengpässe der Betroffenen sind dabei ebenso wenig auszuschließen wie längerfristige Zahlungsschwierigkeiten, die unter Umständen die Stellung eines Insolvenzantrags unausweichlich machen. Die Eingriffsintensität der Betriebsschließung kann auch nicht deshalb in Abrede gestellt werden, weil die Bundesregierung für die Betroffenen Entschädigungen in Aussicht stellt (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Gemeinsame Pressemitteilung „Neue Corona-Hilfe: Stark durch die Krise“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201029-neue-corona-hilfe-stark-durch-die-krise.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2020). Denn auch die Entschädigung ist derzeit gesetzlich nicht geregelt. Zum jetzigen Zeitpunkt liegen allein politische Absichtserklärungen vor. Die Details möglicher Entschädigungszahlungen, insbesondere der Kreis der Berechtigten und der konkrete Umfang, stehen noch nicht fest. Dies mag zwar aufgrund der Dringlichkeit der Maßnahmen wegen der aktuellen besorgniserregenden Entwicklung des Infektionsgeschehens nachvollziehbar sein. Dies führt jedoch dazu, dass der mildernde Effekt, den Entschädigungszahlungen für die von den Maßnahmen betroffenen Unternehmen wie die Antragstellerin haben kann, nicht abschließend beurteilt werden kann. Es fehlt insgesamt an konkreten Vorgaben für den gebotenen Ausgleich zwischen dem Interesse am Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Bevölkerung und den durch die Beschränkungen betroffenen Rechten von Nichtstörern (so auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, juris Rn.12). Die wesentlichen Eingriffsmodalitäten sind aufgrund der Intensität der Maßnahmen für die betroffenen Grundrechtsträger durch den Gesetzgeber zu regeln. Er muss die vielseitigen

Wechselwirkungen der infektionsschutzrechtlichen Eingriffsmaßnahmen in einem gesetzlichen Rahmenkonzept abbilden, an dem der Verordnungsgeber sich in der Folge bei dem Erlass von Einzelmaßnahmen zu orientieren hat. Es ist dem Gesetzgeber auch ohne Weiteres möglich, besondere infektionsschutzrechtliche Maßnahmen vergleichbar den Standardmaßnahmen im allgemeinen Polizeirecht gesondert zu regeln (Volkmann, a.a.O., 3157; vgl. auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, jurisRn. 12). Die Kammer schließt sich im Übrigen insofern überzeugenden Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs an: „Vorliegend geht es um Grundrechtseingriffe, die nach ihrer Reichweite, ihrer Intensität und ihrer zeitlichen Dauer mittlerweile ohne Beispiel sein dürften. Mit der den streitgegenständlichen Normen zu Grunde liegenden Verordnungsermächtigung der §§ 32, 28 IfSG wollte der Gesetzgeber hingegen nur die allgemeinverbindliche Regelung einer lokal begrenzten Gefahrenlage ermöglichen; bezeichnend ist insofern das in der Gesetzesbegründung allein beispielhaft genannte Badeverbot für ein bestimmtes Gewässer (vgl. BT-Drs. 8/2468 S. 21). Eine gesetzgeberische Abwägung der zur Bekämpfung einer Pandemie von bundesweiter Bedeutung erforderlichen Maßnahmen und den betroffenen Schutzgütern liegt der Verordnungsermächtigung nicht zugrunde. Bis zu welchem Ausmaß und für welchen Zeitraum die §§ 32, 28 IfSG möglicherweise noch ausreichend waren, um die mit dem Eintritt einer bislang nicht dagewesenen Pandemie einer zumindest potenziell lebensbedrohlichen Krankheit entstandene Gefahrenlage zu bewältigen, bedarf an dieser Stelle keiner abschließenden Entscheidung und muss den noch anhängigen Normenkontrollverfahren der Hauptsache vorbehalten bleiben.“ (VGH München, Beschl. v. 29.10.2020, 20 NE 20.2360, juris Rn. 30). Die Kammer ist der Ansicht, dass die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in den Blick genommene

Übergangszeit jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt angesichts der hohen Bedeutung der betroffenen Grundrechte und der seit März dauerhaft die öffentliche Diskussion bestimmenden Pandemielage bereits überschritten ist. Denn das Parlament hat unter Beweis gestellt, dass es auch nach dem erstmaligen Eintritt einer epidemischen Lage im März 2020 fortlaufend handlungsfähig geblieben ist (Volkman, a.a.O., 3159; Kießling, a.a.O., § 28 Rn.64; vgl. auch VG Hamburg, Beschl. v. 23.10.2020, 7 E 4337/20, jurisRn.12). Es hat – wie üblich – seinen Sitzungsbetrieb aufrechterhalten (vgl. Sitzungskalen der des Deutschen Bundestages, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/parlament/ple-num/sitzungskalender/bt2020-590846>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020) und hat seit Eintritt der Pandemie Änderungen des IfSG vorgenommen (vgl. etwa Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, BGBl. I S. 587 sowie Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19.5.2020, BGBl. I S. 1018). Die Kammer ist dabei bewusst, dass Behörden aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls für eine gewisse Übergangszeit auf bestehende Generalnormen zurückgreifen dürfen, sofern der Gesetzgeber noch nicht hinreichend Gelegenheit hatte, eine bislang nicht erkannte Regelungslücke zu schließen (siehe dazu BVerfG, Beschl. v. 8.11.2012, 1 BvR 22/12, juris Rn. 25; OVG Münster, Urt. v. 5.7.2013, 5 A 607/11, juris Rn. 97 ff.). Insbesondere kann es auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Falle einer – wie hier – verfassungsrechtlich ungenügenden Ermächtigungsgrundlage zur Vermeidung eines rechtslosen Zustandes geboten sein, von einer übergangsweisen Fortgeltung der Rechtsverordnung auszugehen (BVerfG, Beschl. v. 13.12.1988, 2 BvL 1/84, BVerfGE 79, 245-252, juris Rn. 18; vgl. auch Uhle, in: BeckOK GG,

Epping/Hillgruber, 44. Edit. Stand August 2020, Art. 80 Rn. 9). Die Notwendigkeit einer solchen Fortgeltung ist in der höchst-richterlichen Rechtsprechung vor allem dann anerkannt worden, wenn es galt, Rechtsunsicherheit oder die Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, weil der sonst eintretende Zustand der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner gestanden hätte als der bisherige (BVerfG, Beschl. v. 13.12.1988, 2 BvL 1/84, BVerfGE 79, 245-252, juris Rn. 18m.w.N.).

Unter Berücksichtigung dieser vorgenannten Grundsätze kann jedoch nach Ablauf von über sieben Monaten § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Betriebsschließung nicht mehr genügen (in diesem Sinne auch Kießling, a.a.O., § 28 Rn. 64; vgl. auch Trute, a.a.O., 205, der von „mehreren Wochen“ spricht). Seit dem Eintritt der epidemischen Lage im März dieses Jahres ist bereits über ein halbes Jahr vergangen, wobei die nunmehr zu Tage tretende „zweite Welle“ in der breiten Öffentlichkeit bereits in den Sommermonaten vorhergesehen worden ist (vgl. etwa Tagesschau, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/coronavirus-zweite-welle-101.html>, zuletzt abgerufen am 9.11.2020). Der Gesetzgeber ist – anders als im März 2020 – nicht durch den Anstieg der Coronainfektionen überrascht worden. Gleichwohl hat der Gesetzgeber es versäumt, rechtzeitig „vor der zweiten Welle“ tätig zu werden. Unerheblich ist, dass inzwischen ein durch die Fraktionen der CDU/CSU und SPD vorgelegter Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Bundestag eingebracht worden ist. **In dem Entwurf (BT-Drs. 19/23944) wird die Erforderlichkeit eines Parlamentsgesetzes ausdrücklich als Problem und Ziel des Gesetzentwurfes benannt** („Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 des Grundgesetzes angesichts der länger andauernden

Pandemielage und fortgesetzt erforderlichen eingriffsintensiven Maßnahmen zu entsprechen, ist eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen angezeigt.“ S. 2). Entscheidend ist, dass zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung, noch kein Gesetz beschlossen und in Kraft getreten ist. Schließlich steht die vom Bundesverfassungsgericht für die Notwendigkeit der Fortgeltung angeführte Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen hier nicht zu befürchten, weil das Parlament jederzeit handlungsfähig ist. Die Kammer verkennt dabei im Übrigen nicht, dass für den Staat aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG auch die Verpflichtung erwächst, einen möglichst weitgehenden Gesundheits- und Lebensschutz zu gewährleisten (BVerfG, Beschl. v. 10.4.2020, 1 BvR 762/20, jurisRn. 8). Allerdings ist der Zustand fortdauernder, nicht durch den Gesetzgeber legitimierter, schwerer Grundrechtseingriffe wie hier in Art. 12 GG ebenfalls mit der verfassungsmäßigen Ordnung nicht in Einklang zu bringen. Die Frage, wie die Verwirklichung widerstreitender Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz in einer Pandemielage sichergestellt werden kann, ist gerade vom Gesetzgeber zu beantworten und diese Aufgaben kann nicht durch den Ordnungsgeber oder die Gerichte übernommen werden.

Auch das von der Antragsgegnerin ferner angebrachte Argument, die Gesetzesform sei mit Blick auf die gebotene Handlungsschnelligkeit der Verwaltung nicht erforderlich, überzeugt nicht (so auch Möllers, VerfBlog, 2020/3/26, DOI: 10.17176/20200326-123121-0.). Denn der Gesetzgeber war bereits Ende März in der Lage, erste Änderungen des IfSG vorzunehmen (s.o.). Anders als die Antragsgegnerin meint, wird dem Parlamentsvorbehalt auch nicht schon dann hinreichend genüge getan, wenn der Gesetzgeber in Kenntnis

der Verordnungslage untätig bleibt (ähnlich OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.2020, OVG 11 S 94/20, juris Rn. 33). Hierbei handelt es sich lediglich um eine Fiktion des gesetzgeberischen Willens. Ein solcher kann jedoch nicht unterstellt werden, da die Untätigkeit des Gesetzgebers auf den unterschiedlichsten Gründen beruhen kann. Die erforderliche demokratische Legitimation des §4b Abs. 1 Nr. 28 HmbSARS-CoV-2-Eindämmungs-VO kann hierdurch nicht wiederhergestellt werden (vgl. hierzu Volkmann, a.a.O., 3158 f.). **Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin hat die streitgegenständliche Rechtsverordnung auch kein „hohes Niveau an demokratischer Legitimation“.** Ein solches kommt in einer repräsentativen Demokratie wie der Bundesrepublik Deutschland allein den Parlamentsgesetzen selbst zu, die durch den Deutschen Bundestag in grundsätzlich öffentlichen Verhandlungen (vgl. Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG) beschlossen werden. Im demokratisch-parlamentarischen System des Grundgesetzes vollzieht sich die Repräsentation des Volkes allein durch die Abgeordneten im Parlament (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 10.5.1977, 2 BvR 705/75, BVerfGE 44, 308-322, juris Rn. 27 ff.). Soweit sich die Antragsgegnerin auf das Urteil des VG Hamburg vom 8. September 2020 (19 K 1731/20) beruft, folgt hieraus nichts für das streitgegenständliche Eilverfahren. Denn die genannte Entscheidung bezieht sich ausschließlich auf die Allgemeinverfügung zur Eindämmung des Coronavirus in Hamburg vom 15. März 2020 und setzt sich demzufolge nicht mit der Frage auseinander, ob auch noch über ein halbes Jahr später, d.h. bei Fortschreiten der im zitierten Urteil ebenfalls Erwähnung gefundenen Übergangszeit, § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage genügen kann (VG Hamburg, Urt. v. 8.9.2020, 19 K 1731/20, juris Rn. 45 mit Verweis auf OVG Magdeburg, Beschl. v. 20.5.2020, -10--11-3 R 86/20, juris Rn. 42 ff., 45; OVG Bremen, Beschl. v. 9.4.2020, 1 B 97/20, juris Rn. 34 m.w.N.)“

b.

Im Rahmen einer Stellungnahme als Einzelsachverständige bei einer öffentlichen Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 12.11.2020 äußerte sich die Staatsrechtlerin *Dr. Andrea Kießling* u.a. wie folgt (*Anlage*):

B. Vorbemerkung

Durch die Corona-Schutzmaßnahmen der letzten acht Monate wurde und wird die Bevölkerung massiv in ihren Grundrechten eingeschränkt. Betroffen sind Art. 11 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG und auch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG selbst, wenn solche Einschränkungen negative Auswirkungen auf die Gesundheit haben. Solche intensiven Grundrechtseingriffe können nicht dauerhaft auf eine Generalklausel wie § 28 Abs. 1 IfSG gestützt werden.

Wesentlichkeitstheorie bzw. Parlamentsvorbehalt verpflichten den Gesetzgeber, „wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen“¹. Auch der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass eine Norm so formuliert ist, dass das Verhalten der Behörden nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt wird und die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können². Diese Anforderungen sind umso strenger, je intensiver die Grundrechtseingriffe sind, die die Vorschrift ermöglichen soll³. Die Bedeutung von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz kann wie folgt konkretisiert werden:

- Der Gesetzgeber muss das Ziel bestimmen, damit die Behörden ihre Maßnahmen daran ausrichten und die Verwaltungsgerichte die Maßnahmen anhand dieses Ziels überprüfen können.
- Der Gesetzgeber muss die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Exekutive aufzeigen: Für die Behörden muss klar sein, welche Maßnahmen sie nicht ergreifen dürfen, weil sonst Grundrechte verletzt würden. Maßnahmen, die besonders intensive Grundrechtseingriffe darstellen, müssen von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden als weniger intensive Grundrechtseingriffe.
- Durch die Regelung konkreter Voraussetzungen und die nähere Beschreibung möglicher Maßnahmen entsteht für die Bevölkerung Rechtssicherheit: Es wird besser vorhersehbar, welche Maßnahmen in welcher Situation zulässig sind.

Notwendig ist somit eine Reform der §§ 28ff. IfSG, die diesen Grundsätzen Rechnung trägt, wie dies auch die Anträge der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/23980), der FDP-Fraktion (BT-Drs. 19/23689) und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/23942) fordern.

C. Bewertung des § 28a

I. Parlamentsvorbehalt/Bestimmtheitsgebot

Im Gefahrenabwehrrecht – zu dem das IfSG gehört – ist es üblich, dass die Eingriffsbefugnisse der Behörden detailliert in einzelnen Vorschriften (Standardermächtigungen) geregelt sind, die sowohl die tatbestandlichen Voraussetzungen festlegen als auch auf Rechtsfolgenreise die jeweiligen Maßnahmen genau beschreiben, um der Bedeutung von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen.

Anstatt auch im IfSG Standardermächtigungen zu schaffen, sollen nun in einem neuen § 28a „nicht abschließende Regelbeispiele etwaiger Schutzmaßnahmen“ (BT-Drs. 19/23944, S. 2, 19) benannt werden. Diese Regelungstechnik genügt nicht den Vorgaben, die sich aus Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot ergeben. Deren Bedeutung erschöpft sich nicht darin, dass das Parlament die ihm bekannten Schutzmaßnahmen beispielhaft auführt und dadurch deren allgemeine Zulässigkeit zur Epidemiebekämpfung „bescheinigt“. Gefordert ist vielmehr eine gründliche Abwägung: Die Schwere der jeweiligen Grundrechtseingriffe darf nicht außer Verhältnis zum konkret verfolgten Zweck stehen. Das Ergebnis dieser Abwägung muss sich in einer differenzierten Regelung niederschlagen. Eine solche Abwägung lässt § 28a nicht im Ansatz erkennen. Ungünstig ist bereits die Tatsache, dass § 28a das Ziel der Epidemiebekämpfung nicht gegenüber den allgemeinen Vorgaben des § 1 und des § 28 Abs. 1 konkretisiert, obwohl § 28a ausdrücklich nur auf die aktuelle Corona-Epidemie zugeschnitten ist und deswegen von vornherein nicht auf die Besonderheiten anderer denkbarer Krankheitserreger Rücksicht nehmen muss.

Der in der vorgenannten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nach hiesiger Ansicht erkennbare Versuch, die Rechtsgrundlage solange „zu halten“, bis der Gesetzgeber eine neue, ausreichende, Rechtsgrundlage geschaffen hat, ist nur schwer zu ertragen.

Der Antragsgegner zitiert das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz wie folgt (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 6):

Darüber hinaus ist der Bundesgesetzgeber vor dem Hintergrund der länger andauernden Corona-Pandemielage und fortgesetzt erforderlicher eingriffsintensiver Maßnahmen derzeit damit befasst, eine gesetzliche Präzisierung der Verordnungsermächtigung (§ 28a IfSG) im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen zu schaffen, um den zunehmend diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen (vgl. den Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BT-Drs. 19/23944, der am 6. November 2020 in erster Lesung beraten werden soll). Daher ist gegenwärtig davon auszugehen, dass die Voraussetzungen einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung - sollte sich in einem Hauptsacheverfahren ihr Fehlen herausstellen – jedenfalls demnächst vorliegen werden (vgl. auch BayVGH, Beschluss vom 5. November 2020 - 20 NE 20.2468 -, BA S. 6, abrufbar unter www.vgh.bayern.de). Dies rechtfertigt es ebenfalls, die vom Verwaltungsgericht wiederholt geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken zurückzustellen.“

c.

Entgegen der dort geäußerten Erwartung ist aktuell gerade nicht davon auszugehen, dass die Voraussetzungen einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung demnächst vorliegen werden.

Kritik an dem beschämenden Versuch des Gesetzgebers, die Verordnungen mit diesem Gesetzesentwurf „gerichtsfest“ zu machen, wird von allen Seiten geäußert.

Seitens Legal Tribune Online wurde die nur als vernichtend zu bezeichnende Kritik gut zusammengefasst (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Dass die zum 1. November von der Bundesregierung gemeinsam mit den Ländern beschlossenen Maßnahmen alles andere als rechtssicher sind, zeigte erst am Dienstag eine Entscheidung des VG Hamburg. Dieses hatte die Schließung von Fitnessstudios mit der Begründung beanstandet, die die GroKo mit ihrer nun beabsichtigten Änderung künftig verhindern will: Zwar ermächtige, so das Gericht, § 32 S. 1 IfSG die Landesregierungen, die nach §§ 28 bis 31 IfSG möglichen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten durch Rechtsverordnung zu erlassen. Allerdings fehle in den §§ 28 bis 31 IfSG eine hinreichend konkrete Regelung.

Die bisherige Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG, auf den die Landesregierungen immer wieder ihre Maßnahmen gestützt hatten, komme jedenfalls als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht. Aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs sei der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nicht gewahrt, wonach u. a. Entscheidungen von besonderem Gewicht die Zustimmung des Parlaments brauchen.

Um derartige Gerichtsbeschlüsse für die Zukunft zu vermeiden, präzisiert der neue § 28a IfSG nunmehr in 15 Ziffern, welche konkreten Grundrechtseingriffe "im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG durch den Deutschen Bundestag" zulässig sein sollen - soweit, wie es auch im Gesetzestext heißt, dabei die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibe.

Untersagt werden darf laut der neuen Vorschrift eine ganze Menge: Sport- und Kulturveranstaltungen, Übernachtungen, Alkoholkonsum, Gastronomiebetrieb oder Gottesdienste. Ausgangsbeschränkungen dürfen für den öffentlichen wie den privaten Raum angeordnet werden, darüber hinaus Abstandsgebote und das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes. Im Prinzip wird damit alles explizit genannt, was es seit Beginn der Pandemie an Maßnahmen so gibt und aufgrund der Generalklausel verboten wurde. Für den Fall, dass etwas vergessen wurde, bliebe die alte Generalklausel im neuen Gesetz erhalten: § 28 IfSG gilt weiterhin fort und kann dann im Zweifel auch für weitere, nicht ausdrücklich aufgezählte Corona-Maßnahmen erhalten.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Ob mit dieser Gesetzänderung nun die erhoffte Rechtssicherheit eintritt, bezweifeln Staats- und Verfassungsrechtler ganz gewaltig: Im Hinblick auf eine Anhörung im Bundestag, die am Donnerstag trotz der vielen, fundamentalen rechtlichen Fragestellungen nicht im Rechtsausschuss, sondern ausschließlich im Ausschuss für Gesundheit abgehalten werden sollte, äußerten die juristischen Sachverständigen in ihren vorab eingereichten Stellungnahmen massive Kritik an den Plänen.

Schon die kurze Frist zur Abgabe ihrer Stellungnahme empfinden eine ganze Reihe von Experten als Zumutung. Sie bemängeln außerdem jede Menge juristisch-handwerkliche Fehler im Gesetz, was den Eindruck erweckt, als hätten SPD und Union beim Verfassen des Entwurfs im Schweinsgalopp wenig sorgfältig gearbeitet.

So lobt etwa die Jenaer Verfassungsrechtlerin Prof. Dr. Anika Klafki in ihrer schriftlichen Stellungnahme einzig und allein "das Motiv des Gesetzgebers, eine gesetzliche Präzisierung im Hinblick auf Dauer, Reichweite und Intensität möglicher Maßnahmen" zu treffen. Ansonsten fällt ihr Urteil zum § 28a IfSG komplett vernichtend aus:

Die Zusammenstellung der aufgelisteten Maßnahmen sei in dieser Form nicht geeignet, die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz in Bezug auf eingriffsintensive Bekämpfungsmaßnahmen zu wahren. Klafki stößt sich daran, dass die Maßnahmen rechtstechnisch als bloße Regelbeispiele ("insbesondere") ausgestaltet seien. "Gerade bei eingriffsintensiven Maßnahmen ist eine derartige Normierungsweise schon von vornherein ungeeignet, den aus der Wesentlichkeitstheorie und für Rechtsverordnungen unmittelbar aus Art. 80 Abs.1 S. 2 Grundgesetz folgenden Bestimmtheitsgrundsatz zu wahren."

Auch besonders präzise und verständlich findet die Juniorprofessorin die Neuregelung nicht: Stark freiheitsbeeinträchtigende Maßnahmen wie die "Ausgangsbeschränkung" oder die "Reisebeschränkung" würden nicht näher ausgestaltet und auch nicht durch spezielle Tatbestandsvoraussetzungen oder einschränkende Maßgaben auf Rechtsfolgenebene begrenzt. Klafki kritisiert, dass künftig sogar im privaten Raum Ausgangsbeschränkungen gestattet

seien. "Bei unbefangener Lesart könnte man meinen, der Gesetzgeber wolle die zuständigen Behörden ermächtigen, den Gang in den eigenen Garten zu verbieten."

Auch sprachlich strotze der neue § 28a IfSG nur so von Fehlern: Einige Regeln seien lückenhaft, missverständlich oder orthografisch fehlerhaft formuliert, sagt sie. So heiße es z.B. in Ziffer 11 der neuen Vorschrift: "Untersagung sowie dies zwingend erforderlich ist". Gemeint sei wohl "Untersagung soweit dies zwingend erforderlich ist". Auf zehn Seiten ihrer Stellungnahme reiht Klafki derartige Fehler auf. Am Ende hat sie für den Gesetzgeber nur eine Empfehlung parat: "Von einem Beschluss der Regelung in seiner derzeitigen Fassung wird abgeraten."

Ähnlich desaströs bewertet auch die Bochumer Staats- und Gesundheitsrechtlerin Dr. Andrea Kießling in ihrer Stellungnahme das Vorhaben: Wie Klafki kommt auch sie zum Ergebnis, dass der geplante § 28a IfSG den Vorgaben Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheit nicht genügt. Die Vorschrift lasse keinerlei Abwägung der grundrechtlich betroffenen Interessen erkennen, sondern wolle offenbar einseitig das bisherige Vorgehen während der Corona-Epidemie legitimieren, kritisiert sie. Und prophezeit: "In dieser Form werden die Gerichte die Vorschrift höchstwahrscheinlich nicht als Rechtsgrundlage für die Corona-Schutzmaßnahmen akzeptieren."

Abgesehen von genaueren Voraussetzungen der einzelnen Maßnahmen fehlten im Entwurf Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht, die Angabe eines konkreten Ziels und eine Begründungspflicht auch für Rechtsverordnungen. "Schwere Grundrechtseingriffe wie die Corona-Schutzmaßnahmen sollten befristet werden, damit die Behörden vor einer Verlängerung

prüfen müssen, ob tatsächlich weiterhin alle bisher ergriffenen Schutzmaßnahmen erforderlich sind." Es empfehle sich, hier eine Frist von höchstens vier Wochen anzusetzen.

Dies sieht auch der Berliner Verfassungsrechtler Prof. Dr. Christoph Möllers so. Ebenso wie der Augsburger Staatsrechtler Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger mahnte auch Möllers in seiner schriftlichen Stellungnahme eine Befristung der Maßnahmen an: "Für flächendeckende, die Allgemeinheit adressierende Maßnahmen, die das öffentliche Leben beeinträchtigen können, würden sich Befristungen empfehlen: Diese hätten den Effekt, dass sie beim Gesetz- und Verordnungsgeber neuen Handlungs- und politischen Rechtfertigungsbedarf auslösten, damit die Legitimation der getroffenen Maßnahmen auffrischten und so auch "eine freiheitsbeeinträchtigende Gewöhnung bei politischen Akteuren und der Bevölkerung verhindern".

Im Übrigen bezweifelt auch Möllers, dass die Gesetzänderung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält. Auch wenn der mit der Novellierung erreichte Rechtszustand als eine Verbesserung zu verstehen sei, bestünden weiterhin gravierende Zweifel, ob dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge. Der Verfassungsrechtler rechnet fest damit, dass die Neuregelung Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Prüfung werden wird. "Als Regelung, die tatsächlich unmittelbar in Rechte eingreift, dürfte sie auch unmittelbar durch Verfassungsbeschwerde angreifbar sein."

Möllers sprach sich weiter auch für mehr parlamentarische Beteiligung aus, etwa durch Festschreibung eines Zustimmungsvorbehaltes für den Deutschen Bundestag in Rechtsverordnungsermächtigungen. Dieser sollte für den Fall vorgesehen werden, dass die Bundesregierung oder ein

Bundesministerium zum Erlass einer unmittelbar in Grundrechte eingreifenden Rechtsverordnung ermächtigt würde, um dem besonderen demokratischen Legitimationsbedarf solcher Maßnahmen zu entsprechen. Außerdem solle der Gesetzgeber das Bundesgesundheitsministerium damit beauftragen, die wissenschaftliche Bewertung der getroffenen Entscheidungen einem dazu zu berufenden, unabhängigen und interdisziplinär besetzten wissenschaftlichen Gremium anzuvertrauen.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) mahnte unterdessen an, das IfSG um eine spezielle Regelung zugunsten von Rechtsanwälten zu ergänzen: "Bei allen Regelungen auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes muss gewährleistet sein, dass die Tätigkeit von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nicht eingeschränkt werden darf. Insbesondere ist zu gewährleisten, dass alle Bürgerinnen und Bürger das Recht haben, sich jederzeit an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu wenden", heißt es in einer Stellungnahme des DAV.

Ob sich die Koalition die zahlreichen Bedenken und Anregungen der Juristen zu Herzen und sich Zeit für Korrekturen nimmt, erscheint indes, eher unwahrscheinlich. Denn voraussichtlich schon nächste Sitzungswoche soll das Gesetz im Bundestag verabschiedet werden.

Auf die kommenden Gerichtsentscheidungen darf man dann gespannt sein."

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-massnahmen-28a-ifsg-rechtssicherheit-gerichte-verfassungswidrig-unbestimmt-anhoerung-bundestag/?r=rss>

Von diesem Gesetzesentwurf (gemeint ist § 28a IfSG), der – und das muss man in dieser Deutlichkeit sagen – das Papier, auf dem er steht, nicht Wert ist, kann ersichtlich keine Rechtssicherheit ausgehen.

Dass der Antragsgegner sogar der Meinung ist, dass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsnorm nicht bestehen (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 6 f.), ist fernab jeglicher rechtlicher Realität und weckt Zweifel an dem grundsätzlichen Rechtsverständnis des Antragsgegners.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

2.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Antragsgegner zitiert im Wesentlichen in seiner Stellungnahme aus dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz.

U.a. wird dort folgender Abschnitt zitiert (Stellungnahme vom 11.11.0202, dort S. 12):

Dass der Ordnungsgeber den im gegenwärtigen Infektionsgeschehen zugelassen Betrieb im Amateur- und Freizeitsport nicht an eine flächenbezogene Personenbegrenzung knüpft, sondern insoweit eine Differenzierung danach für maßgeblich erachtet, ob die sportliche Betätigung im Freien oder in geschlossenen Räumen stattfindet, überschreitet nicht den ihm zustehenden Ermessensspielraum. Die derzeit u.a. für gewerbliche Einrichtungen geltende Personenbegrenzung ist Teil der Grundentscheidung des Ordnungsgebers, persönliche Kontakte u.a. in wirtschaftlichen Bereichen weiterhin zu ermöglichen. Diese konzeptionelle Ausrichtung der Zwölften Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz verpflichtet den Ordnungsgeber allerdings nicht, die für die Aufrechterhaltung des Wirtschaftslebens für erforderlich gehaltenen Anforderungen (in Form einer Personenbegrenzung) auch auf andere (Teil-)Bereiche, in denen er persönliche Kontakte derzeit als nicht zwingend erforderlich ansieht, zu übertragen.

Es mag dem Antragsgegner – außer bei der Bemessung des Streitwerts – entgangen sein, dass es sich bei den Betrieben der Antragstellerinnen ebenfalls um Wirtschaftsbetriebe handelt. Vor diesem Hintergrund sind Einzelhandelsgeschäfte und Friseurläden offensichtlich mit den Betrieben der Antragstellerinnen vergleichbar.

Der Antragsteller zitiert auch später noch einmal das hiesige Oberverwaltungsgericht, welches ausführt, dass der Ordnungsgeber das „Erwerbsleben und Bildung“ priorisiert hätte (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 23). Der Antragsgegner verkennt dabei, wie gerade dargelegt, dass die Antragstellerinnen gewerblich tätig sind. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ein Fitnessstudio für die Kund*innen in den Bereich der „Freizeit“ fallen mag.

Soll es aber darauf ankommen, ob die Kund*innen den Betrieb ihrer Freizeit zuordnen? Falls ja, würde eine erhebliche Anzahl an Einzelhandelsbetrieben ersichtlich auch darunter fallen. Z.B. Verkaufsläden, die Bastelbedarf anbieten, Sportbekleidungsläden usw.

Eine Unterscheidung, nach den Läden, die für die Grundversorgung der Menschen notwendig sind, und solchen, die es nicht sind, hat der Ordnungsgeber aber gerade nicht vorgenommen. Deshalb dürfen die Antragstellerinnen die Frage aufwerfen, warum ihr Erwerbsbetrieb schließen muss, wohingegen alle Schmuckgeschäfte, Boutiquen, Freizeitbedarfsläden usw. geöffnet haben dürfen.

Die Ungleichbehandlung rechtfertigt sich auch nicht durch ein angeblich höheres Infektionspotential, hierzu wurde bereits umfassend vorgetragen.

Auf das weitere, differenzierte Vorbringen der Antragstellerinnen ist der Antragsgegner im Übrigen nicht eingegangen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof heute entschieden hat, dass **die vollständige Schließung von Fitnessstudios gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt**. In der Pressemitteilung vom 12.11.2020 heißt es u.a.:

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) hat heute einem Eilantrag des Inhabers eines Fitnessstudios zum Teil stattgegeben und die Regelung in der 8. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (8. BayIfSMV), die den Betrieb von Fitnessstudios vollständig untersagt, außer Vollzug gesetzt.

Einrichtungen des Freizeitsports dürfen nach den seit 2. November 2020 geltenden Beschränkungen im Bereich der Freizeitgestaltung nur für den Individualsport und nur allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands genutzt werden. In Fitnessstudios ist dies derzeit nicht erlaubt. Sie müssen vollständig schließen.

Der 20. Senat geht in seiner Entscheidung davon aus, dass Inhaber von Fitnessstudios durch diese Regelung benachteiligt würden, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt sei. Die Regelung verstoße daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die vollständige Schließung von Fitnessstudios sei nicht verhältnismäßig. Der Ordnungsgeber sei bei Erlass der Einschränkungen davon ausgegangen, dass Individualsport im genannten Umfang zulässig bleiben solle. Diese Erwägung müsse auch für Fitnessstudios gelten.

https://www.vgh.bayern.de/media/bayvgh/presse/pm_corona_a_fitnessstudios_8.bayifsmv.pdf

3.

Unverhältnismäßigkeit der Schließungsanordnung

a.

Legitimer Zweck

Vor dem Hintergrund, dass der Antragsgegner sich auf die positiven Fallmeldungen stützt, um damit die Eingangsvoraussetzung des § 28 IfSG begründen zu können (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 15), muss nunmehr doch zum Anwendungsbereich der PCR-Tests etwas ausführlicher Stellung bezogen werden.

i.

PCR-Tests können keine Infektiosität – und darauf kommt es letztlich an, denn nur ein infektiöser Mensch kann andere Menschen anstecken – nachweisen.

Ob ein Mensch infiziert ist, sprich, das Virus in sich trägt, spielt für die Frage der Eindämmung der Weiterverbreitung von SARS-CoV-2

nämlich keine Rolle. Problematisch wird eine Infektion erst, wenn diese noch weitergegeben werden kann.

Der PCR-Test ist einer Vorabveröffentlichung vom 28.07.2020 folgend aber gerade **nicht dazu geeignet, nur** infektiöse Patient*innen zuverlässig zu identifizieren. In bisher fünf Studien konnte nach dem neunten Tag der Erkrankung mit COVID-19 **kein aktives, infektiöses Virus** aus dem Rachen der Erkrankten nachgewiesen werden. Jedoch fanden die Autor*innen heraus, dass im Median noch **17 Tage** nach Erkrankung das Erbgut des Virus per RT-PCR im Rachen nachweisbar war, in Einzelfällen wurde noch **nach 83 Tagen** das Erbgut in den oberen Atemwegen mittels RT-PCR gefunden. Es besteht mithin die Gefahr, dass ein Proband oder eine Probandin, der/die vor zwei bis drei Monaten mit SARS-CoV-2 infiziert war, aktuell immer noch einen "positiven Corona-Test" sowie eine Absonderungsanordnung gemäß § 30 Abs. 1 IfSG erhalten und als "Fall" in der Statistik des Robert Koch-Institut geführt werden, obwohl er oder sie die Infektion schon längst überstanden hat und **nicht mehr infektiös** ist.

<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.07.25.20162107v1.full.pdf>

Rechtsanwältin Jessica Hamed

So machte auch schon *Professor Florian Krammer* auf die Schwächen des (bzw. eines jeden) PCR-Tests am 02.03.2020 aufmerksam:

„Man muss da drei Dinge unterscheiden: Infektiöse Viren verursachen die Viruslast. Wenn infektiöses Virus vorhanden ist, kann eine Person eine andere anstecken. Allerdings muss die Viruslast dafür bei vielen Viren hoch sein. Was aber mit dem PCR-Test detektiert wird, ist nicht das Virus, sondern das Virusgenom. Und es kommt sehr wohl oft vor, dass noch Virusgenom vorhanden ist, aber kein infektiöses Virus mehr. Bei Masern ist das oft über Monate der Fall.“

<https://www.sciencemediacenter.de/alle-angebote/rapid-reaction/details/news/einzelne-genesene-covid-19-patienten-positiv-auf-sars-cov-2-getestet/>

Diese Problematik war auch schon von *Prof. Dr. Heinz Zeichhardt* und *Dr. Martin Kammel* zum „Extra Ringversuch Gruppe 340 Virusgenom-Nachweis-SARS-CoV-2“ im Mai 2020 dargestellt worden (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):



„Das Vorliegen eines positiven Testergebnisses gibt daher vorerst nur das Vorhandensein dieses Abschnittes des Erbgutes von SARS-CoV-2 im Nasen-Rachen-Raum des Probanden an. Es ist damit nicht sichergestellt, dass das vollständige Erbgut des Virus dort vorhanden ist, **ebenso ist nicht sichergestellt, dass intaktes, infektiöses Virus vorliegt.**



Denkbar (und auch beschrieben) ist z.B. das Vorhandensein von kurzen Bruchstücken viralen Erbguts oder inaktivierter ("toter") Viren auf den Schleimhäuten des Probanden. Eine Infektion (definiert als die Vermehrung von Virus in den Zellen des Getesteten) sowie die Infektiosität (definiert als die Freisetzung vermehrungsfähiger Viren) ist daher erst einmal nicht zu beurteilen.

Aus einem positiven Testergebnis eines Probanden kann damit weder sicher geschlussfolgert werden, dass dieser infiziert ist, noch, dass er infektiös ist.

Allein das **klinische Gesamtbild** (positiver Virusnachweis, passende Symptomatik eines akuten respiratorischen Infekts mit entsprechenden klinischen und apparativ-diagnostischen Befunden, radiologische Zeichen einer interstitiellen Pneumonie) kann eine Infektion mit SARS-CoV-2 feststellen - alles darüber

hinaus sind zunächst einmal lediglich positive Testergebnisse unklarer Signifikanz.“

<https://www.instand-ev.de/System/rv-files/340%20DE%20SARS-CoV-2%20Genom%20April%202020%2020200502j.pdf>

Vor der „Übergenaugigkeit“ der PCR-Tests warnten – überraschend spät – auch die deutschen Virologen Drosten, Streeck und Kekulé sowie Gesundheitspolitiker Lauterbach der Berichterstattung von ntv folgend. Dort war am 31.08.2020 u.a. zu lesen (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„In seltener Eintracht teilten kürzlich Virologe Hendrik Streeck und SPD-Gesundheitsexperte Karl Lauterbach einen Artikel der "New York Times". Darin geht es darum, dass in den USA sehr viele Menschen positiv getestet werden, obwohl sie wahrscheinlich gar nicht ansteckend sind. Denn beim Standard-PCR-Test gibt's grundsätzlich nur zwei mögliche Ergebnisse: Ja oder Nein. Anders ausgedrückt: Der Test ist eigentlich nur dazu da, das Virus nachzuweisen. Ein positiver Befund sagt nichts darüber aus, ob ein Patient krank ist, war oder wird. Und man weiß auch nicht, ob er ansteckend ist.

Das sei nicht genug, sagt Epidemiologe Michael Mina von der Harvard T.H. Chan School of Public Health. Die Virusmenge im Körper eines Patienten sei entscheidend, ob er ansteckend sei oder nicht. Dass diese Tatsache vernachlässigt werde, sei unverantwortlich. Auch deutsche Experten fordern einen Strategiewechsel. Zu ihnen gehört Charité-Virologe Christian Drosten. Es brauche "eine Testung auf Infektiosität statt auf Infektion", schrieb er in der "Zeit".“

<https://www.n-tv.de/wissen/Zu-viele-positiv-Getestete-harmlos-article22006224.html>

Das RKI teilt wöchentlich die Anzahl der von den Laboren auf freiwilliger Basis mitgeteilten Tests nebst Testergebnissen mit:

Erhebungen zu SARS-CoV-2-Labortestungen in Deutschland

Das RKI erfasst wöchentlich die SARS-CoV-2-Testzahlen. Hierfür werden deutschlandweit Daten von Universitätskliniken, Forschungseinrichtungen sowie klinischen und ambulanten Laboren zusammengeführt. Die Erfassung basiert auf einer freiwilligen Mitteilung der Labore und erfolgt über eine webbasierte Plattform (VOXCO, RKI-Testlaborabfrage) oder in Zusammenarbeit mit der am RKI etablierten, laborbasierten SARS-CoV-2-Surveillance (eine Erweiterung der Antibiotika-Resistenz-Surveillance, ARS), dem Netzwerk für respiratorische Viren (RespVir) sowie der Abfrage eines labormedizinischen Berufsverbands. Bei den erhobenen Daten handelt es sich um eine freiwillige und keine verpflichtende Angabe der Labore, so dass eine Vollerfassung der in Deutschland durchgeführten PCR-Tests auf SARS-CoV-2 zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorliegt. Die hier veröffentlichten Daten liefern daher Hinweise zur aktuellen Situation in den Laboren, erlauben aber keine detaillierten oder regionalen Auswertungen sowie Vergleiche mit den gemeldeten Fallzahlen.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-11-de.pdf?__blob=publicationFile

Eine Mitteilung, mit welchem Ct-Wert bei den positiven Tests gearbeitet wurde, erfolgt jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Dabei handelt es sich hierbei um eine hochrelevante Information für die Frage der Aussagekraft der positiven Testergebnisse und damit für die Frage der Rechtmäßigkeit aller auf diesen Daten beruhender Grundrechtseingriffe.

Eine kanadische Studie von Mai 2020 zeigte schließlich: Von 90 PCR-Test-positiven SARS-CoV-2-Virusgenom-Proben infizierte keine einzige (!) lebende Zellen, wenn der Ct-Wert oberhalb von 24 lag oder die Symptombdauer oberhalb von 8 Tagen, woraus die Autor*innen die – eher noch vorsichtig formulierte – Schlussfolgerung ziehen: Die Infektiosität von Patient*innen mit einem Ct-Wert über 24 sowie mit einer Symptombdauer von über 8 Tagen darf als gering erachtet werden.

„Predicting Infectious Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 From Diagnostic Samples“:
[https://academic.oup.com/cid/advance-
article/doi/10.1093/cid/ciaa638/5842165](https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciaa638/5842165).

Zu solchen niedrigen Viren-Leveln, die z. B. Monate nach einer Infektion im Körper vorhanden sein können, schreibt das RKI:

„Dass diese positiven PCR-Ergebnisse bei genesenen Patienten nicht mit Ansteckungsfähigkeit gleichzusetzen ist, wurde in mehreren Analysen gezeigt“

zit. n. Süddeutsche Zeitung vom 07.10.2020 im Artikel „Positiv getestet, aber nicht ansteckend“
<https://www.sueddeutsche.de/politik/coronavirus-test-ct-wert-umfrage-gesundheitsaemter-1.5057646>.

Auf Nachfrage von NDR, WDR und Süddeutsche Zeitung gaben **73% der 137 auf Nachfrage antwortenden Gesundheitsämter in Deutschland allerdings an, bei einem positiven PCR-Test den Ct-Wert von den Laboren selten oder nie mitgeteilt zu bekommen.**

Vgl. vorgenannte Quelle.

Trotzdem spricht das RKI in den wichtigen hervorgehobenen Zusammenfassungen der täglichen Lageberichte und anderswo von „(COVID-19)-Fällen“ und schreibt stets eindeutig, es werte „alle labordiagnostischen PCR-Nachweise von SARS-CoV-2 unabhängig vom Vorhandensein oder der Ausprägung einer klinischen Symptomatik als COVID-19-Fälle“

vgl.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coron

[avirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-10-
de.pdf?_blob=publicationFile](https://www.rak-koeln.de/pdf?_blob=publicationFile), dort S. 2.

Kritisch hierzu äußerte sich aus juristischer Sicht jüngst auch Herr Kollege *Dr. Johannes Neyses* in seinem Beitrag „Coronakrise – eine Bewährungsprobe für Demokratie und Rechtsstaat“. Dort heißt es u.a.:

[Bild herausgenommen]



<https://www.rak-koeln.de/Fuer-Anwaeltle/Kammer-Forum>,
dort Ausgabe 2020_3.

ii.

Aus den Instand-Ringversuchen zwecks verschiedener Validierungen im Rahmen der SARS-CoV-2-Labordiagnostik ist zudem bekannt: Für den Corona-Erkältungsvirus „HCoV 229E“ waren die Fehlerquoten für alle im April untersuchten Gen-Abschnitte **besonders schlecht**, sie lagen im Durchschnitt bei 7,6% (d. h. 92,4% Erfolgsquote), variierten zwischen 85,4% und 95,7%:

Probe 340065	HCoV 229E 1 : 2 500 verdünnt Spezifitätskontrolle	negativ	E	355/373 (95.2%)	-
			N	146/166 (88.0%)	-
			ORF1a	44/46 (95.7%)	-
			ORF1ab	41/48 (85.4%)	-
			RdRP	165/182 (90.7%)	-
			S	93/100 (93.0%)	-
			k.A. ⁵	64/64 (100%)	-
		Gesamt	908/983 (92.4%)	-	
Gesamterfolgsquote für alle 4 bewerteten Proben*				428/461 (92.8%)*	

„Kommentar zum Extra Ringversuch Gruppe 340 Virusgenom-Nachweis – SARS-CoV-2“ von „Instand“ vom 02.05.2020, downloadbar unter: <https://www.instand-ev.de/aktuelles/detail/news/extra-instand-ringversuch-340-virusgenom-nachweis-sars-cov-2-april-2020-teilnahmedokumente-sin/>, darin S. 13 letzter Tabellenabschnitt.

Auch nach Abzug einer Fehlerquelle (versehentlich vertauschte Proben) bleiben aus Sicht der Auswerter*innen „Spezifitätsprobleme“ übrig, „die unabhängig von Vertauschungen sind. Es ist abzuklären, ob diese falsch positiven Ergebnisse auf ein Spezifitätsproblem der angewendeten Tests oder auf eine Verschleppung von SARS-CoV-2 bei der Testdurchführung in den betreffenden Laboren zurückzuführen sind.“



a. a. O., S.20, Abschnitt 2.4.2.1.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Damit wurde in einem sehr wichtigen Versuch gleich **drei verschiedene Fehlerquellen** ins Feld geführt werden (tatsächlich stattgefundene Proben-Vertauschungen, als gut möglich erachtete Spezifitätsprobleme und Erreger-Verschleppungen), woraus sich die Fehleranfälligkeit der PCR-Tests-Ergebnisse für den praktischen Alltag auch noch einmal klar ablesen lässt.



Insbesondere bei Verwendung von **Single-Target-Tests**, die nur eine Genregion untersuchen und die bekanntlich bei Ressourcenknappheit vorübergehend eingesetzt werden, kann solch ein Spezifitätsproblem mit derart hohen Fehlerquoten deutlich ins Gewicht fallen, als in die RKI-Statistik eingehende, unentdeckt falsch-positiven Tests. (Generell fallen *sämtliche* Spezifitätsschwächen des PCR-Tests – nicht nur die bei Vorliegen von HCov 229E – bei Single-Target-Tests selbstverständlich besonders ins Gewicht.)

Nachweislich werden nun bedauerlicherweise **relativ häufig nur solche Single-Target-Tests eingesetzt:**

„Viele Labore setzen zum Nachweis von SARS-COV-2 PCR-Verfahren ein, die nur das E-Gen des Virus erkennen. Diese Tests sind kostengünstig und zeichnen sich durch eine hohe Sensitivität aus. Da das E-Gen, welches lediglich die Virushülle codiert, aber nicht spezifisch für SARS-CoV-2 ist, sondern auch

andere Coronaviren (Sarbecoviren) erkennt, wurden früher E-Gen-positive Proben mit einer zweiten PCR untersucht, um sicherzustellen, dass es sich wirklich um SARS-CoV-2 handelt.“

Biovis' Fachinformation 08/2020 „SARS-CoV-2 / COVID-19 Teil 3. SARS-CoV-2-Diagnostik: kritischer Rückblick und Update für die bevorstehende Grippesaison“, S. 5 unten: www.biovis-diagnostik.eu/wp-content/uploads/Biovis_SARS-CoV-2_Teil3_DE.pdf.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Aus einer anderen Quelle geht hervor:

„Die Deutsche Presse-Agentur hat beispielhaft mehrere große Labore angefragt. Konkret geantwortet hat Synlab, ein Anbieter, der nach eigenen Angaben aktuell bis zu 80.000 Tests pro Woche durchführt. Synlab schreibt, dass standardmäßig nicht auf mehrere Genstellen getestet wird. Auch werde nicht jedes positive Testergebnis mit einem Zusatztest bestätigt.“

Artikel von Telepolis / heise online vom 29.10.2020 (Professor Christof Kuhbandner): „Corona-Lockdown: Droht tatsächlich eine ^{akute nationale} Gesundheitsnotlage?“, <https://www.heise.de/tp/features/Corona-Lockdown-Droht-tatsaechlich-eine-akute-nationale-Gesundheitsnotlage-4942433.html>.

Hinsichtlich des bislang nicht ausgeräumten dringenden Verdachts auf ein **Spezifitätsproblem** bei Vorliegen des Erkältungsvirus HCoV 229E ist außerdem bedenkenswert:

Bei Dual-Target-Tests verringert sich eine solche Fehlerquote zwar deutlich, bleibt aber dennoch bei knapp 1%, wenn man für Single-Target-Tests bei Auftreten dieses spezifischen Erkältungsvirus von der o. g. durchschnittlichen Fehlerquote von knapp 10% ausgeht (wenn knapp

1/10 der Untersuchungen für einen Genabschnitt sowie knapp 1/10 der Untersuchungen für eines weiteren Genanschnitt falsch positive Ergebnisse erbringen, ergibt sich für die „Kombinationsmöglichkeiten“ beider Genabschnitts-Untersuchungen: von den 100 theoretisch möglichen Kombinationen tritt knapp einmal das Zusammentreffen von zwei falsch positiven Genabschnitts-Ergebnissen auf).

Vorsorglich sei noch angemerkt: Wenngleich dieses o. g. „Winter-Erkältungsvirus“ momentan *noch* keine Hochsaison hat, so heißt dies keineswegs, dass es außerhalb dieser Hochsaison gar nicht auftritt, wie die folgende Grafik aus einer Promotionsschrift (mit allerdings kleiner und darum hinsichtlich der Größenordnung der jahreszeitlichen Verteilung nicht repräsentativer Stichprobe) zeigt:

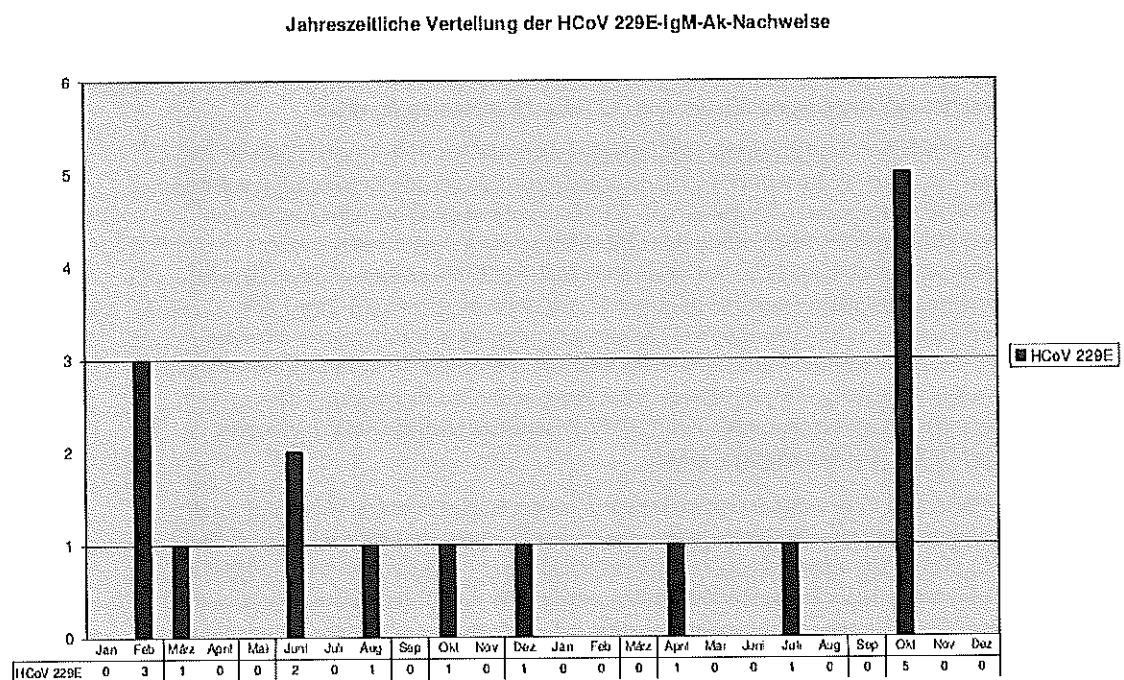


Abb.19: Jahreszeitliche Verteilung der HCoV 229E-IgM-Ak positiven Patienten (Anzahl Nachweise in Absolutangaben)

Rozée, B. (2007): „Charakterisierung von Coronavirusinfektionen Typ 229E und Untersuchung der Beteiligung von Parainfluenza 1-3, Respiratory Syncytial Virus und Adenovirus bei Kindern mit akuten Atemwegserkrankungen“, Download unter:
https://edoc.ub.uni-muenchen.de/7720/1/Rozee_Bernhard.pdf.

Dies alles zeigt, dass all die Maßnahmen, so auch die hier beanstandete, auf Testergebnissen beruhen, die alles andere als eindeutig sind. Auf dieser Tatsachengrundlage darf es keine derart massiven Grundrechtseingriffe geben. Die gezählten „Fälle“ sind gänzlich ungeeignet, um das tatsächliche Infektionsgeschehen abzubilden.

iii.

Im Übrigen kann auch – trotz der ansteigenden Anzahl an Intensivpatient*innen – nicht von einem drohenden Gesundheitsnotstand ausgegangen werden.

Professor Christof Kuhbandner hat nachvollziehbar am 29.10.2020 u.a. ausgeführt:

Die Problematik der Diagnostik bei den "COVID-19-Intensivpatienten"

In der Tat ist laut den Tagesreporten des DIVI-Intensivregisters die Anzahl der Intensivpatienten mit Diagnose "COVID-19" in den letzten Wochen stark gestiegen. Eine offizielle Antwort auf eine Anfrage an das DIVI-Intensivregister zur Diagnostik von "COVID-19-Intensivpatienten" offenbart aber ein fundamentales diagnostisches Problem. Dort wird bestätigt, dass (1) jeder Intensivpatient - unabhängig von der Symptomatik - mit einem SARS-CoV-2-PCR-Test getestet wird und (2) jeder Intensivpatient - unabhängig von der Symptomatik - mit einem positiven SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis als "COVID-19-Intensivpatient" geführt wird. Letzteres wird auch in einer offiziellen Antwort des RKI auf eine entsprechende Anfrage bestätigt. Selbst wenn demnach beispielsweise eine Person wegen eines Autounfalls auf Intensivstation liegen würde und ein positives SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis aufweist ohne jede weitere COVID-19-spezifische Symptomatik, würde diese Person als "COVID-19-Intensivpatient" zählen.

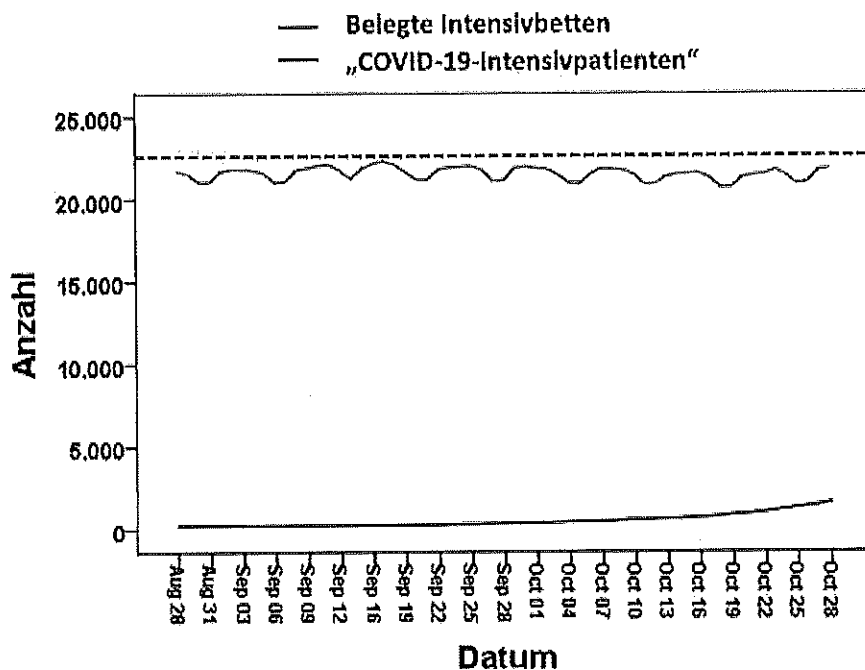
Eine solche Art der Diagnostik bringt aber ein fundamentales Problem mit sich: Womöglich werden manche Intensivpatienten als "COVID-19-Intensivpatienten" geführt, obwohl sie keinerlei COVID-19-spezifische Krankheitssymptome aufweisen und in Wirklichkeit aufgrund von anderen Ursachen auf der Intensivstation liegen. Der beobachtete starke Anstieg in der Anzahl der Intensivpatienten mit positiven PCR-Testergebnissen muss demnach nicht notwendigerweise einen starken Anstieg in der Anzahl der Patienten mit COVID-19-spezifischen Krankheitssymptomen bedeuten.

Der Anstieg in der Belastung der Krankenhäuser: Eine kritische evidenzbasierte Prüfung

Um empirisch zu prüfen, inwiefern der beobachtete Anstieg in der Anzahl der Intensivpatienten mit positiven PCR-Testergebnissen tatsächlich einen Anstieg in der Anzahl der Patienten mit COVID-19-spezifischen Krankheitssymptomen bedeutet, kann man sich zunächst die vom DIVI-Intensivregister veröffentlichten Zahlen zur Belegung der Intensivstationen genauer ansehen.

Grundlegend ist dafür folgende Überlegung: Wenn es aktuell einen echten Anstieg von Intensivpatienten mit COVID-19-Krankheitssymptomen geben würde, dann müsste eigentlich auch die Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten steigen. COVID-19 ist eine neue Krankheit, dementsprechend müsste die steigende Anzahl an COVID-19-Intensivpatienten eigentlich zu den für diese Jahreszeit ansonsten typischen Krankheiten auf Intensivstation hinzukommen (außer man würde zugunsten von COVID-19-Intensivpatienten andere Intensivpatienten auf die Normalstation verlegen).

Die folgende Abbildung zeigt die Anzahl der insgesamt belegten Intensivbetten und die Anzahl der als "COVID-19-Intensivpatienten" diagnostizierten Intensivpatienten (= Intensivpatienten mit positivem SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis unabhängig von der Symptomatik) für die letzten beiden Monate (Quelle: DIVI-Intensivregister; Stand: 28.10.):



Es lässt sich kein wirklicher Anstieg in der Anzahl der insgesamt belegten Intensivbetten erkennen. Das einzige, was ansteigt, ist die Anzahl der Intensivpatienten mit positivem SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis. Dieses Muster wird auch durch weitere Befunde bestätigt. Im wöchentlichen Influenzabericht des RKI wird die Anzahl stationär behandelter Fälle mit akuten respiratorischen Infektionen (SARI-Fälle) berichtet sowie der Anteil dieser Fälle, welcher ein positives SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis aufweist (basierend auf den Daten aus 71 Sentinelkliniken). Die folgende Abbildung zeigt die Graphik aus dem aktuellen Influenza-Wochenbericht zur Entwicklung in den letzten Wochen (Influenza Wochenbericht zur 43. Kalenderwoche):

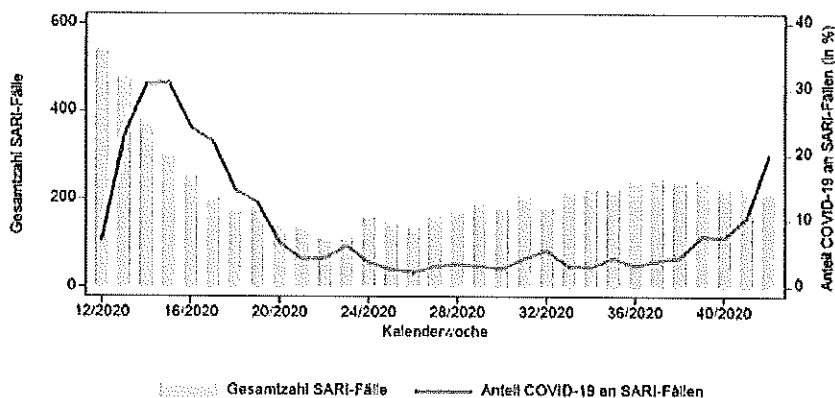


Abb. 5: Wöchentlicher Anzahl der SARI-Fälle (ICD-10-Codes J09 – J22) sowie Anteil der Fälle mit einer zusätzlichen COVID-19 Diagnose (ICD-10-Code U07.1) unter SARI-Fällen mit einer Verweildauer bis zu einer Woche von der 12. KW 2020 bis zur 42. KW 2020, Daten aus 71 Sentinelkliniken.

Hier zeigt sich praktisch dasselbe Muster: Die Gesamtanzahl der stationär behandelten SARI-Fälle bleibt gleich bzw. sinkt sogar leicht, es steigt einzig der Anteil der SARI-Fälle (schwere akute Atemwegsinfektionen - severe acute respiratory infection), welche ein positives SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis aufweisen.

Man findet also sowohl in Bezug auf die Belegung der Intensivstationen als auch in Bezug auf die stationär behandelten SARI-Fälle folgendes eigenartige Muster: Die Gesamtanzahl an Intensivpatienten und stationär behandelten SARI-Fällen bleibt gleich, das einzige, was zunimmt ist die Anzahl der Patienten mit positivem SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis. Sollte es sich also um echte "COVID-19"-Fälle handeln, dann müssten in den letzten Wochen gleichzeitig alle anderen Krankheiten auf den Intensivstation bzw. alle stationär behandelten SARI-Fälle mit anderen viralen Ursachen abgenommen haben, und zwar spiegelbildlich zum Anstieg in den "COVID-19"-Fällen. Das erscheint relativ unwahrscheinlich.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass auch die Anzahl der beatmungspflichtigen "COVID-19-Intensivpatienten" zunimmt. Hier wird vom DIVI-Intensivregister leider nicht die Gesamtanzahl der beatmungspflichtigen Intensivpatienten veröffentlicht. Angesichts der Tatsache, dass die Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten über die letzten Wochen hinweg nicht gestiegen ist, könnte auch hier zu beobachten sein, dass zwar die Anzahl der beatmeten Intensivpatienten mit positivem SARS-CoV-2-Testergebnis steigt, nicht aber die Gesamtanzahl der beatmeten Intensivpatienten. Allerdings ist das mit den verfügbaren Zahlen nicht überprüfbar.

Der Anstieg von Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung

Das gleiche Bild wie auf den Intensivstationen und bei den stationär behandelten SARI-Fällen zeigt sich auch außerhalb der Kliniken. In den letzten Wochen wurde ein starker Anstieg in der Anzahl der gemeldeten Personen mit positivem SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis beobachtet. Damit wäre eigentlich auch hier zu erwarten, dass die Anzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung steigt, weil es sich um eine neue Krankheit handelt, welche zu den saisontypischen Atemwegserkrankungen hinzukommt.

Die folgende Abbildung zeigt die aktuellen Auswertungen der Arbeitsgemeinschaft Influenza des bevölkerungsbasierten Überwachungsinstruments GrippeWeb – ein Online-Portal, über welches jede Woche Tausende von deutschlandweit registrierten Personen anonym neu auftretende Atemwegserkrankungen melden. Über die letzten Wochen hinweg ist die Anzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung nicht gestiegen und zuletzt sogar leicht gesunken, obwohl die Anzahl der positiven SARS-CoV-2-PCR-Testergebnisse in der Bevölkerung stark angestiegen ist (Quelle: Influenza Wochenbericht zur 43. Kalenderwoche):

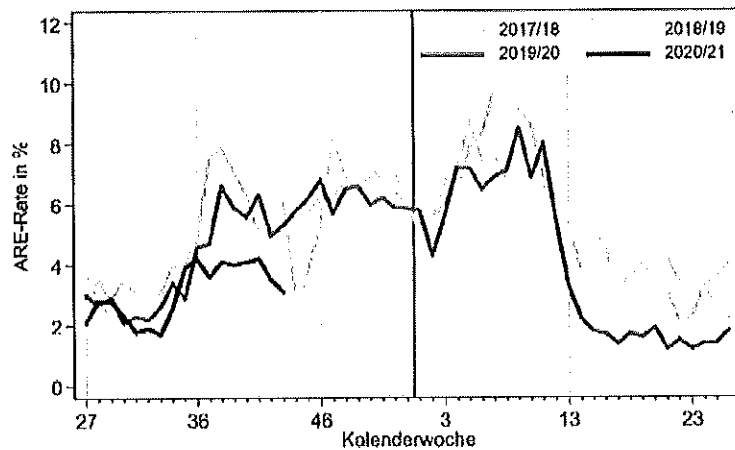


Abb. 1: Vergleich der für die Bevölkerung in Deutschland geschätzten ARE-Raten (in Prozent) in den Saisons 2017/18 bis 2020/21, 43. KW 2020. Der schwarze, senkrechte Strich markiert den Jahreswechsel.

Nimmt man die beschriebenen Befunde zur Belegung der Intensivstationen, zur Anzahl der behandelten SARI-Fälle und zur Anzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung zusammen, zeigt sich überall dasselbe Muster: Auf der Ebene der Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten, der Gesamtanzahl der stationär behandelten SARI-Fälle und der Gesamtanzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung gibt es keinerlei Anstieg in den letzten Wochen, der einzige Wert, der ansteigt, ist ein Anstieg der positiven SARS-CoV-2-PCR-Testergebnisse.

Rechtsanwältin Jessica Flamed

Mögliche Erklärungen: Qualitativ minderwertige PCR-Testungen aufgrund einer Überlastung der Labore?

Wie kann ein solche Muster erklärt werden? Eine theoretische Erklärungsmöglichkeit wäre, dass über die letzten Wochen hinweg nur die Krankheit COVID-19 zunimmt, während alle anderen Krankheiten über die letzten Wochen hinweg spiegelbildlich dazu abgenommen haben. Das erscheint schon an sich unwahrscheinlich, noch unwahrscheinlicher ist, dass sich ein vergleichbares Muster bei den verschiedenen Krankheiten auf Intensivstationen, den durch andere virale Erkrankungen bedingten SARI-Fällen und den Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung zeigt.

Einen Hinweis auf eine weitere mögliche Erklärung liefert ein weiterer Befund aus den Influenza-Wochenberichten. Im Rahmen der Influenza-Überwachung werden die von Referenzpraxen an das RKI eingesendeten Proben (sog. Sentinelproben) von Patienten mit Atemwegsinfektionen auf das Vorhandensein von Influenza- und Erkältungsviren und seit dem 24. Februar auch auf das Vorhandensein von SARS-CoV-2 untersucht. In Reaktion auf den erstmaligen Nachweis des Virus SARS-CoV-2 in einer dieser Probe in der 10. Kalenderwoche sagte Lars Schaade, der Vizepräsident des RKI, auf einer [Pressekonferenz am 12. März](#):

» Wir ziehen damit praktisch eine Stichprobe aus der Bevölkerung von Menschen mit Atemwegsinfektionen, um zu schauen, inwieweit sich das neue Virus in der Bevölkerung schon verbreitet hat.

Lars Schaade

Man kann sich nun ansehen, wie stark sich das Coronavirus in den letzten Wochen laut dieser Stichprobe verbreitet hat. Die folgende Abbildung zeigt die Anzahl der in den eingesandten Sentinelproben identifizierten Atemwegsviren für die letzten vier Kalenderwochen ([Influenza Wochenbericht zur 43. Kalenderwoche](#)):

Tab. 2: Anzahl und Positivrate (in %) der im Rahmen des AGI-Sentinel identifizierten Atemwegsviren (Saison 2019/20: 40. KW 2019 bis 39. KW 2020, Saison 2020/21: ab 40. KW 2020) im NRZ für Influenzaviren im Rahmen des Sentinels identifizierten Atemwegsviren. Die Ergebnisse zu SARS-CoV-2 und hCoV werden getrennt aufgeführt, da nicht alle Sentinelproben auf diese Erreger untersucht werden konnten.

	Gesamt 2019/20	40. KW	41. KW	42. KW	43. KW	Gesamt ab 40. KW 2020
Anzahl eingesandter Proben*	4.637	56	55	33	28	172
Probenanzahl mit Virusnachweis	2.290	40	30	20	11	101
Anteil Positive (%)	49	71	55	61	39	59
Influenza						
A(H3N2)	415	0	0	0	0	0
A(H1N1)pdm09	375	0	0	0	0	0
B(Yamagata)	127	0	0	0	0	0
B(Victoria)	1	0	0	0	0	0
Anteil Positive (%)	20	0	0	0	0	0
RSV	201	0	0	0	0	0
Anteil Positive (%)	4	0	0	0	0	0
hMPV	243	0	0	0	0	0
Anteil Positive (%)	5	0	0	0	0	0
PIV (1 - 4)	189	0	0	0	0	0
Anteil Positive (%)	4	0	0	0	0	0
Rhinoviren	834	39	27	20	11	97
Anteil Positive (%)	18	70	49	61	39	56
hCoV**	-	0	0	0	0	0
Anteil Positive (%)	-	0	0	0	0	0
SARS-CoV-2**	14	1	3	0	0	4
Anteil Positive (%)	0,3	2	6	0	0	2

* Die Anzahl der eingesandten Proben kann von der Summe der negativen und positiven Proben abweichen, wenn Mehrfachinfektionen (z. B. mit Influenza- und Rhinoviren) nachgewiesen wurden. Positivrate = Anzahl positiver Proben / Anzahl eingesandter Proben, in Prozent.

** Positivrate = Anzahl positiver SARS-CoV-2 Proben bzw. hCoV / Anzahl der untersuchten Proben auf SARS-CoV-2 bzw. hCoV

Während in den Kalenderwochen 40 und 41 noch in 2 bzw. 6 Prozent der Proben das Virus SARS-CoV-2 nachgewiesen wurde, ließ sich in keiner der Sentinelproben in den letzten beiden Kalenderwochen das Virus SARS-CoV-2 nachweisen. Die Anzahl der in der 42. und 43. Kalenderwoche eingesandten Proben ist zwar relativ klein, zusammengenommen ist die Anzahl der eingesandten Proben aber in der Größenordnung der Kalenderwochen 40 und 41, in welchen noch SARS-CoV-2-Viren nachgewiesen wurden. Diese Ergebnisse stehen in starkem Kontrast dazu, dass in derselben Zeit die Anzahl der gemeldeten Personen mit positivem SARS-CoV-2 Testergebnissen in der Bevölkerung sehr stark zugenommen hat.

Eine mögliche Erklärung besteht darin, dass qualitativ unterschiedliche PCR-Testverfahren benutzt werden. Bei einem diagnostischen Test können Personen ein positives Testergebnis erhalten, obwohl sie gar nicht infiziert sind (falsch-positives Testergebnis). Beim SARS-CoV-2-PCR-Test hängt die Häufigkeit des Auftretens falsch-positiver Testergebnisse vom verwendeten Testverfahren ab. Wird eine Probe nur auf das Vorhandensein einer Gensequenz getestet (Single-Target Test), so ist die Falsch-Positiv-Rate höher, als wenn in einem Bestätigungstest auf das Vorhandensein weiterer Gensequenzen getestet wird (siehe z.B. den [Artikel](#) in der NZZ für einen Überblick). So heißt es beispielsweise in einer Fachinformation von Biovis Diagnostik, einem großen Anbieter eines umfangreichen Spektrums an Laboranalysen, unter dem Punkt "Spezifität" ([Fachinformation Biovis Diagnostik](#)):

- » In den letzten Monaten kam es immer wieder zu Berichten, die Zweifel an der Spezifität der SARS-CoV-2-PCR aufkommen ließen. Es wurden Personen positiv auf das Virus getestet, ohne dass Symptome vorlagen. Durch örtliche Gesundheitsämter angeregte Nachtestungen ergaben einen negativen Befund. Wie kam diese Diskrepanz zustande? Viele Labore setzen zum Nachweis von SARS-CoV-2 PCR-Verfahren ein, die nur das E-Gen des Virus erkennen. Diese Tests sind kostengünstig und zeichnen sich durch eine hohe Sensitivität aus. Da das E-Gen, welches lediglich die Virushülle codiert, aber nicht spezifisch für SARS-CoV-2 ist, sondern auch andere Coronaviren (Sarbecoviren) erkennt, wurden früher E-Gen-positive Proben mit einer 2. PCR untersucht, um sicherzustellen, dass es sich wirklich um SARS-CoV-2 handelt. Gesucht wurde in der Bestätigungs-PCR nach spezifischen Genen, wie dem RdRP-Gen, dem S-Gen oder dem ORF1-Gen. Als auf Empfehlung der WHO für endemische Gebiete die Bestätigungstests eingestellt wurden, erfolgte ab April 2020 in vielen kleineren Laboren ein PCR-Nachweis von SARS-CoV-2 nur noch über das E-Gen.

Biovis Diagnostik

Offenbar werden in Anlehnung an die entsprechende Empfehlung der WHO in der Laborpraxis nicht standardmäßig Bestätigungstests durchgeführt. Dies bestätigt auch eine [Laborumfrage der Deutschen Presseagentur](#):

- » Die Deutsche Presse-Agentur hat beispielhaft mehrere große Labore angefragt. Konkret geantwortet hat Synlab, ein Anbieter, der nach eigenen Angaben aktuell bis zu 80.000 Tests pro Woche durchführt. Synlab schreibt, dass standardmäßig nicht auf mehrere Genstellen getestet wird. Auch werde nicht jedes positive Testergebnis mit einem Zusatztest bestätigt.

dpa

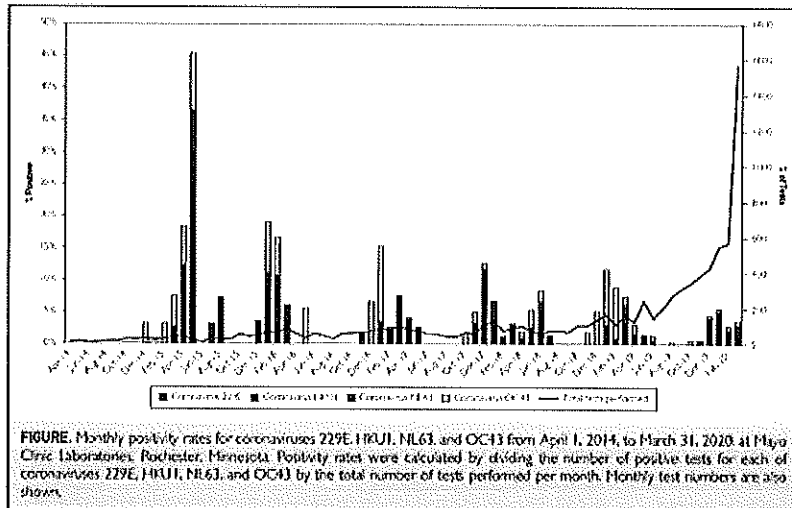
Wie in der Fachinformation der Firma Biovis Diagnostik beschrieben, ist insbesondere ein bloßer Test auf das E-Gen problematisch, da laut der Fachinformation bei einem Nachweis des E-Gens nicht spezifisch auf das Vorhandensein des Virus SARS-CoV-2 geschlossen werden kann, sondern womöglich eine Infektion mit anderen Coronaviren vorliegt.

Dass ein Single-Target PCR-Test relativ substantiell auf andere Coronaviren kreuzreagieren kann, zeigen auch die Ergebnisse aus den Instand-Ringversuchen, im Rahmen derer zur Qualitätssicherung an Labore Proben verschickt werden, welche das Genmaterial des Virus SARS-CoV-2 bzw. das Genmaterial anderer Coronaviren (HCoV, OC43 oder HCoV 229E) oder gar kein Virusmaterial enthalten.

Hier zeigte sich bei den Ringversuchen im April, dass bei den 983 verschickten Proben ohne Virusmaterial in 7 Fällen fälschlicherweise ein SARS-CoV-2-positives Testergebnis rückgemeldet wurde, was einer Falsch-Positiv-Rate von 0,7 Prozent entspricht. Bei den 983 Proben mit Virusmaterial des Coronavirus HCoV OC43 wurde in 8 Fällen fälschlicherweise ein positiver SARS-CoV-2 Nachweis rückgemeldet, was einer Falsch-Positiv-Rate von 0,8 Prozent entspricht, bei den 983 Proben mit Virusmaterial des Coronavirus HCoV 229E wurde in 67 Fällen fälschlicherweise ein positiver SARS-CoV-2 Nachweis rückgemeldet, was einer Falsch-Positiv-Rate von 6,8 Prozent entspricht.

Diese Ergebnisse zeigen, dass beim Vorhandensein harmloserer Coronaviren substantielle Falsch-Positiv-Raten auftreten können. ¹ Das ist insbesondere deswegen problematisch, weil in der aktuellen Jahreszeit ein Anstieg von Infektionen mit harmloseren Coronaviren zu erwarten ist.

Die folgende Abbildung zeigt die Ergebnisse einer aktuellen Studie [CK2] zum saisonalen Verlauf von Coronavirus-Infektionen in den letzten Jahren. Wie man sieht, ist ein Anstieg der Coronavirus-Fallzahlen in der aktuellen Jahreszeit relativ typisch:



Wird also nur ein Single-Target Test ohne weiteren Bestätigungstest verwendet, ist mit einer höheren Rate an falsch-positiven SARS-CoV-2-Testergebnissen zu rechnen, als wenn ein Bestätigungstest durchgeführt wird. Während bei den Analysen der Sentinelproben durch das RKI davon auszugehen ist, dass hochspezifische Testverfahren verwendet werden, legt die erwähnte Fachinformation der Firma Biovis Diagnostik und die erwähnte dpa-Laborumfrage nahe, dass das bei den Labortestungen in der Bevölkerung aktuell aufgrund der hohen Laborbelastung nicht immer der Fall ist.

Aktuelle Belege für die Problematik falsch-positiver Testergebnisse

In der Tat gab es in den letzten Tagen Medienberichte, dass es ein größeres Problem hinsichtlich des Auftretens falsch-positiver Testergebnisse geben könnte. So stellte sich bei einer Nachkontrolle von 60 positiven Testergebnissen eines Augsburger Labors heraus, dass 58 der positiven Testergebnisse in Wirklichkeit falsch-positiv waren, was einer extrem hohen Quote von 96,7 Prozent entspricht. Im Münchner Merkur heißt es hierzu:

- » Wegen der kaum erklärbaren Häufung der positiven Testergebnisse ließ das Isar-Amper Klinikum in Taufkirchen/Vils erneut testen. Das Ergebnis: Von 60 Corona-Tests, die vorige Woche vom Augsburger MVZ-Labor (früher Schottdorf) positiv getestet wurden, entpuppten sich beim Kontrolltest 58 als negativ - die Patienten waren also völlig unnötigerweise isoliert worden und die Gesundheitsämter hatten unnötigerweise die Kontaktpersonen in Quarantäne geschickt.

Münchner Merkur

Interessant ist insbesondere auch die Erklärung des betroffenen Labors dazu, welche im selben Merkur-Artikel erwähnt wird:

- » In der letzten Woche waren wir vor dem Hintergrund massiv angestiegener Testzahlen zusätzlich gezwungen, den Lieferausfall eines Herstellers zu kompensieren. Aufgrund des hohen Probenaufkommens und des fehlenden Zubehörs war eine Kontrolle positiver Ergebnisse nicht in allen Fällen zeitnah möglich.

MVZ-Labor

Da davon auszugehen ist, dass andere Labore aufgrund der massiv angestiegenen Testzahlen mit ähnlichen Problemen zu kämpfen haben, könnte das kein Einzelfall sein. Und wenn es kein Einzelfall wäre und in anderen Laboren auch nur ein Bruchteil der in dem Augsburger Labor beobachteten hohen Quote an falsch-positiven Testergebnissen zu beobachten wäre, würde die Anzahl der gemeldeten Personen mit positiven PCR-Testergebnissen die Anzahl der tatsächlich mit SARS-CoV-2 infizierten Personen substantiell überschätzen. In einem Artikel zu dem Augsburger Fall in BR 24 heißt es hierzu:

- » Dem Bericht zufolge sind die falschen Ergebnisse aber kein Einzelfall. Auch andere Labore hätten Schwierigkeiten, wegen Personalmangels und fehlender Reagenzien in der gewohnten Qualität zu testen. Prominente Beispiele für falsch-positive Tests sind etwa mehrere Spieler der Würzburger Kickers sowie des Drittligisten Türkgücü München.

BR24

In der Tat ist eine Häufung von Berichten zu falsch-positiven Testergebnissen im Bereich des Fußballs zu verzeichnen, wo die Vereine ein sehr hohes Interesse daran haben, möglichst zuverlässig zu testen. Ein weiteres Beispiel ist ein Vorfall in Heidenheim, dazu heißt es in der Welt:

- » Nach der Verwirrung um mehrere Corona-Tests brachte auch eine weitere Testreihe an diesem Samstag ausschließlich negative Ergebnisse hervor, wie der FCH mitteilte. Bei Testungen durch ein anderes Labor waren noch am Donnerstag sechs Personen des Zweitligisten positiv getestet worden, anschließend ließ der Club neue Tests durch das Klinikum Heidenheim durchführen - die nun wie schon am Freitag alle negativ waren. Der FCH prüft nun sogar, ob er gegen das ursprüngliche Labor rechtliche Schritte einleitet.

Die Welt

Die Erklärung des fehlenden Anstiegs in der Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten, der stationär behandelten SARI-Fälle und der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung

Die Beobachtung, dass nur die Anzahl von Personen mit positivem SARS-CoV-2-PCR-Testergebnis steigt, während auf der Ebene der Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten, der Gesamtanzahl der stationär behandelten SARI-Fälle und der Gesamtanzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung keinerlei Anstieg in den letzten Wochen und im Vergleich zu den Vorjahren zu beobachten ist, könnte demnach folgendermaßen zu erklären sein:

Wenn tatsächlich in vielen Laboren schwerpunktmäßig nur Single-Target Tests ohne Bestätigungstest verwendet werden, könnte der Anstieg von Personen mit positiven SARS-CoV-2-PCR-Testergebnissen auf den Intensivstationen sowie bei den SARI-Fällen und in der Bevölkerung darauf zurückgehen, dass ein größerer Teil des Anstiegs auf die übliche saisonal bedingte Ausbreitung harmloserer Coronaviren zurückgeht, während die Ausbreitung des neuen Virus SARS-CoV-2 in Wirklichkeit relativ gering ist.

Da erstere Viren harmloser sind, wäre weder ein Anstieg der belegten Intensivbetten noch ein Anstieg der stationär behandelten SARI-Fälle zu erwarten. Weiterhin wäre auch keine höhere Anzahl von Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung im Vergleich zu den Vorjahren zu erwarten, weil die harmloseren Coronaviren auch in den Vorjahren zirkulierten.

Die Zahlen aus anderen Ländern

In den Medien gibt es Berichte, dass in anderen Ländern mancherorts die Intensivstationen bereits überbelegt sind, was auch Deutschland drohen könnte. Hier wäre allerdings zunächst zu überprüfen, inwiefern es sich hier um einen Effekt handelt, welcher im Vergleich zu den Vorjahren einen Ausnahmefall darstellt, oder ob es sich stattdessen um einen typischen saisonalen Effekt handelt. Nur im ersteren Fall ist davon auszugehen, dass es sich tatsächlich um einen Effekt des neuen Virus SARS-CoV-2. Eine solche Analyse liegt allerdings außerhalb des Rahmens dieses Artikels.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber noch der Hinweis, dass die Anzahl der Intensivbetten in Deutschland (29,2 Intensivbetten pro 100.000 Einwohnern) weitaus größer ist als in Ländern wie beispielsweise Frankreich (11,6 Intensivbetten pro 100.000 Einwohnern) oder den Niederlanden (6,4 Intensivbetten pro 100.000 Einwohnern), aus denen eine Überlastung der Intensivstationen berichtet wurde, was erklären könnte, warum dort die Intensivstationen – womöglich auch saisonal bedingt – schneller überfüllt sind.

Weiterhin ist es so, dass Probleme mit dem Auftreten von falsch-positiven Testergebnissen aus vielen Ländern berichtet werden, wie beispielsweise folgende Synopse aus den Medienberichten zu falsch-positiven Testergebnissen der letzten Monate zeigt, was ein Hinweis darauf sein könnte, dass auch in vielen anderen Ländern oft nur Single-Target Tests ohne Bestätigungstest verwendet werden. Wie erwähnt, wird das von der WHO auch explizit empfohlen für Gebiete mit weiter SARS-CoV-2 Verbreitung.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Schlussfolgerungen

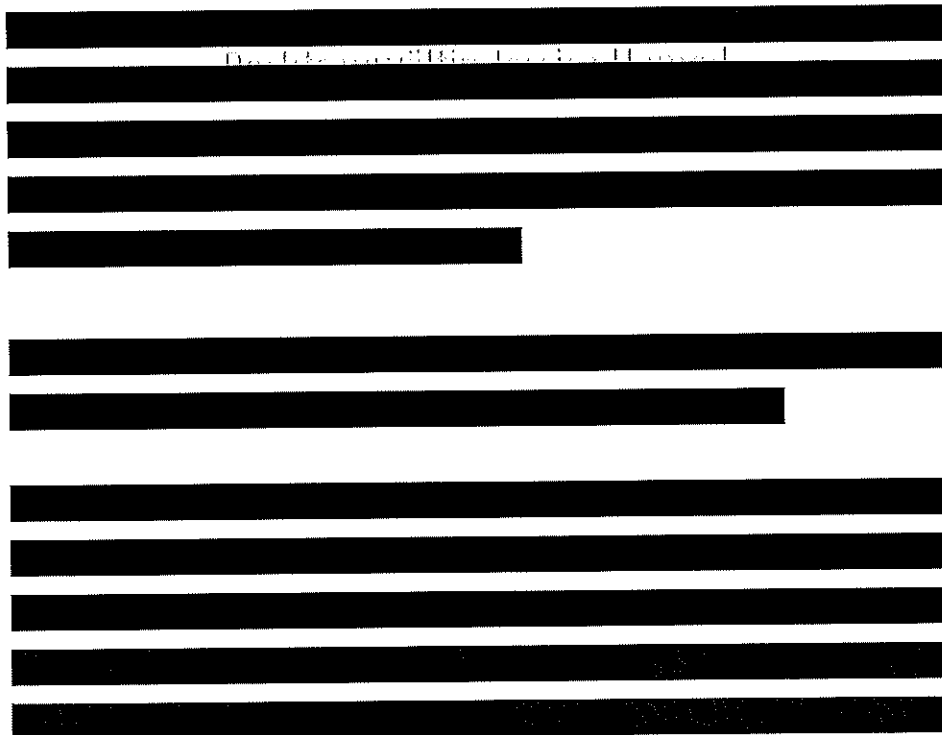
Die beschriebenen Befunde legen nahe, dass in Wirklichkeit keine nationale Gesundheitsnotlage droht. Weder ist die Gesamtanzahl der belegten Intensivbetten in den letzten Wochen gestiegen, noch die Gesamtanzahl der stationär behandelten SARI-Fälle, noch die Anzahl der Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung. Das einzige, was gestiegen ist, ist die Anzahl der Personen mit positiven SARS-CoV-2 Testergebnissen, was angesichts der sich häufenden Meldungen von falsch-positiven Testergebnissen daran liegen könnte, dass viele Labore Single-Target-Tests ohne Bestätigungstest einsetzen, so dass die erhaltenen positiven Testergebnisse womöglich zum Teil eher den üblichen saisonal bedingten Anstieg harmloserer Coronaviren widerspiegeln, als einen dramatischen Anstieg in SARS-CoV-2-Infektionen.

Da die zentrale Begründung für den drohenden "Lockdown 2.0" ein Anstieg der SARS-CoV-2-Fallzahlen und eine drohende Überlastung des Gesundheitssystems ist, wäre die politische Entscheidung zur Verordnung des Lockdowns fundamental zu hinterfragen.

Abschließend soll noch angemerkt werden, dass mit diesem Artikel die vom Virus SARS-CoV-2 ausgehende Gefahr für davon betroffene Risikogruppen nicht in Frage gestellt werden soll. Diesbezüglich ist es wichtig, zwei Arten von Gefahrenmaßstäben auseinanderzuhalten, die in den öffentlichen wie politischen Diskussionen oft vermischt werden: (1) Die von einem Virus ausgehende Gefahr für eine infizierte Person und (2) die von einem Virus ausgehende Gefahr für die Bevölkerung. Erstere Gefahr ist durch die Wahrscheinlichkeit eines schweren Krankheitsverlaufs im Falle einer Infektion definiert, letztere Gefahr vor allem dadurch, wie stark sich ein Virus in der Bevölkerung verbreitet. So kann ein Virus für eine infizierte Person sehr gefährlich sein, trotzdem ist die Gefahr für die Gesamtbevölkerung gering, wenn das Virus kaum verbreitet ist.

In diesem Artikel geht es ausschließlich darum, zu einer validen Einschätzung der aktuellen Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 zu kommen. Und aus dieser Perspektive heraus erscheint - angesichts der beschriebenen Befundlage - die Gefahr für die Bevölkerung geringer zu sein, als es in den aktuellen politischen Debatten und Regierungserklärungen angenommen wird.

<https://www.heise.de/tp/features/Corona-Lockdown-Droht-tatsaechlich-eine-akute-nationale-Gesundheitsnotlage-4942433.html>



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Hieraus geht klar hervor, dass - erneut - erfreulicherweise kein Gesundheitsnotstand in Deutschland droht.

iv.

Gemäß § 4 IfSG kommt dem RKI eine besondere Stellung im Infektionsschutz vor. Das entbindet allerdings weder die Gerichte noch die Behörden davon, Kritik an den Darstellungen des RKI zu überprüfen (vgl. VG Berlin, Beschluss vom 10. September 2020 - 14 L 382/20). So ist es - und das hat das Voranstehende bewiesen - schlicht falsch, wenn das RKI die an ihn übermittelten positiven Fälle als COVID-19 Fälle bezeichnet.

Der Antragsgegner beruft sich auch auf die Gefahreinschätzung durch das RKI. Wie das RKI allerdings zu seinen Gefahreinschätzung kommt, ist indes nicht nachvollziehbar, weshalb diesbezüglich inzwischen eine Klage anhängig gemacht worden ist (<https://multipolar-magazin.de/artikel/multipolar-klagt-gegen-das-rki>).

b.

Erforderlichkeit

Der Antragsgegner zitiert auch zu diesem Prüfungspunkt aus einem Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 22 f.):

„Die Zwölfte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz dient der Umsetzung des Bund-Länder-Beschlusses vom 28. Oktober 2020 (vgl. die Regierungserklärung der Ministerpräsidentin vom 30. Oktober 2020, abrufbar unter: www.corona.rlp.de). Hiernach soll angesichts der sog. zweiten Welle der Corona-Pandemie mit einer flächendeckenden Strategie für einen begrenzten Zeitraum ein drastischer Verzicht auf direkte Begegnungen von Menschen erreicht werden, um die derzeit unkontrollierte Infektionsausbreitung abzuwenden und eine konkret drohende Überforderung des Gesundheitswesens mit unmittelbaren Gefahren für Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen zu verhindern. Die kritische Marke von 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner und Einwohnerinnen in sieben Tagen, bei der die Gesundheitsämter die Ansteckungen noch nachverfolgen könnten, sei (auch) in Rheinland-Pfalz an fast allen Orten überschritten und eine wirksame Unterbrechung von Infektionsketten daher nicht mehr möglich. Aus diesem Grund habe man Maßnahmen zur Einschränkung von persönlichen Kontakten, der Freizeitgestaltung sowie in den Bereichen Gastronomie, Hotels und Kultur beschlossen; der Betrieb von Schulen und Kitas soll hingegen unter Schutzmaßnahmen so lange wie möglich aufrechterhalten werden.

Mit diesen Erwägungen hat der Ordnungsgeber seinen bei der Neubewertung der infektionsschutzrechtlichen bzw. epidemiologischen Gefahrenlage zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten. Nach einer vorübergehenden Stabilisierung der Fallzahlen auf einem erhöhten Niveau ist aktuell ein exponentieller Anstieg der Fallzahlen mit sich verkürzenden Verdopplungszeiten sowohl mit Blick auf die Infizierten als auch die Zahl der Intensivpatienten und der Menschen, die künstlich be-

atmet werden müssen, zu beobachten (vgl. RKI, Risikobewertung zu COVID-19, Stand: 26. Oktober 2020, abrufbar unter www.rki.de). Es kommt bundesweit zu teilweise massiven Ausbruchsgeschehen.“

i.

Wie das Obergerverwaltungsgericht zu der Annahme kommt, dass ab der „kritischen Marke“ von 50 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohner*innen, die Gesundheitsämter keine Nachverfolgung mehr sicherstellen könnten, ist nicht ersichtlich.

ii.

Im Übrigen hat sich auch *Dr. Dieter Hoffmann*, der Leiter des Gesundheitsamts in Mainz-Bingen, am 05.11.2020 kritisch zu derzeitigen Strategie der Eindämmung geäußert; für ihn sei der Wechsel zur nächsten Phase, der „Protection“, überfällig und er teilte auch mit, dass bei „einem Drittel“ der Infektionen nicht mehr festgestellt werden könne, wo sich die Leute angesteckt haben – mithin ist es also zumindest in Mainz-Bingen – **nicht so, dass bei 75% der als Infizierten betrachteten, der Ansteckungsort nicht mehr nachvollzogen werden kann:**

[Bild herausgenommen]

Auch online: https://www.allgemeine-zeitung.de/lokales/mainz/nachrichten-mainz/mainzer-gesundheitsamtschef-zweifelt-an-corona-strategie_22544614

iii.

Der Antragsgegner verkennt zudem, dass der gewünschte „drastische Verzicht auf direkte Begegnungen“ nur sehr bedingt auf diese Weise erreicht werden kann.

Die Realität sieht anders aus, wie z.B. ein Bericht vom 10.11.2020 zeigt. Dort heißt es u.a. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Dichtes Gedränge auf der Friedrichstraße, volle Bahnhöfe und eine meterlange Schlange vor Ikea: Von einem Lockdown ist an diesem sonnigen Wochenende in der Hauptstadt nur wenig zu spüren. Lediglich die gestapelten Tische und Stühle vor Cafés und Restaurants geben einen Hinweis darauf, dass die Bundesregierung erst am vergangenen Montag erneut die Notbremse in der Corona-Pandemie gezogen hat. Wie schon im

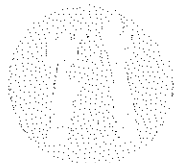
Frühjahr sollen die Maßnahmen die hohen Infektionszahlen senken, damit das Gesundheitssystem nicht überlastet wird. Der Unterschied: Diesmal darf der Einzelhandel geöffnet bleiben. Statt gespenstischer Leere wie im März herrscht jetzt in den Einkaufsstraßen und Malls Trubel wie eh und je. Die Berliner shoppen sich durch den Corona-Lockdown.

[...]



Doch nicht nur in der Hauptstadt fröhnen die Menschen ihrer Konsum-Lust. Auch in anderen Städten drängen sich an diesem Wochenende Einwohner durch Einkaufsmeilen - meist mit Maske, selten mit nötigem Abstand: Auf dem Dortmunder Westenhellweg ist es "fast wie immer", sagt eine Mitarbeiterin einer Bäckerei der "Westdeutschen Allgemeinen Zeitung".

[...]



Von weniger Bewegung kann in den Innenstädten nicht die Rede sein. Anders als im Frühjahr bleiben die Menschen heute nicht mehr überwiegend zu Hause. Da hauptsächlich der Freizeit- und Kulturbereich dichtmachen musste, drängen sich Unternehmungslustige somit an den weniger gewordenen Stellen, die noch offen haben. Nach mehr als acht Monaten Pandemie schwindet offenbar die Angst vor dem Virus. Nach Angaben des aktuellen Corona Consumer Check des IFH Köln besuchen die Deutschen trotz ansteigender Infektionszahlen wieder häufiger stationäre Geschäfte. Während im Juli zwei Drittel angaben, Läden zu meiden, gehen mittlerweile nicht mal mehr sieben Prozent seltener shoppen als vor Corona.“

<https://www.n-tv.de/panorama/Statt-in-die-Kneipe-gehen-jetzt-alle-shoppen-article22156375.html>

Auch der Umstand, dass immer mehr Klagen und Anträge bei den Gerichten gegen die Lockdownmaßnahmen eingehen, spricht eine deutliche Sprache.

<https://www.abendblatt.de/wirtschaft/article230872552/Klage-welle-gegen-die-Corona-Massnahmen-ueberrollt-die-Gerichte.html>.

Das kann durchaus als Ausdruck dessen verstanden werden, dass die Bürger*innen ihre immer weiter anhaltende Bevormündung leid sind.

Auch der hiesige Ordnungsgeber hat es in den vergangenen Monaten versäumt, die Bürger*innen zu Kooperationspartner*innen auf Augenhöhe zu machen. Damit steht er nicht alleine, dieses „Konzept“ verfolgen letztlich alle Regierenden in Deutschland. So war in Berchtesgaden etwa vom dortigen Landrat im Hinblick auf dem von ihm veranlassten Lockdown zu hören, dass dort die „Daumenschrauben“ nochmal angezogen werden müssten.

https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_88777828/corona-explosion-im-berchtesgadener-land-wie-konnte-es-so-weit-kommen-.html

Und die Bundeskanzlerin Merkel sprach bereits im Sommer davon, dass bei steigenden Zahlen die „Zügel angezogen“ werden müssten.

<https://www.tagesschau.de/inland/coronavirus-deutschland-221.html>

Ist das der gesellschaftliche Umgang, der eines offen, freiheitlich-demokratischen Staats würdig ist?

Im Hinblick auf die vom Antragsteller angeführte Studie (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 5) ist anzumerken, dass anzunehmen ist, dass im Untersuchungszeitraum (01.03.2020 bis 02.05.2020) in den amerikanischen Städten wohl noch keine Hygienekonzepte umgesetzt worden sind. Die Ausführungen in der Studie legen vielmehr nahe, dass sich die Untersuchung auf die Situation der „full capacity“ bezieht.

<https://www.nature.com/articles/s41586-020-2923-3>.

Vor diesem Hintergrund kann sie nicht als Beleg dafür angeführt werden, dass es sich bei den Antragstellerinnen um „maßgebliche Treiber des Infektionsgeschehens“ handle (Stellungnahme 11.11.2020, dort S. 5). Dagegen spricht schon, dass es bei keiner der Antragstellerinnen zu einer erwiesenen Infektion gekommen ist. Unter Berücksichtigung dessen, dass zumindest im Raum Mainz-Bingen der Ursprung der Ansteckung in 2/3 der Fälle nachverfolgbar gewesen ist (vgl. oben), ist davon auszugehen, dass diesem Umstand auch eine entsprechende Aussagekraft zukommt. Es können außerdem ersichtlich nicht die Zustände in amerikanischen Großstädten zwischen März und Anfang Mai 2020 mit denen in Rheinland-Pfalz zwischen Mitte Mai 2020 und Ende Oktober 2020 verglichen werden. So herrschten in der Anfangszeit der Pandemie vollkommen andere Voraussetzungen. Dass aus der Studie auch hervorgeht, dass Metros/Metrostationen Räume von „Superspreadern“ seien, hat der Antragsgegner unerwähnt gelassen. Konsequenterweise müsste er dann auch den ÖPNV schließen oder dort zumindest für erhebliche Entlastung sorgen.

v.

Mit keinem Wort ging der Antragsgegner auf die hier umfassend dargelegten Hygienekonzepte ein; es wird einfach – ohne die Lüftungskonzepte der Antragstellerinnen zu würdigen – behauptet, dass beim Training mit einem ganz erheblichen Ausstoß von potentiell infektiösen Aerosolen zu rechnen sei (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 24). Dass dieser erhöhte Ausstoß durch die Lüftungsanlagen bzw. die jeweiligen Lüftungspläne der Antragstellerinnen kompensiert wird, fand

beim Antragsgegner, der sich mal wieder anwaltlich vertreten lässt, obgleich er eine nicht unerhebliche Anzahl an Volljurist*innen beschäftigt, keine Erwähnung.

c.

Angemessenheit

i.

Wie der Antragsgegner dazu kommt – im Übrigen völlig pauschal, ohne Differenzierung nach den Antragstellerinnen – sich zu erdreisten, sinngemäß zu behaupten, dass keine Umsatzeinbußen glaubhaft gemacht worden seien (Stellungnahme vom 11.11.2020, dort S. 26), ist nicht nachvollziehbar. Es wurden diesseits dezidiert die entgangenen Einnahmen und Ausgaben – sogar aufgeschlüsselt – dargelegt.

ii.

Im Übrigen ist völlig unklar, wie und in welcher Form eine staatliche Unterstützung erfolgt. Bislang existieren lediglich **bloße Ankündigungen**. Jedenfalls wurde diesseits glaubhaft gemacht, dass selbst mit einer Unterstützung bis zu 75 % des Vorjahresumsatzes, Umsatzeinbußen entstehen. Wobei es hierauf im Übrigen auch gar nicht ankommt. Die Antragstellerinnen müssen sich nicht auf staatliche Wirtschaftshilfen verweisen lassen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Die Antragstellerinnen sehen sich in ihrer Ansicht auch durch die Entscheidung des VG Hamburg vom 10.11.2020 (13 E 4550/20) bestätigt. Das Gericht hat dort u.a. ausgeführt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„2. Die Antragstellerin hat auch die einen Anordnungsgrund begründenden Tatsachen hinreichend glaubhaft gemacht. Dies ergibt sich schon aus den glaubhaftgemachten Angaben über das Verhältnis ihrer Einnahmen und Ausgaben. Zu berücksichtigen ist auch, dass die genaue – durch die Exekutive bislang lediglich in Aussicht gestellte (vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, Gemeinsame

Pressemitteilung "Neue Corona-Hilfe: Stark durch die Krise",
abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201029-neue-corona-hilfe-stark-durch-die-krise.html>, zuletzt abgerufen am 6.11.2020) –
Entschädigung noch nicht gesetzlich festgeschrieben worden ist
(vgl. Papier, a.a.O., 183, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber
verpflichtet sein dürfte, selbst Art und Ausmaß der
Entschädigungen für angeordnete Betriebsschließungen zu
bestimmen).“



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

4.

Anordnungsgrund

a.

Seitens des Antragsgegners werden die Anforderungen an die
Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes evident überspannt.

Wie die so eben unter Bezug genommene Entscheidung aus Hamburg
zeigt, genügt für die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes
bereits die Darlegung der Einnahmen und Ausgaben. Zumal vorliegend
völlig unklar ist, in welcher Art und Weise es für die Antragstellerinnen
eine staatliche Unterstützung geben wird.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

b.

[REDACTED]

[REDACTED]

5.

Streitwert

Der Streitwert ist nach hiesiger Ansicht zu hoch angesetzt. Angemessen ist nach hier vertretener Meinung ein Streitwert in Höhe von 5.000,00 Euro/Antragstellerin.

So hat jüngst das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen den Streitwert einer Antragstellerin, die elf Fitnessstudios betreibt und sich mittels eines Eilantrags gemäß § 47 Abs. 6 VwGO gegen die Betriebsuntersagung gewandt hatte, den Streitwert auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Beschluss vom 06. November 2020 - 13 B 1657/20.NE -, juris.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Es handelt sich hier um die Beanstandung einer Infektionsschutzmaßnahme. Infektionsschutzmaßnahmen unterfallen jedoch nicht - auch wenn hier Unternehmen betroffen sind - dem Wirtschaftsverwaltungsrecht, sodass nicht die dort geltenden Maßstäbe angelegt werden dürfen.

6.

Schlussbemerkung

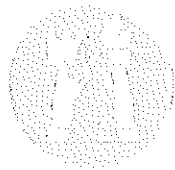
Bedarf es inzwischen Mut, um dem Recht zur Geltung zu verhelfen?

Jessica Hamed
Rechtsanwältin

[das Originaldokument umfasst 57 Seiten]



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE



Rechtsanwältin Jessica Hamed