



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

Oberverwaltungsgericht
für das Land Nordrhein-Westfalen
Postfach 63 09
48033 Münster

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
20.11.2020	0931/2020-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

In dem Verwaltungsrechtsstreit
Simon Hoyden ./ Land Nordrhein-Westfalen
13 B 1780/20.NE
13 D 525/20.NE

nehmen wir wie folgt zum Schriftsatz des Gerichts vom 19.11.2020
Stellung:

In dem Schriftsatz wies der Senat auf seinen Beschluss vom 13.11.2020,
Az.: 13 B 1686/20, hin und fragte, ob der Antrag vor diesem
Hintergrund zurückgenommen wird.

Die Rücknahme des Antrags kommt bereits aufgrund der **evident**
fehlenden Vergleichbarkeit zwischen dem dort entschieden und dem
hiesigen Sachverhalt nicht in Betracht.

1.

Tieferer Grundrechtsreingriff

In jenem Verfahren war der Antragsteller ein **Spieler einer D1-**
Jugendmannschaft und konnte sich mithin lediglich auf die **allgemeine**
Handlungsfreiheit und den **allgemeinen**
Gleichbehandlungsgrundsatz berufen:

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

Nadja 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

„Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend: Aufgrund des Verbots könne er nicht mehr gemeinsam mit seinen Freunden an der frischen Luft Fußball spielen. Ein Ausweichen auf andere Sportarten sei ihm nicht möglich. Das Verbot konterkariere die Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation zur sportlichen Betätigung von Kindern. Kindern werde nicht nur die Möglichkeit zur sportlichen Betätigung, sondern auch - mit den entsprechenden psychischen Folgen - ihr gewohntes soziales Umfeld genommen. Das Verbot sei überdies nicht notwendig, weil das Infektionsrisiko beim Fußballspiel im Freien sehr gering sei. Soweit demgegenüber der Schulsport auch in geschlossenen Räumen und andere Veranstaltungen wie z. B. Vereinsversammlungen und Treibjagden weiterhin erlaubt seien, stelle dies einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Als milderes Mittel hätte der Ordnungsgeber einen kontaktfreien Trainingsbetrieb anordnen können.“

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Beschluss vom 13. November 2020 – 13 B 1686/20.NE –, juris.

Dem Antragsteller im hiesigen Verfahren hingegen wird **nicht** sein **Freizeitvergnügen** genommen, sondern die beanstandete Regelung wirkt für ihn im Hinblick auf sein Hauptgeschäft (**Outdoor-Gruppentraining**) als **Berufsausübungsverbot**. Damit wird massiv in die **Berufsausübungsfreiheit** gemäß Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Außerdem ist in der Untersagung auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit in das **Eigentumsrecht** gemäß Art. 14 GG zu erblicken. Daneben sind die **allgemeine Handlungsfreiheit** und der **Gleichbehandlungsgrundsatz** betroffen.

Es mutet befremdlich an, dass der Senat offenbar meint, den Antragsteller, der mit seinem Unternehmen, seinen Lebensunterhalt bestreitet mit einem D1-Jugendspieler, der mit seinen Freunden gerne

Fußball spielen möchte – was natürlich für sich gesehen ein legitimes, grundrechtlich geschütztes Anliegen ist –, **vergleichen zu können**

Mithin sind die Grundrechtseingriffe im vorliegenden Fall qualitativ und quantitativ von gänzlich anderer Qualität.

Vor dem Hintergrund, dass widerstreitende **Grundrechte gegeneinander abgewogen** werden müssen, liegt es auf der Hand, dass sich in dem Fall, in dem eine deutlich geringere Eingriffsintensität zu konstatieren ist, **andere Abwägungsfragen** stellen, als in dem hiesigen Fall, in dem **tiefer in die Grundrechte** und auch in **mehr Grundrechte** eingegriffen wird.

Es wird an der Stelle auch darauf hingewiesen, dass nach wie vor **nicht** geklärt ist, ob und welche wirtschaftliche Unterstützung der Antragsteller erwarten darf.

2.

Parlamentsvorbehalt

Die Auffassung des Senats zu diesem Gesichtspunkt ist diesseits bekannt. In dem unter Bezug genommenen Beschluss führt der Senat u.a. aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Allerdings ist in der Rechtsprechung auch anerkannt, dass es im Rahmen **unvorhergesehener Entwicklungen** aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls geboten sein kann, nicht hinnehmbare gravierende Regelungslücken für einen **Übergangszeitraum insbesondere auf der Grundlage von Generalklauseln zu schließen**, um so auf schwerwiegende Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig reagieren zu können.

Siehe dazu nochmals OVG NRW, Beschluss vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE -, juris, Rn. 59 ff., m. w. N.

Dass ein solcher **Übergangszeitraum** - die grundsätzliche Notwendigkeit einer näheren (anvisierten) Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber unterstellt - **bereits abgelaufen ist**, kann im Verfahren der einstweiligen Anordnung nicht als offensichtlich angenommen werden, sondern bedarf eingehender Prüfung in einem Hauptsacheverfahren.“

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Beschluss vom 13. November 2020 - 13 B 1686/20.NE -, juris.

Bei allem menschlichen Verständnis für die schwierige Situation der Gerichte, die sich aufgrund der Untätigkeit der Legislative offensichtlich gezwungen sehen, gesamtgesellschaftliche Erwägungen anzustellen, muss hier nun doch klar gesagt werden:

Das ist nicht mehr hinnehmbar.

Ihre Aufgabe ist es, Regelungen gemessen an Recht und Gesetz zu überprüfen. Nicht mehr und nicht weniger.

Dafür, dass Sie im Hinblick auf die - sicherlich zuzugestehende Übergangszeit - am 13. November 2020 auf eine Entscheidung vom 6. April 2020 verweisen - mithin einer Entscheidung die vor sieben Monaten und damit zu Beginn der Pandemie getroffen wurde - kann diesseits kein Verständnis mehr aufgebracht werden.

Bei der zweiten Welle handelt es sich **mitnichten um eine unvorhergesehene Entwicklung**. Bereits im Juni 2020 warnten führende Politiker*innen vor der zweiten Welle:

<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-06/corona-warnung-angela-merkel-markus-soeder-leichtsinn-zweite-welle>

Diese Warnungen rissen auch nicht ab. Mitte August 2020 fürchte die Bundeskanzlerin z.B. ein Corona-Desaster:

<https://www.n-tv.de/politik/Merkel-fuerchtet-das-Corona-Desaster-article21978643.html>

Oder Ende September 2020 warnte auch Karl Lauterbach eindringlich:

<https://www.merkur.de/politik/coronavirus-lauterbach-verbredung-infektion-zahlen-gefahr-lockdown-pandemie-strategiewechsel-superspreeder-zr-90016233.html>

Unvorhergesehen waren die Entwicklungen im Frühjahr 2020, aber sie sind es jetzt nicht mehr.

Ferner stellt sich die aufgeworfene Rechtsfrage seit Ende März 2020, innerhalb von sieben Monate kann und muss diese – im Übrigen **unterdurchschnittlich komplexe** – Rechtsfrage beantwortet werden.

Hier wird nochmals an die Ausführungen von dem Staatsrechtslehrer Volkmann erinnert (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Für eine Übergangszeit, in der man über die tatsächliche Gefährlichkeit des Virus ebenso wenig wusste wie über die Wege seiner Ausbreitung und die angemessenen Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens, mochte man deshalb noch beide Augen zudrücken und den Handelnden auch in der Wahl ihrer Formen und Mittel erst einmal freie Hand lassen. **Aber diese Phase ist lange vorbei, der vermeintliche Übergangs- mittlerweile zu einem Dauerzustand geworden, dessen Ende nicht absehbar ist. Auch für die Gerichte wäre es**

deshalb an der Zeit, den zu Beginn der Krise in Bezug auf einzelne Maßnahmen wie Versammlungsverbote oder Betriebsschließungen gelegentlich angebrachten, dann aber offenbar wieder in Vergessenheit geratenen Vorbehalt einer zeitlichen Begrenzung des Rückgriffs auf die Generalklausel nun auch zu aktivieren und ihre Kontrollaufgabe auch in diesem Punkt ernst zu nehmen.

Dass die Entscheidungen derzeit allesamt noch im Eilverfahren ergehen und unter dessen spezifischen Bedingungen getroffen werden, ist kein Gegenargument: Die zu klärenden Probleme sind juristisch nicht wirklich kompliziert, die Argumente sind alle längst bekannt, bei ihrer Gewichtung wird man in einem Jahr nicht klüger als nach einigen Tagen sorgsamem Überlegens. Und auch der bekannte Topos der „summarischen Prüfung“ dispensiert nicht von der Beantwortung der anstehenden Rechtsfragen.“

Volkmann, NJW 2020, 3153 ff. beck-online.

Auf die hier aufgeworfenen Fragen erwarten wir – und mutmaßlich auch andere Bürger*innen – in Ihrer Entscheidung zum Eilantrag eine Antwort.

3.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Zu den bisherigen Ausführungen wird unter Bezugnahme auf den seitens des Senats angeführten Beschluss folgende Ergänzungen vorgenommen:

a. Seitens des Senats wird u.a. ausgeführt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Unabhängig hiervon ist zudem zu berücksichtigen, dass bereits die Öffnung des Freizeit- und Amateursportbetriebs zwangsläufig zu weiteren Sozialkontakten führt, indem Menschen sich, um zu den entsprechenden Trainingsorten zu gelangen, in der Öffentlichkeit bewegen und dort etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln aufeinandertreffen. Nicht zuletzt auch dieser Effekt soll nach dem Willen des Verordnungsgebers mit den insgesamt ergriffenen Maßnahmen zur Kontaktbeschränkung aus den oben beschriebenen Gründen deutlich reduziert werden.“

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Beschluss vom 13. November 2020 – 13 B 1686/20.NE –, juris.

Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, dass der Verordnungsgeber sein **Schutzkonzept** auch in dieser Hinsicht **durchbrochen** hat.

Schließlich ist die Abholung von Speisen, bzw. das Anbieten von mitnahmefähigen Speisen und Getränken den Gastronomiebetrieben weiterhin möglich, sie unterliegen insoweit – erfreulicherweise – keinem vollständigen Berufsaustübungsverbot.

Um die Speisen und Getränke abzuholen – im Übrigen führt das nach Wahrnehmung der Unterzeichnerin auch dazu, dass sich Menschen z.B. Getränke to go holen und abseits der „50-Meter-Zone“ diese konsumieren – müssen die Menschen zu den Betrieben gelangen. Zur Abholung gelangen die Menschen auf denselben Wegen, wie zum Training.

Damit gestattet der Antragsgegner der Gastronomie quasi Aktivitäten, die draußen stattfinden, wohingegen im Sportbereich Betätigungen nicht nur innen, sondern **auch draußen** grundsätzlich verboten sind.

Nachdem auch Shoppingtouren durch alle Einzelhandelsläden (Innenbereich) möglich sind, verkommt dieses Argument offensichtlich zu einer Farce und kann kaum ernsthaft angeführt werden.

Menschen begegnen sich außerdem nicht zwingend weniger, nur weil sie nicht zum Sport dürfen, wenn sie weiterhin in allen Läden einkaufen und zum Friseur dürfen, sowie Getränke und Essen to go holen können. Von den Begegnungen in den geöffneten Betriebskantinen einmal ganz abgesehen.

Im Übrigen ist wohl davon auszugehen, dass der ÖPNV kein Treiber der Pandemie ist.

<https://www.eurotransport.de/artikel/corona-umfrage-des-dv-kaum-ansteckungen-im-oepnv-11172624.html>

b. Schwer nachvollziehbar sind auch die folgenden, bemüht wirkenden Ausführungen des Senats (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„In Anwendung dieses Maßstabs drängt sich ein Gleichheitsverstoß des Ordnungsgebers nicht auf. Dieser durfte im Rahmen des von ihm verfolgten Regelungskonzepts voraussichtlich das **gesellschaftliche Bedürfnis** nach bestimmten, weiter zulässigen Einrichtungen und Aktivitäten ebenso wie die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der in Betracht kommenden Maßnahmen in seine Entscheidung einfließen lassen, **weite Teile des öffentlichen Lebens**, in denen ebenfalls Menschen (zum Teil auch in geschlossenen Räumlichkeiten) zusammentreffen, nicht zu schließen.“

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Beschluss vom 13. November 2020 – 13 B 1686/20.NE –, juris.

Wie der Senat bzw. der Antragsgegner das „gesellschaftliche Bedürfnis“ bestimmt haben möchte, ist diesseits nicht nachvollziehbar.

Es gibt also ein gesellschaftliches Bedürfnis nach dem Gang zum Friseur, dem ungehemmten Shoppingvergütigen von Konsumgüter jeglicher Art und zwischendurch einem Glühwein für den Weg? Aber keines, nach sportlicher Betätigung? Der Darlegung dieses interessanten gesellschaftlichen Befunds wird im Rahmen des Hauptsacheverfahrens entgegengesehen.

4.

Neuinfektionen

Vor dem Hintergrund, dass der Senat in seiner hier unter Bezug genommenen Entscheidung insbesondere auch auf den angeblich „rasanten Anstieg [...] der Zahl von Neuinfektionen“ abstellt, wird nochmals auf die Ausführungen in der Antragschrift vom 11.11.2020, dort S. 62 ff., hingewiesen.

Die seitens des Robert Koch-Instituts vermittelten Fallzahlen können **nicht** mit „Neuinfektionen“ gleichgesetzt werden.

Gemäß § 2 Nr. 2 IfSG versteht man unter einer Infektion die Aufnahme eines Krankheitserregers und seine nachfolgende Entwicklung oder Vermehrung im menschlichen Organismus.

Folglich muss ein Krankheitserreger aufgenommen werden. Ein Krankheitserreger ist gemäß § 2 Nr. 1 IfSG ein **vermehrungsfähiges** Agens (Virus, Bakterium, Pilz, Parasit) oder ein sonstiges biologisches transmissibles Agens, das bei Menschen eine Infektion oder übertragbare Krankheit verursachen kann.

Ob ein Virus aber vermehrungsfähig ist, kann indes nicht ohne Weiteres mittels eines PCR-Tests festgestellt werden.

Die Zuverlässigkeit des Tests hängt, wie bereits in der Antragschrift erläutert, von der **Anzahl der verwendeten Zyklen** ab, die eine Aussage über die **Viruslast** – und damit deren Vermehrungsfähigkeit – treffen

kann. Je höher die Anzahl der Zyklen ist desto unzuverlässiger ist die Aussagekraft des Tests.

Soweit ersichtlich ist allerdings nach wie vor **kein Grenzwert für die Anzahl der Amplifikationszyklen** festgelegt.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html;jsessionid=34A5C9A2337B0847DEC8418BF1E6074C.internet102#doc13490982bodyText4

Mangels festgelegter, einzuhaltender Grenzwerte und der fehlenden Mitteilung von Ct-Werten kann der Senat letztlich **nicht** feststellen, wie viele der gemeldeten positiven Fälle **tatsächlich** als Infektionen zu bewerten sind.

Der hier aufgeworfenen Frage wird der Senat aber nachgehen müssen, – zumindest falls er annimmt, dass eine ausreichende Rechtsgrundlage vorliegt – da die Anzahl der Neuinfektionen den Ausgangspunkt für jegliche Anti-Corona-Maßnahmen darstellen.

An der Stelle wird nochmals die Analyse von Professor Matthias Schrappe in Erinnerung gerufen: Er stellte fest, dass sich mit den Testergebnissen **kein aussagekräftiger Grenzwert darstellen lassen und es daher nicht möglich ist, politische Entscheidungen hiermit zu begründen.**

https://www.bundestag.de/resource/blob/801784/787fe252606b0cff7d8c75b007269bfc/19_14_0233-6-ESV-Matthias-Schrappe_Cov19-Teststrategie-data.pdf

Auch auf die Bedeutung der Ct-Werte ging er am 19.11.2020 in einem Interview (**Anlage**) näher ein und erläuterte u.a.:

„Es würde helfen, wenn die Labore nicht nur den Befund negativ oder positiv ausgäben, sondern auch die Infektiosität. Den

kennen sie, er ergibt sich mit der Zyklanzahl, also der Dauer der PCR-Tests. Je öfter die Nachweisreaktion wiederholt werden muss, desto weniger Virus ist vorhanden. Ein Kind, das zum Nachweis des Virus 38 Zyklen braucht, ist mit Sicherheit nicht infektiös. Da muss nicht die ganze Schulklasse in Quarantäne.“

<https://www.welt.de/politik/deutschland/plus220506980/Kritik-an-Corona-Politik-Die-Pandemie-kein-Geschehen-das-man-mit-Beschaenkungen-ausbremsen-koennte.html>

5.

Schlussbemerkung

Ihre Aufgabe besteht nicht darin, die – im Übrigen **fehlgelitete**, vgl. hierzu die intelligenten Ausführungen von Professor Schrappe im als Anlage beigefügten Interview – politischen Entscheidungen zur stützen.

Insbesondere da bereits jetzt absehbar ist, dass es **in den nächsten Monaten weiterhin massive Grundrechtseingriffe** geben wird:

„Zu Weihnachten wolle Merkel laut "Bild"-Zeitung den Menschen "wieder ein gewisses Maß an Freiheit geben". Der Jahreswechsel hingegen werde Bund und Länder vor "sehr, sehr schwierige Entscheidungen" stellen. Das Gleiche gelte auch für den Winterurlaub in Skigebieten. Zu Silvester dürfe nicht alles wieder eingerissen werden, indem etwa die Ski-Saison in Österreich ganz normal stattfinde, soll Merkel in der Sitzung erklärt haben.

Ein schnelles Ende des Teil-Lockdowns wird also unwahrscheinlicher. Auch Bayerns Ministerpräsident Markus Söder machte erneut deutlich, dass Lockerungen der Corona-Beschränkungen aus seiner Sicht noch unrealistisch seien. Man

dürfe eine beginnend erfolgreiche Therapie nicht zu früh abbrechen - es müsse austherapiert werden. Söder sagte, es sei zwar gelungen, die Corona-Welle zu brechen. "Der exponentielle Anstieg ist gebremst", sagte er. "Aber es geht nicht wirklich runter."

<https://www.n-tv.de/politik/Merkel-erwaegt-schon-Massnahmen-bis-Januar-article22181562.html>

sind die Bürger*innen, in diesem Fall der Antragsteller, darauf angewiesen, dass die Gerichte ihre Rolle als Kontrollinstanz wieder gerecht werden.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin