



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

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof  
Senat Ansbach  
Montgelaßplatz 1  
91522 Ansbach

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
29.11.2020	0338/2020-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

In den Normenkontrollverfahren  
Mögele, Thomas ./.  
Freistaat Bayern  
20 N 20.750  
20 N 20.844  
20 N 20.1014

wird zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 28.09.2020 (im Folgenden: Stellungnahme) wie folgt Stellung genommen:

**I.**

### Rechtsschutzbedürfnis

Es besteht ein Rechtsschutzbedürfnis. Zur gegebener Zeit werden die Anträge entsprechend angepasst.

Das notwendige Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist hierbei aufgrund des **Präjudizinteresses** - entgegen der Ansicht des Antragsgegners (Stellungnahme, S. 6) wurde diesseits zu wirtschaftliche Einbußen umfassend vorgetragen (z.B. Normenkontrollantrag vom 08.04.2020, S. 9; Normenkontrollantrag vom 20.04.2020, S. 11, Normenkontrollantrag vom 04.05.2020, S. 7 f.), der **evidenten Wiederholungsgefahr** sowie unter Berücksichtigung dessen, dass es sich vorliegend um **tiefgehende**

**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

**Grundrechtseingriffe – die massivsten in der Bundesrepublik Deutschland** – handelt, offensichtlich gegeben.

Die wortreichen Ausführungen des Antragsgegners, mit denen er versucht darzulegen, dass es **keine Wiederholungsgefahr** gäbe und dass die Grundrechtsverletzung auch **nicht so schwerwiegend** gewesen wären, sind weder überzeugend noch auch nur im Ansatz nachvollziehbar. Vielmehr kommen diese Ausführungen einer **Verhöhnung der Bürger\*innen** gleich – und dies nachdem der Antragsgegner noch nicht einmal in der Lage war, die behördliche Entscheidungsfindung mittels der Vorlage von Akten nachvollziehbar zu machen.

In der Erwiderung wurde als Begründung dafür, dass es sich nicht um einen „so schwerwiegenden Grundrechtseingriff“ handle – wobei als **Vergleichsmaßstab die Inhaftierung eines Menschen** gewählt wurde, was für sich alleine schon Bände spricht – das Folgende ausgeführt (Stellungnahme, S. 7):

Persönlichkeit. Die Betroffenen konnten namentlich in Ihrer Wohnung und der Gemeinschaft Ihres Hausstands verbleiben, Ihren Tagesablauf selbst bestimmen, sich nach eigenen Wünschen verpflegen, ihre Beschäftigung innerhalb der Wohnung frei wählen, über Post, Telefon oder Internet uneingeschränkt soziale Kontakte unterhalten, und sich jederzeit für Sport und Bewegung an die frische Luft begeben. Sie mussten kein fremdes Eindringen in Ihre Privatsphäre dulden, sondern waren lediglich in ihren körperlichen Entfaltungsmöglichkeiten eingeschränkt.

Dass der Antragsgegner sich nicht noch erdreistet hat, anzuführen, welche Art von Beschäftigungen, z.B. das Lesen von Büchern, das Spielen von Gesellschaftsspielen (ggf. nur mit sich selbst) usw. **innerhalb der Wohnung** möglich gewesen sind, hätte diesseits kaum für noch mehr Sprachlosigkeit führen können.

Die Ausführungen zeugen von einem völligen Unverständnis der Bedeutung von Grundrechten.

Um es dem Antragsgegner nochmals vor Augen zu führen: Folgende Grundrechte waren zum größten Teil **nahezu vollständig** suspendiert: das Recht auf **freie Entfaltung der Persönlichkeit**, das **Recht auf körperliche Unversehrtheit**; **Bewegungsfreiheit**; **Religionsfreiheit**; **Versammlungsfreiheit**; **Freizügigkeit** und die **Berufsfreiheit**.

Dass dem Antragsgegner nichts besseres einfällt, als die schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe in der bundesdeutschen Geschichte als **nicht „so“** schwerwiegend zu bezeichnen, ist erschütternd.

Im Übrigen entspricht diese Einschätzung auch nicht den öffentlichen Verlautbarungen der politischen Spitze im Freistaat Bayern. Daraus lässt sich nur schließen, dass es sich bei diesen Beteuerungen, denen sinngemäß zu entnehmen ist, dass man sich bewusst sei, dass es sich um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handle bzw. gehandelt habe, nur um **wertlose Lippenbekenntnisse** handelt. Warum sonst verteidigt der Freistaat Bayern auf diese Weise sein Vorgehen?

Die Behauptung, es gäbe **keine konkrete Wiederholungsgefahr** ist vor dem Hintergrund, dass der Ministerpräsident Dr. Söder bereits im Vorfeld des neuerlichen (Teil)-Lockdowns nicht müde wurde, mit einem neuen Lockdown zu drohen, einigermaßen überraschend (Stellungnahme, S. 7):

Ein erneuter Erlass vergleichbarer Verordnungen durch das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege ist derzeit unwahrscheinlich. Jedenfalls liegt eine konkrete Wiederholungsgefahr nicht vor. Eine konkrete Gefahr würde voraussetzen, dass die derzeitige Sachlage, bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Schutzgüter, hier zum Erlass entsprechender – aus Klägersicht rechtswidriger – Normen mit gleichem Inhalt führt. Eine bloß entfernte oder abstrakte Möglichkeit der Wiederholung reicht nicht aus. Die Tatsache, dass eine Möglichkeit (etwa einer „zweiten Welle“) gegebenenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, begründet allenfalls eine abstrakte Gefahr, keine konkrete.

Deutlich anders scheint dies der Ministerpräsident bereits am 19.10.2020 einzuschätzen:

„Können Kontakte nicht mehr verfolgt werden, braucht es am Ende Kontaktbeschränkungen, das ist dann die Vorstufe eines Lockdowns. Den will keiner. Aber ich sage Ihnen sehr offen wir nähern uns dieser Situation wieder mit großen Schritten in ganz Deutschland.“

<https://www.n-tv.de/mediathek/videos/politik/Soeder-Naehern-uns-Lockdown-mit-grossen-Schritten-article22110055.html>

Von der aktuellen Situation, dem erneuten „Teil“-Lockdown seit dem 02.11.2020 ganz zu schweigen.

Die erneuten Verschärfungen, die am 25.11.2020 von dem **nicht vom Grundgesetz vorgesehenen Gremium der Ministerpräsident\*innen und der Bundeskanzlerin**, beschlossen wurden, gehen dem hiesigen Ministerpräsidenten – mal wieder – nicht weit genug gehen, weshalb er einmal mehr tiefer in die Grundrechte der Bürger\*innen des Freistaats eingreift, als es die anderen Ministerpräsident\*innen tun:

„In den Innenstädten soll in den Geschäften für jede Person 20 Quadratmeter bereitgestellt werden. „Eine gewisse Entzerrung ist mir da sehr wichtig“, so Söder. Außerdem werde eine Maskenpflicht in allen bayerischen Innenstädten zur Verpflichtung.“

[https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-debatte-im-news-ticker-merkel-erlaeutert-jetzt-im-bundestag-ihr-vorgehen-in-der-corona-pandemie\\_id\\_12698540.html/](https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-debatte-im-news-ticker-merkel-erlaeutert-jetzt-im-bundestag-ihr-vorgehen-in-der-corona-pandemie_id_12698540.html/)

„Nur der Hotspot ist etwas schärfer geregelt. Vor allem bei den Schulen. Genauso neu ist der **Hotspot 300**, wo **Ausgangsbeschränkungen** und gänzliche Schulschließungen möglich sind.

[...]

Jetzt kommt Söder zu den Skigebieten. Die Lifte bleiben zu. „Außer die Zahlen sinken unter 50“, wovon aktuell niemand ausgeht. Mit Blick auf Österreich, das plant, seine Skigebiete zu Weihnachten zu öffnen, sagt Söder: „Wir setzen auf die internationale Initiative.“ Und Söder droht allen Skifahrern: „**Wer nach Österreich fährt, muss danach zehn Tage in Quarantäne. Das ist das neue Gesetz des Bundes. Das gilt auch für Tagesausflüge.**“

<https://www.merkur.de/bayern/coronavirus-soeder-merkel-gipfel-deutschland-lockdown-dezember-pressekonzferenz-live-bayern-zr-90112312.html>

Die Behauptung des Antragsgegners, dass vergleichbare Verordnungen, wie die diesseits beanstandeten, derzeit unwahrscheinlich seien (auch wenn der Schriftsatz vom 28.09.2020 ist), ist bedauerlicherweise völlig falsch und war zu keinem Zeitpunkt richtig. Dass ihm das nicht bewusst sein soll, fällt diesseits schwer zu glauben.

## II.

### **Rechtsgrundlage/Parlamentarvorbehalt**

§ 32 Satz 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG ist keine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der angegriffenen Vorschriften, weil insoweit nicht den Anforderungen des Parlamentarvorbehaltes und der Wesentlichkeitslehre Genüge getan wird. Der Antragsteller sieht sich dabei – soweit ersichtlich – im

Einklang mit sämtlichen Vertreter\*innen der Rechtslehre, die sich bisher zu dieser Frage geäußert haben (z.B. Trute, JM 2020, 291, 295; zuletzt Volkmann, NJW 2020, 3153; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281).

Auch sei nochmals darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sowie der hiesige Senat die Frage, ob § 28 Abs. 1, § 32 Satz 1 IfSG im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes in seiner Ausprägung als Parlamentsvorbehalts eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die durch die Landesregierungen verordneten Maßnahmen darstellen, zu einem sehr frühen Zeitpunkt zumindest als offen und im Hauptsacheverfahren für klärungsbedürftig halten.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg führte bereits in seinem Beschluss vom 9. April 2020 – 1 S 925/20 im Hinblick auf die Schließung von Fitnessstudios u.a. aus:

„1) Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Wann es aufgrund der Wesentlichkeit einer Entscheidung einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes ab. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Eine Pflicht zum Tätigwerden des Gesetzgebers besteht insbesondere in mehrdimensionalen, komplexen Grundrechtskonstellationen, in denen miteinander konkurrierende Freiheitsrechte aufeinander treffen und deren jeweilige Grenzen fließend und

nur schwer auszumachen sind. Eine solche Pflicht ist regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn die betroffenen Grundrechte nach dem Wortlaut der Verfassung ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind und eine Regelung, welche diesen Lebensbereich ordnen will, damit notwendigerweise ihre verfassungsimmanenten Schranken bestimmen und konkretisieren muss. Grundsätzlich können zwar auch Gesetze, die gemäß Art. 80 Abs. 1 GG zu Rechtsverordnungen ermächtigen, den Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts genügen, die wesentlichen Entscheidungen müssen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erfolgen. Die Wesentlichkeitsdoktrin beantwortet daher nicht nur die Frage, ob überhaupt ein bestimmter Gegenstand gesetzlich zu regeln ist. Sie ist vielmehr auch dafür maßgeblich, wie genau diese Regelungen im Einzelnen sein müssen (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.03.1989 - 1 BvR 1033/82 u.a. - BVerfGE 80, 1, 20; Beschl. v. 21.04.2015 - 2 BvR 1322/12 u.a. - BVerfGE 139, 19, m.w.N.).

Der Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Insoweit muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Zwar gebietet Art. 12 Abs. 1 GG nicht, dass jede Einschränkung der Berufsfreiheit stets unmittelbar durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst angeordnet werden muss. Jedoch sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung umso höher, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker die Interessen der Allgemeinheit von der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden (BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990 - 1 BvR 355/86 - BVerfGE 82, 209, 224; BVerwG, Beschl. v. 07.09.1992 - 7

NB 2/92 - BVerwGE 90, 359, 362; Urt. v. 16.10.2013 - 8 CN 1/12 - BVerwGE 148, 133).

Die Wesentlichkeitsdoktrin bedeutet nicht, dass sich die erforderlichen Vorgaben ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssten. Es kann genügen, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte der Regelung. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Gebot der Bestimmtheit von Normen verlangt dabei, dass Rechtsvorschriften so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag (vgl. BVerfG, Urt. v. 05.08.1966 - 1 BvF 1/61 - BVerfGE 20, 150; Beschl. v. 12.01.1967 - 1 BvR 169/63 - BVerfGE 21, 73; Beschl. v. 07.07.1971 - 1 BvR 775/66 - BVerfGE 31, 255; Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvL 1/01, 1 BvR 1749/01 - BVerfGE 108, 52; Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvF 3/92 - BVerfGE 110, 33; jeweils m. w. N.). Dieses Gebot zwingt den Normgeber indes nicht, jeden Tatbestand mit genau erfassbaren Maßstäben bis ins Einzelne zu umschreiben. Generalklauseln und unbestimmte, der Ausfüllung bedürftige Begriffe sind schon deshalb grundsätzlich zulässig, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen lässt. Der Normgeber ist aber gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (BVerfG, Beschl. v. 21.06.1977 - 2 BvR 308/77 - BVerfGE 45, 363; Beschl. v. 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89 - BVerfGE 86, 288; Beschl. v. 11.07.2013 - 2 BvR 2302/11 - BVerfGE 134, 33).

(2) Nach diesem Maßstab ist offen, ob die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1



Satz 1, 2 IfSG im Hinblick auf die landesweite Schließung von Verkaufsstellen und privaten Dienstleistungsbetrieben, die sich auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, dem Vorbehalt des Gesetzes in seiner Ausprägung als Parlamentsvorbehalt genügt.

[...]

Die Schließung einer Vielzahl von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben durch eine Rechtsverordnung ist jedoch von einer sehr beträchtlichen Eingriffstiefe. Die Intensität des damit verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit ist für jeden einzelnen betroffenen Betrieb, der sich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, ausgesprochen hoch. Denn der Eingriff führt für sie für einen längeren Zeitraum zu einem weitgehenden oder vollständigen Wegfall jeglichen Umsatzes. Den Betroffenen ist es zudem praktisch unmöglich, den Wirkungen dieses Eingriffs auszuweichen. Die Schließung hat daher für zahlreiche Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe außerordentliche, die wirtschaftliche Existenz mindestens infrage stellende Wirkung. So haben nach der Mitteilung des Leiters der Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit vom 31.03.2020 mehr als 70.000 Firmen in Baden-Württemberg seit dem Beginn der Coronavirus-Krise Kurzarbeit angemeldet, wobei etwa ein Drittel davon aus dem Gastgewerbe und dem Handel komme (vgl. <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/coronavirus-liveblog-bw-100.html>). Diese sehr gravierenden Auswirkungen können dafür sprechen, dass die Vorschriften in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG die Voraussetzungen, den Umfang und insbesondere die Grenzen dieses Eingriffs nicht ausreichend erkennen lassen und daher wegen Verstoßes gegen den Parlamentsvorbehalt nicht verfassungsgemäß sind. Denn die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG enthaltene Befugnis zum Erlass der „notwendigen

Schutzmaßnahmen“ ist nur begrenzt durch das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit und durch den Halbsatz „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist“. Und § 28 Abs. 1 Satz 2 IfSG beschränkt sich nach seinen ausdrücklich geregelten Befugnissen darauf, die Zulässigkeit der Beschränkung oder des Verbots von Veranstaltungen und Ansammlungen, der Schließung von Badeanstalten und Gemeinschaftseinrichtungen i.S.v. § 33 IfSG und der Verpflichtung, bestimmte Orte nicht zu verlassen oder nicht zu betreten, zu regeln. Allein aus dem Umstand, dass der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.03.2020 das Infektionsschutzgesetz in Kenntnis der zuvor praktisch bundesweit erfolgten Schließung von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben geändert hat, folgt voraussichtlich keine Einhaltung der Anforderungen des Parlamentsvorbehalts (so aber wohl BayVGh, Beschl. v. 30.03.2020 - 20 CS 20.611 - juris Rn. 17). Denn der Gesetzgeber hat in § 28 Abs. 1 IfSG - wie bereits dargestellt - kleine Änderungen vorgenommen, aus denen nicht erkennbar ist, dass die umfassende Schließung von Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben zulässig sein soll.“

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 09. April 2020 - 1 S 925/20 -, juris.

Der Senat hat mit Beschluss vom 14. April 2020 - 20 NE 20.751 - ebenfalls entschieden, dass er die Erfolgsaussichten in der Hauptsache im Hinblick auf die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen und der Ermächtigungsgrundlage als **offen** ansieht. Er hat insoweit ausgeführt:

„Weil jedoch die BayIfSMV in erheblichem Maß in zahlreiche Grundrechte der Bürger eingreift und die Überprüfung ihrer

Verfassungsmäßigkeit (vgl. nur BVerfG, B.v. 10.4.2020 – 1 BvR 755/20 – juris) und die ihrer Ermächtigungsgrundlage (vgl. hierzu kritisch VGH Baden-Württemberg: B.v. 9.4.2020 – 1 S 925/20 – bisher unveröffentlicht) nur nach eingehender Prüfung in einem Hauptsacheverfahren erfolgen kann, sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen.“

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14. April 2020 – 20 NE 20.751.

Mit deutlichen Worten hielt der Senat in einem Beschluss vom 29.10.2020 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin) fest:

„Nach Auffassung des Senats bestehen erhebliche Zweifel, ob die mit dem vorliegenden Eilantrag angegriffenen Maßnahmen noch mit den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts bzw. des Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG vereinbar sind. Mittlerweile erfolgen – jedenfalls im antragsgegenständlichen Bereich der Gastronomie – erhebliche Grundrechtseingriffe über einen längeren Zeitraum allein durch die Exekutive, wobei mit der Dauer der Maßnahmen und der Intensität der mit ihnen verbundenen Grundrechtseingriffe die Frage an Gewicht gewinnt, ob die Verordnungsermächtigung zugunsten der Ländern in den §§ 28, 32 IfSG noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG genügt (vgl. hierzu schon BayVGh, B.v. 14.4.2020 – 20 NE 20.763 – juris Rn. 14 f.; B.v. 14.4.2020 – 20 NE 20.735 – juris Rn. 15 f.; vgl. auch B.v. 7.9.2020 – 20 NE 20.1981 – juris Rn. 25 ff. unter Verweis auf BayVGh, B.v. 27.4.2020 – 20 NE 20.793 – juris, Leitsatz 3; zweifelnd auch VGH BW, B.v. 9.4.2020 – 1 S 925/20 – juris Rn. 37 ff.; vgl. auch Volkmann, NJW 2020, 3153; Lepsius, RuP 2020, 258/265 ff.; Papier, DRiZ 2020, 180/183; Möllers,

<https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>).

Bayerischer VGH, Beschluss vom 29.10.2020 - 20 NE 20.2360.

Der Verfassungsgerichtshof des Saarlands hat in seinem Beschluss vom 28.08.2020 einen **Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt** in Bezug auf die **angeordnete Kontaktnachverfolgung** erblickt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Ein Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten bedarf einer in der Regel förmlichen, parlamentarischen (vgl. zuletzt VerfGH 21.01.2020 Lv 15/19 unter B 3 c) Ermächtigung, die die zu erhebenden personenbezogenen Daten als solche, den Anlass und den spezifischen Zweck der Erhebung, die Art und Dauer der Aufbewahrung sowie ihre Löschung normenklar und bestimmt regelt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (vgl. zuletzt BVerfG 27.05.2020 1 BvR 1873/13 u.a.; BVerfGE 65, 1ff (44 ff., 151 ff.). Schon daran fehlt es.“

VerfGH Saarland, Beschluss vom 28.08.2020 - Lv 15/20.

Mit Urteil vom 02.11.2020 hat das Amtsgericht Dortmund ferner in einer Bußgeldsache (Az.: 733 Owi - 127 Js 75/20 - 64/20) die Betroffenen **freigesprochen**. Ihnen sind nach Auskunft des Pressesprechers des Amtsgericht Dortmund Verstöße gegen die Coronaschutzverordnung zur Last gelegt worden. Im Kern habe das dort erkennende Gericht die Auffassung vertreten, dass eine Verurteilung auf die streitgegenständliche Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen vom **22.03.2020** nicht gestützt werden dürfe. **Denn ein derart gravierender Grundrechtseingriff - wie die Anordnung des**

streitgegenständlichen Kontaktverbotes - bedürfe eines förmlichen Gesetzes durch das Parlament.

<https://www.ruhrnachrichten.de/dortmund/dortmunder-amtsrichter-erklaert-coronaschutzverordnung-fuer-unwirksam-plus-1570852.html>

In dem Urteil heißt es u.a.:

„Dem Grundgesetz ist zwar kein grundsätzlicher Vorrang des Parlaments - auch nicht aufgrund seiner im Gegensatz zu den anderen Staatsgewalten unmittelbaren demokratischen Legitimation - für alle staatliche Entscheidungen zu entnehmen. Aus der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes folgt aber das zur Gesetzgebung vorrangig die Parlamente berufen sind, die gemäß Art. 80 GG diese Kompetenz per Gesetz an die Exekutive delegieren können. Aus dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten folgt aber, dass im Bereich der Rechtsetzung der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978, 2 BvL 8/77 - juris - Rn. 77 m.w.N.). Ob es eines förmlichen Gesetzes zur Regelung eines Lebensbereiches bedarf oder der parlamentarische Gesetzgeber die Normsetzung der vollziehenden Gewalt überlassen darf, bestimmt sich nach der Regelungsmaterie und der Intensität der mit der jeweiligen Regelung verbundenen Grundrechtseingriffe (BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978, 2 BvL 8/77 - juris - Rn. 78 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen konnte eine Regelung eines Kontaktverbots in der Ausprägung des § 12 CoronaSchVO durch eine Rechtsverordnung nicht erfolgen. Zwar basiert das

Kontaktverbot auf den §§ 28 Abs. 1 Satz 2 und 32 IfSG und wird wie Art. 80 Abs. 1 GG vorsieht formellgesetzlich legitimiert. Der durch das Kontaktverbot bewirkte Grundrechtseingriff stellt sich aber als so schwerwiegend dar, dass die Normierung der Voraussetzungen eines solchen Eingriffs dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten war. Angesichts dieser Intensität, muss von einer wesentlichen normativen Entscheidung ausgegangen werden, den der parlamentarische Gesetzgeber nicht auf den Verordnungsgeber delegieren durfte. Dies gilt umso mehr, als der Verordnungsgeber, wie oben dargestellt, die Verordnung auf eine offene Generalklausel gestützt hat, die - wie oben dargestellt - als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für das in Rede stehende Kontaktverbot nicht in Betracht kommt.

Diese Wesentlichkeit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass § 12 CoronaSchVO i.d.F.v. 30.03.2020 ausdrücklich Ausnahmen von dem Kontaktverbot normiert. Diese sind derart begrenzt, dass sie insbesondere aufgrund der Fernwirkung des Kontaktverbots auf eine Vielzahl grundrechtsrelevanter Bereiche nicht geeignet sind, die Regelung als unwesentlich im oben verstandenen Sinne anzusehen.

Gleiches gilt hinsichtlich der vom Verordnungsgeber in § 17 CoronaSchVO vorgenommenen Befristung der Regelung. Denn der parlamentarische Gesetzgeber war bereits am 27.03.2020 mit Erlass des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite tätig geworden. In diesem Zusammenhang hätten also auch entsprechende Ermächtigungsgrundlagen für Kontaktverbote normiert werden können. Dies gilt umso mehr, als dem Gesetzgeber wie oben bereits dargestellt das Szenario einer pandemisch verlaufenden Infektionskrankheit bekannt war.

Für die Wesentlichkeit sprechen im Übrigen auch der Grad der Gefahr, der durch normsetzendes Handeln zu begegnen war und der Wert der zu schützenden Rechtsgüter. Vorliegend bestand die Gefahr für die Gesundheit und das Leben eines nicht überschaubaren Teils der Bevölkerung durch ein in seiner Verbreitung und seinen Auswirkungen nicht hinlänglich bekanntes Virus und damit für besonders hochrangige Rechtsgüter.

Schließlich sprechen auch die mit den Maßnahmen für das Gemeinwesen entstehenden wirtschaftlichen Belastungen für eine wesentliche gesetzgeberische Entscheidung, die den Parlamenten vorbehalten war.“

<https://openjur.de/u/2305557.html>

Kritisch zur Frage des Parlamentsvorbehalts bzw. zur Verfassungsmäßigkeit der Coronabekämpfungsverordnungen äußerte sich jüngst auch der Präsident des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz *Lars Brocker*. Am 15.10.2020 war er wie folgt zu vernehmen:

„Das vom parlamentarischen Gesetzgeber abgekoppelte Sonderrechtsregime von Corona-Verordnungen gerät zunehmend in Konflikt mit den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung. Nicht weil die Maßnahmen per se zu weitgehend wären, sondern weil weiterhin allein die Exekutive handelt.“

<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/verfgh-praesident-brocker-bundestag-muss-basis-fuer-corona-regeln-schaffen>

Auch sei auf die jüngere Äußerung des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen Papier*, hingewiesen. Im

Interview mit der "Neuen Osnabrücker Zeitung" (NOZ) sagte Papier (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

"Ich begrüße es, dass die Parlamentarier sich nun nach einem Dreivierteljahr dieses Themas annehmen. Allerdings sind die aktuellen Vorschläge auf der Bundesebene meines Erachtens nicht hinreichend." Zwar würden alle denkbaren Grundrechtsbeschränkungen in 15 Einzelnummern speziell aufgeführt. In der Begründung werde sogar festgehalten, dass nicht nur einzelne, begrenzte Maßnahmen, sondern auch weitreichende und lang andauernde Maßnahmen vom Willen des Gesetzgebers getragen sind. "Die unerlässlichen Abwägungsentscheidungen zwischen den divergierenden Schutzgütern der Gesundheit einerseits und den Freiheitsrechten andererseits werden damit aber gerade nicht dem Parlament vorbehalten, sondern in vollem Umfang an die Exekutive delegiert. Diese behält nach wie vor insoweit einen Persilschein. Dem Sinn und Zweck des grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalts ist damit meines Erachtens nicht entsprochen"

<https://www.presseportal.de/pm/58964/4756097>

Die vorgenannte Äußerung von Papier bestätigt die Rechtsauffassung des Antragstellers, wonach es für die hiesige beanstandete Regelung **keine ausreichende Rechtsgrundlage** gibt.

Ferner wird auf den aktuellen Beitrag der Staatsrechtlerin *Dr. Andrea Kießling* aufmerksam gemacht (Hervorhebungen im Fettdruck durch die Unterzeichnerin):

„Nachdem sich die Rechtswissenschaft bereits im Frühjahr kritisch zur Heranziehung der Generalklausel geäußert hatte, waren die Verwaltungsgerichte lange Zeit äußert



**zurückhaltend.** Nur vereinzelt wurde thematisiert, ob §§ 28, 32 IfSG dem Parlamentsvorbehalt genügten, und wenn überhaupt, wurde darauf verwiesen, dass man diese Frage jedenfalls im Eilverfahren nicht klären könne. Nachdem die Diskussion im Herbst erneut in Fahrt kam (vgl. aus der Rechtswissenschaft hier, hier und Volkmann, NJW 2020, 3153), **mahnen nun vereinzelt auch die Gerichte eine Reform des IfSG an.** So billigte der VGH München letzte Woche die §§ 28, 32 IfSG als Rechtsgrundlage nur deswegen, weil er unterstellte, dass das IfSG bald überarbeitet werde. Das VG Mainz schloss sich dem am Sonntag an.

**Dies hat nun auch die Politik aufgeschreckt:** Nachdem die SPD bereits vor drei Wochen Änderungen am IfSG ankündigte, hielt die Union diese bis vor Kurzem für unnötig (mit Ausnahme von Schäuble und Söder). Diese Woche wurde dann plötzlich ein Gesetzentwurf präsentiert und im Kabinett verabschiedet, der die Rechtsgrundlagen der Corona-Schutzmaßnahmen im IfSG präzisieren soll.

[...]

Um die Bewertung vorwegzunehmen: **Der Entwurf verkennt die Bedeutung des Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots.** Der Parlamentsvorbehalt verpflichtet den Gesetzgeber nicht nur, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen. 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 können. Diese Anforderungen sind umso strenger, je intensiver die Grundrechtseingriffe sind, die die Vorschrift ermöglichen soll.

Mit anderen Worten: Es reicht nicht aus, dass der Gesetzgeber Maßnahmen im Gesetz schlagwortartig aufführt – er muss ihr Ziel, ihre Voraussetzungen und ihre Grenzen festlegen. Positiv zu bewerten ist immerhin, dass die Anwendung dieser Maßnahmen an die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag geknüpft werden soll. § 5 Abs. 1 IfSG sieht allerdings nach wie vor keine materiellen Voraussetzungen für diese Feststellung vor, so dass diese Verknüpfung nicht zur Vorhersehbarkeit der Maßnahmen beiträgt. Die Verwaltungsgerichte werden weiterhin nicht wissen, an welchem Zweck sie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen überprüfen sollen. Einen sensiblen Umgang mit den besonders grundrechtsrelevanten Fragen, die in den letzten Monaten diskutiert wurden – z.B. Versammlungsverbote ohne Prüfung des Einzelfalls, Kontaktbeschränkungen im privaten Raum –, lässt dieser Entwurf nicht erkennen.“

<https://verfassungsblog.de/was-verlangen-parlamentsvorbehalt-und-bestimmtheitsgebot/>

Im Rahmen ihrer Stellungnahme als Einzelsachverständige im Rahmen einer öffentlichen Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 12.11.2020 äußerte sie sich u.a. wie folgt:

## 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“. 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 können<sup>2</sup>. Diese Anforderungen sind umso strenger, je intensiver die Grundrechtseingriffe sind, die die Vorschrift ermöglichen soll<sup>3</sup>. 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 Rechtsfolgenseite 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 aufführt 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 Krankheitsreger Rücksicht nehmen muss.

[https://www.bundestag.de/resource/blob/805488/949a9f10230bb6b7a445ea5d2cdad74c/19\\_14\\_0246-7-ESV-Kiessling-3-BevSchG-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/805488/949a9f10230bb6b7a445ea5d2cdad74c/19_14_0246-7-ESV-Kiessling-3-BevSchG-data.pdf)

Der Staatslehrer *Volkmann* führte jüngst aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Man kann darüber streiten, ob das dort wirklich für alle Standardmaßnahmen erforderlich ist: Braucht es wirklich für so harmlose und wenig eingriffsintensive Maßnahmen wie die Befragung oder auch die behördliche Meldeauflage **eine eigenständige Ermächtigung**, wie sie nun in immer mehr Polizeigesetzen enthalten ist? Aber **jedenfalls für die eingriffsintensiven Maßnahmen von den Betriebs- und Geschäftsschließungen** über die Veranstaltungsverbote bis hin zu den Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen **lässt sich das nicht ernsthaft diskutieren**; der einzige Unterschied zu der Entwicklung im Polizeirecht ist, dass sich hier Vertypung und Verfestigung nicht über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckten, sondern sich unter dem Druck der Ereignisse wie im Zeitraffer vollzogen haben. Aber sie sind gleichwohl vorhanden und haben in Bezug auf die jeweiligen Maßnahmen auch bereits zu unterschiedlichen Ordnungsmodellen geführt, zwischen denen eine Entscheidung durch den Gesetzgeber möglich ist.“

Ob man Betriebsschließungen generell oder nur für bestimmte Arten von Geschäften oder ab einer bestimmten Größe der Verkaufsräume vornehmen will, ob man Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen nach dem bayerischen Modell (Verlassen der eigenen Wohnung nur bei „triftigem Grund“) oder nach dem der meisten anderen Bundesländer (Verlassen der eigenen Wohnung jederzeit unter Wahrung des Abstandsgebots) regelt, ob und unter welchen Voraussetzungen man ganze Wohnungsblöcke unter Quarantäne stellen kann – all das sind Fragen, die man sicher so oder so regeln kann. **Aber es bedeutet eben auch, dass man sie überhaupt regeln kann, und aus rechtsstaatlichen Gründen dann eben auf der Ebene, auf der Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit unter den**

gegenwärtigen Bedingungen am ehesten gewährleistet werden können.

[...]

In der Folge erstrecken sich die entsprechenden Regelungen in den Polizeigesetzen regelmäßig über viele Absätze und oft über eine oder anderthalb Seiten, obwohl die Eingriffe, zu denen sie ermächtigen, **im Vergleich zu den Beschränkungen des gesellschaftlichen Lebens in der gegenwärtigen Pandemie fast schon geringfügig oder jedenfalls deutlich weniger schwerwiegend anmuten**: Entweder greifen sie – wie etwa die Onlinedurchsuchung und andere heimliche Überwachungsmaßnahmen – zwar tief in die Privatsphäre ein, betreffen dann aber zahlenmäßig nur einen ganz kleinen Personenkreis; oder sie betreffen – wie die automatische Kennzeichenerfassung und andere anlasslose Ermittlungsmaßnahmen – potenziell alle, sind dann aber von ganz niedriger Eingriffsintensität.

Vieler dieser Anforderungen und den Verfeinerungsgrad, den sie mittlerweile erreicht haben, mag man deshalb als hypertroph empfinden: Wenn – wie in einer der Entscheidungen zu diesem Themenkomplex geschehen – acht Verfassungsrichter sich ernsthaft darüber streiten, ob der durch mehrere Jahrzehnte der Rechtsprechung konkretisierte Begriff der „rechtswidrigen Gewalt“ hinreichend bestimmt ist, um eine bloße Übermittlung und Speicherung von Daten rechtfertigen zu können, kann man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, **dass hier einiges aus dem Lot geraten ist**; es ist jedenfalls einer dieser Fälle, in denen eine zunehmend selbstbezügliche Dogmatik den politischen Kern des Verfassungsgrundsatzes, aus dem sie entwickelt worden ist, in Vergessenheit geraten lässt. Aber in der Gegenüberstellung zeigt sich eben doch das

verfassungsrechtliche Defizit, das die gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen der Pandemiebekämpfung aufweisen und eben gerade diesen unmittelbaren politischen Kern des Vorbehaltsgrundsatzes betrifft.

[...]

Über die Einzelheiten und die nähere Ausgestaltung mag man durchaus streiten, und man muss auch sehen, dass die Anforderungen an den Gesetzgeber nicht wie in vielen anderen Bereichen überdehnt werden. **Aber die bestehenden Regelungen der §§ 28 und 32 IfSG bleiben dahinter längst in einer Weise zurück, die nicht nur diese oder jene Einzelausprägung des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts betrifft, sondern das, was hier als sein politischer Kern bezeichnet ist, das heißt seine rechtsstaatliche, grundrechtliche und demokratische Dimension insgesamt.**

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.“

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

Tatsächlich ist zu konstatieren, dass **zu keinem Zeitpunkt eine ausreichende Rechtsgrundlage** für die hier streitbefangenen Vorschriften zur Verfügung stand.

Menschlich mag man die Entscheidung der Regierenden in den ersten zwei bis drei Wochen beginnend ab dem 23.03.2020 noch nachvollziehen können. Juristisch war sie es allerdings nie. Es gibt auch keine

zwingenden Gründe, dies wohlwollend anders zu sehen; schließlich zeigte die zahlreiche Änderung des IfSG im März 2020, dass der **Bundestag zu raschen und umfassenden Gesetzesänderungen in der Lage ist.**

Damit ist zu konstatieren: **der Gesetzgeber wollte nicht tätig werden.**

**Im Gegenteil:** Dass mit der Novellierung des § 28 Abs. 1 IfSG durch den Bundesgesetzgeber im März 2020 **keine inhaltliche Änderung verbunden** sein sollte, hier also insbesondere auf Grundlage des § 28 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 IfSG a.F. bzw. § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 IfSG n.F. keine dauerhaften abstrakt-generellen Maßnahmen ermöglicht werden sollten, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung der Novellierung. Denn dort heißt es lapidar, dass die Veränderungen in § 28 Abs. 1 IfSG lediglich der **Klarstellung** dienen, mithin demnach keine inhaltliche Änderung bezweckt war.

Vgl. BT-Drs. 19/18111, S. 25.

Dass sich der Antragsgegner über viele Seiten unter Verweis auf die Risikoanalyse vom 03.01.2020 (BT-Drs. 17/12051) bemüht, die Untätigkeit des Gesetzgebers als Bestätigung aller in Betracht kommender Maßnahmen und der Suspendierung sämtlicher Grundrechte zu deuten (Stellungnahme S. 14 ff.), vermag nicht zu überzeugen. **Ob das Parlament tätig werden muss, ergibt sich aus dem zu regelnden Sachverhalt und nicht daraus, ob sich der Gesetzgeber dazu bemüßt fühlt.**

Im Übrigen zeigt auch die nicht vorhandene Vorhaltung ausreichender Schutzausrüstung, dass der Bundestag und die Regierungen in Wahrheit die Risikoanalyse offenbar nicht ernst genommen haben.

Dass dies der Grund für die Untätigkeit in Bezug auf das IfSG ist, liegt vor diesem Hintergrund deutlich näher als die – zurückhaltend formuliert – *creative* Interpretation des Antragsgegners.

### III.

#### Inanspruchnahme von Nichtstörer\*innen

Der Antragsgegner nimmt als vermeintliche Rechtsgrundlage für die Inanspruchnahme von Nichtstörer\*innen Art. 9 Abs. 3 Satz 1 LStVG in Bezug. Nach hiesiger Ansicht ist ein Rückgriff auf die Regelungen des LStVG nicht statthaft.

### IV.

#### Bestimmtheitsgebot

Es bleibt hier bei den bereits getätigten Darlegungen – der Antragsgegner konnte dies mit seinen Ausführungen **nicht** widerlegen.

Entgegen der Ansicht des Antragsgegners genügten insbesondere die Betriebsuntersagungen sowie die Ausgangsbeschränkung **nicht** den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots (vgl. Normenkontrollantrag vom 08.04.2020, dort S. 39 ff.; Normenkontrollantrag vom 20.04.2020, dort S. 45 ff.; Normenkontrollantrag vom 03.05.2020, dort S. 24 ff.).

Wie wenig bestimmt und bestimmbar etwa der „triftiger Grund“ für das Verlassen des Hauses war, hat sich in der „bayerischen Parkbank-Posse“ beispielhaft gezeigt.

So wies die Münchener Polizei sogar via twitter daraufhin, dass es **nicht** erlaubt sei, ein Buch auf einer Bank zu lesen. Diese „Regel“ wurde im Übrigen auch solange durch die Staatsgewalt durchgesetzt, bis das Innenministerium nach ca. zwei Wochen klarstellte, dass dies doch erlaubt sei.



<https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-parkbank-regelaenderung-1.4872090>

Wenn nicht einmal die Polizei in der Lage war, zu erkennen, was ein triftiger Grund ist und was nicht, wie sollten es dann die Bürger\*innen wissen?

Die hier beanstandeten Regelungen verstießen nach hiesiger Ansicht offensichtlich - in jeder hier relevanten Fassung - gegen das Bestimmtheitsgebot. Schließlich muss es Bürger\*innen auch ohne abgeschlossenes Jurastudium möglich sein, zu verstehen, was erlaubt und was verboten ist. Insoweit führt die abstrakte Ausführung, dass jedenfalls ersichtlich gewesen sein soll, dass „unaufschiebbare gesundheitliche, private oder berufliche Belange von erheblichem Gewicht eine Ausnahme von Ausgangsverbot rechtfertigen,“ (Stellungnahme, S. 24), offenkundig nicht dazu, dass die Norm als hinreichend bestimmt angesehen werden kann.

Dass es ein unaufschiebbarer privater oder gesundheitlicher Belang sein soll, auf der Parkbank ein Buch zu lesen drängt sich nicht unmittelbar auf. Im Gegenteil: Die Deutung der Polizei lag hier deutlich näher. Dass das Verbot alleine auf einer Parkbank zu sitzen unverhältnismäßig ist, kann bei der Auslegung der Norm nämlich keine Rolle spielen. Die Frage der Verhältnismäßigkeit ist nämlich nicht von Polizeibeamt\*innen, die die Normen schließlich anwenden und nicht rechtlich überprüfen sollen, zu beantworten und muss daher für die Frage der Bestimmtheit der Norm unberücksichtigt bleiben.

V.

#### **Verhältnismäßigkeit**

Um Wiederholungen zu vermeiden – diesseits wurde bereits umfassend dargelegt, dass die hier beanstandeten Maßnahmen nicht nur keine

Rechtsgrundlage hatten, sondern zudem auch unverhältnismäßig gewesen sind – wird nur punktuell auf einzelne Aspekte eingegangen, soweit sie entscheidungserheblich sind:

1.

### Kein exponentieller Anstieg der Infektionszahlen/Risikoprognose

Der Antragsgegner behauptet – freilich ohne dies zu belegen – dass es „zum damaligen Zeitpunkt“ exponentiell ansteigende Infektionszahlen gegeben habe (S. 21 Stellungnahme). Es ist weder klar auf welchen Zeitpunkt sich der Antragsgegner bezieht, noch belegt er seine Behauptung obwohl er dafür beweispflichtig ist. Diesseits wurde schließlich bereits dargelegt, dass ein exponentielles Wachstum nicht zu beobachten war. Zu berücksichtigen ist bei der Analyse jedenfalls der Anstieg der durchgeführten Tests. Es ist daran zu erinnern, dass die Testkapazitäten in der KW 11 auf KW 12 nahezu verdreifacht wurden.

Tabelle 4: Durchgeführten Testungen auf SARS-CoV in den Kalenderwochen 11 und 12, 2020 (26.03.2020)

Kalenderwoche 2020	Anzahl Testungen	Positiv getestet	Teilnehmende Labore
11	127.457	7.582 (5,9%)	114
12	348.619	23.820 (6,8%)	152*

\*Erratum, die Zahl wurde am 26.03. falsch angegeben.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues\\_Coronavirus/Situationsberichte/2020-03-26-de.pdf?sessionid=8D42EA00FC9B49C0FE280F84AAACE9BD2.internet061?\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues_Coronavirus/Situationsberichte/2020-03-26-de.pdf?sessionid=8D42EA00FC9B49C0FE280F84AAACE9BD2.internet061?_blob=publicationFile)

Auch ersetzt der bloße Hinweis auf die Risikoeinschätzung des Robert Koch-Instituts (im Folgenden: RKI) – dass der Antragsgegner das Robert Koch-Institut immer noch falsch schreibt, erstaunt im Übrigen sehr – keine rechtliche Argumentation (Stellungnahme, S. 21). Das RKI schätzt lediglich das Gesundheitsrisiko ein, es führt hingegen keine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch. Im Rahmen dieser müssen die verschiedenen Belange und Grundrechte abgewogen werden. Ob es

einen solchen diffizilen Abwägungsprozess gab, hat der Antragsgegner – über leere Worthülsen hinaus – nicht dargelegt, obwohl er beweispflichtig ist.

Auch das Abstellen auf die bloß absolute Zahl der auf SARS-CoV-2 positiv getesteten Fälle ist ersichtlich für die Rechtfertigung der beanstandeten Maßnahmen bzw. für die Erstellung einer Risikoprognose nicht ausreichend. Diese Zahl müsste wenigstens um folgende Faktoren bereinigt worden sein: **falsch-positive Ergebnisse** und **fehlende Infektiösität**:

a. Erhält eine Person ein positives Testergebnis, so kann dies auch ein **falsch-positives Testergebnis** sein. Laut einer internationalen Validierungsstudie um Professor Christian Drosten liegt die falsch-positiv Rate bei im Schnitt **0,7 %** (<https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.27.2001223>), wobei es PCR-Test-Systeme mit besseren und schlechteren Falsch-positiv-Raten gibt. Hierbei ist ferner zu berücksichtigen, dass bei einer einmal positiv getesteten Person kein zweiter Bestätigungstest durchgeführt (siehe z.B. aktuelle Quarantäneregelungen).

b. Problematisch ist zudem, dass der PCR-Test bereits einer Vorabveröffentlichung folgend nicht dazu geeignet ist, **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>

Diese Studie wurde inzwischen in der renommierten Fachzeitschrift „The Lancet“ veröffentlicht:

[https://www.thelancet.com/journals/lanmic/article/PIIS2666-5247\(20\)30172-5/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanmic/article/PIIS2666-5247(20)30172-5/fulltext)

Dort heißt es u.a. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Mean SARS-CoV-2 RNA shedding duration was 17·0 days (maximum shedding duration 83 days) in upper respiratory tract, 14·6 days (maximum 59 days) in lower respiratory tract, 17·2 days (maximum 35 days) in stool, and 16·6 days (maximum 60 days) in serum samples. (...) No study detected live virus beyond day 9 of illness, despite persistently high viral loads.

[...]

Our study shows that despite evidence of prolonged SARS-CoV-2 RNA shedding in respiratory and stool samples, viable virus appears to be short-lived. **Therefore, RNA detection cannot be used to infer infectiousness.**“

[https://www.thelancet.com/journals/lanmic/article/PIIS2666-5247\(20\)30172-5/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanmic/article/PIIS2666-5247(20)30172-5/fulltext)

**Damit zeigt die bisher umfassendste Studie: Mit PCR-Tests kann keine Infektiosität nachgewiesen werden.**

Aber auch schon *Professor Florian Krammer* machte 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 der Veröffentlichung von Prof. Dr. Heinz Zeichhardt und Dr. Martin Kammel zum Extra Ringversuch Gruppe 340 Virusgenom-Nachweis-SARS-CoV-2 im Mai 2020 zu entnehmen:

„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 Infektiösität (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 „Übergenauigkeit“ der PCR-Tests warnten – überraschend spät – auch die deutschen Virologen Drosten, Streeck und Kekulé sowie Gesundheitspolitiker Lauterbach der Berichterstattung von ntv folgend. Dort war u.a. zu lesen:

„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.“

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

Dieser Aspekt wurde auch am 06.09.2020 von WDR, NDR und SZ beleuchtet, wie unter [tagesschau.de](http://tagesschau.de) zu lesen ist. Dort heißt es u.a. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Einen Hinweis auf die Virusmenge, die ein Patient in sich trägt, gibt der so genannte Ct-Wert. Er zeigt an, wie viele Runden die PCR laufen muss, bis Virus-Erbgut entdeckt wird. Bei einem Patienten mit viel Virusmaterial im Körper schlägt der Test häufig schon nach 10 bis 15 CT-Runden an, sagen Labormediziner. **Wenn die PCR aber mehr als 30 Runden braucht, um Virusmaterial zu entdecken, ist ein Patient sehr wahrscheinlich gar nicht mehr ansteckend.** Der Webseite des Robert Koch-Instituts zufolge lässt sich aus den Proben von Menschen mit einem Ct-Wert von mehr als 30 in Laborversuchen kein Virus mehr vermehren.

Doch viele Labore, die die PCR-Tests auswerten, stoppen die Analyse nicht bei einem Ct-Wert von 30, sondern in der Regel erst bei 37 oder 40, wie Ulf Dittmer erläutert. Der Vizechef der deutschen Gesellschaft für Virologie leitet die virologische Abteilung am Universitätsklinikum Essen. Da dort viele Verdachtsfälle mit Krankheitssymptomen getestet werden, sei der Ct-Wert "bei den meisten Fällen deutlich unter 30." Wenn man allerdings flächendeckend viele nicht-symptomatische Menschen teste, "dann steigen mit Sicherheit auch viele Ct-Werte auf einen Bereich über 30".

[...]

Dittmers Labor macht die PCR-Tests nicht nur für die Kliniken in Essen sondern auch für die gesamte Stadt. Den Ct-Wert teilt er den Gesundheitsämtern in der Regel nicht mit. "Das ist nicht vorgesehen. Wir teilen in der Regel nur mit, ob jemand positiv oder negativ ist."

Auch der Laborverbund Dr. Kramer und Kollegen teilt auf Anfrage mit, dass der Ct-Wert intern zur Beurteilung der Probe herangezogen, aber nicht ans Gesundheitsamt weitergegeben werde. Von den 963 positiven Proben seit Ende Juli hätte fast jede zweite einen Ct-Wert von 30 oder mehr gehabt, teilt der Labormediziner Jan Kramer mit, der Vorstandsmitglied im Verband "Akkreditierte Labore der Medizin" ist. Doch die hohe Zahl komme auch zustande, weil darin Nachtestungen und Verlaufskontrollen enthalten seien, und das Virus bei Infizierten nach einem Höchststand eben jeden Tag weniger werde.

[...]

Dass Personen mit einem Ct-Wert von über 30 überhaupt in Quarantäne müssen, stellt auch Virologe Dittmer in Frage. Gleichwohl könne man eine Entscheidung darüber auch nicht vom Ct-Wert alleine abhängig machen. Denn erstens müsse man sicherstellen, dass die Probe richtig entnommen wurde, zweitens müsse man klären, ob der positiv getestete Patient sich in der Phase einer ansteigenden oder absteigenden Infektion befinde. Doch diese letzte Frage lasse sich nur klären, indem man bei Patienten mit einem Ct-Wert von mehr als 30 kurz darauf einen zweiten Test mache.

[...]

Ob und wie viele Gesundheitsämter in Deutschland von den Laboren überhaupt Ct-Werte erfahren, kann auch das Robert



Koch-Institut (RKI) nicht beantworten. Auf Anfrage teilt das RKI lediglich mit: "Wir gehen davon aus, dass die Laboratorien bei fraglichen Ergebnissen das weitere Vorgehen mit dem Gesundheitsamt klären." Immerhin, so das RKI, sei der Ct-Wert "ein analytisches Detail, das die Interpretation des Testergebnisses unterstützt". Allerdings sei der Wert nur ein Faktor in der Beurteilung. Ein Ct-Wert über 30 könne bei der Entlassung aus der Quarantäne "als Kriterium herangezogen werden", so das RKI."

<https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/gesundheitsaemter-corona-tests-101.html>

Hieraus wird ersichtlich, dass zumindest dem RKI der für die Bewertung der gemeldeten positiven Fälle der relevante **Ct-Wert nicht vorliegt**.

**Positiv Getestete sind somit nicht sicher aktuell Infizierte bzw. Infektiöse.**

Dies hat zuletzt auch das OVG Nordrhein-Westfalen mit Beschluss vom 25.11.2020 bestätigt (AZ: 13 B 1780/20, NE). Dort hieß es u.a.:

2. Der Antragsteller weist zwar zutreffend darauf hin, dass ein positiver PCR-Test als solcher noch keine Infektiosität im Einzelfall belegt.

Siehe dazu etwa  
[https://dgn.org/neuronews/journal\\_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bel-positiver-pcr/](https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bel-positiver-pcr/),  
abgerufen am 24. November 2020.

Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Entwicklung der positiven Testungen insgesamt sowie die daraus abgeleiteten Inzidenz- und R-Werte und nicht zuletzt auch die steigende Zahl der stationär behandelten COVID-19-Patienten,

vgl. dazu etwa  
[https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-intensivregister\\_Tagesreport\\_2020\\_11\\_23.pdf](https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/divi-intensivregister-tagesreports/DIVI-intensivregister_Tagesreport_2020_11_23.pdf);  
<https://www.divi.de/aktuelle-meldungen-intensivmedizin/nicht-warten-bis-wir-am-limit-sind-gemeinsamer-ruf-nach-politischem-schutzschirm-fuer-belastete-kliniken>; jeweils abgerufen am 24. November 2020,

einen belastbaren Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben.

Der dortige Senat verweist bzgl. der Bestätigung, dass, der PCR-Test keine Infektiosität belegt, auf folgende Ausführungen der Deutschen Gesellschaft für Neurologie:

**Die RT-PCR weist RNA nach, aber nicht die Infektiosität eines Virus, sodass das Ansteckungsrisiko, das beispielsweise von einem Patienten mit persistierend positiver PCR ausgeht, unbekannt ist. Für die durch das öffentliche Gesundheitswesen zu ergreifenden Maßnahmen ist jedoch entscheidend, ob ein Patient infektiös ist. Die kanadische Studie [1] liefert erstmals umfangreichere Daten zur Beziehung zwischen Infektiosität und der Zeit vom Symptombeginn bis zum Test (STT „symptoms to test“) sowie der Viruskonzentration im Abstrichmaterial.**

Von 90 COVID-19-Patienten in einem medianen Alter von 45 (30-59) Jahren (49% männlich) wurden Proben (endotracheale oder nasopharyngeale Abstriche), die in der RT-PCR einen positiven Nachweis der SARS-CoV2-„Envelope“-Zielsequenz („E-Gen“) ergeben hatten, nachuntersucht. Getestet wurde die Fähigkeit der Viren, spezielle lebende Zelllinien zu infizieren. Bei 26/90 inkubierten Proben (28,9%) kam es zu einer Infektion bzw. zur Virusvermehrung. Keine Infektiosität bestand bei Proben mit STT-Zeiten von >8 Tagen. In Proben mit einem Ct-Wert >24 kam es ebenfalls nicht zur Virusvermehrung. Der Ct-Wert entspricht der Zahl der notwendigen PCR-Zyklen („threshold cycle“ oder Schwellenwertzyklus) bis zur positiven Virusdetektion und ist somit ein Maß für die Viruskonzentration – ein niedrigerer Ct-Wert bedeutet eine höhere Viruskonzentration im Abstrich. Eine positive Viruskultur (als binäre Vorhersagevariable) war vom Ct-Wert und der STT-Zeit abhängig: pro Einheit Ct-Anstieg sank die Infektionswahrscheinlichkeit um 32%. Die ROC-Kurve bzw. AUC („Area under the receiver operating curve“) bestätigte mit OR=0,91 ( $p<0,001$ ) eine gute Eignung des Ct-Wertes zur Vorhersage der Infektiosität. Bei Ct>2 lag die Spezifität bei 97%.

Zusammenfassend waren die Proben nur bis zu einer bestimmten Viruskonzentration (Ct-Wert <24) und höchstens bis zu sieben Tage nach Symptombeginn infektiös. Diese Informationen können über das PCR-Ergebnis der Patienten hinaus herangezogen werden, wenn es darum geht, klinische oder öffentliche gesundheitspolitische Entscheidungen zur Transmissionskontrolle zu treffen.

*Bullard J, Dust K, Funk D et al. Predicting infectious SARS-CoV-2 from diagnostic samples. Clinical Infectious Diseases, 22. Mai 2020. <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa638>*

[https://dgn.org/neuronews/journal\\_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/](https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/) (zuletzt abgerufen am 27.11.2020)

Der dortige Senat berief sich damit **selbst** auf die zitierten Ausführungen und ließ sie **gleichwohl unberücksichtigt**.

Den Ausführungen der vom dortigen Senat zitierten Wissenschaftler\*innen der DGN, die auf eine kanadische Studie verweisen, ist schließlich gerade zu entnehmen, dass es für „öffentliche gesundheitspolitische Entscheidungen zur Transmissionskontrolle“ – mithin zu den hier streitgegenständlichen Fragen, inwieweit Eindämmungsmaßnahmen verhältnismäßig sind – **auf die Infektiösität der betroffenen Patient\*innen ankommt**.

Hierzu wäre **zumindest** erforderlich, **entsprechende Grenzwerte** im Hinblick auf die PCR-Zyklen zu bestimmen.

Das heißt, es wäre unter Berücksichtigung dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse vom **Verordnungsgeber zu fordern** gewesen, dass er die **positiven Fallzahlen – die das Fundament für alle Coronabekämpfungsmaßnahmen darstellen – jedenfalls um diejenigen Zahlen bereinigt, bei denen der Ct-Wert über 24 liegt**.

Ersichtlich können nämlich aus **einer nicht validen Datenbasis** – aktuell unbrauchbare Ausgangsdaten, da der Test eben gerade **keinen Infektiösität nachweist, keine aussagekräftigen anderweitigen Werte** abgeleitet werden.

Da sich auch die (inzwischen) politisch bedeutsame 7-Tages-Inzidenz aus den positiven Testungen speist, kann **denknotwendigerweise auch diesem abgeleiteten Wert keine Aussagekraft zugeschrieben werden**.

Mit anderen Worten: Der Fehler – Zuschreibung einer Infektiösität bei jedem positiven SARS-CoV-2-PCR-Test – setzt sich bei jedem abgeleiteten Wert – auch bei der 7-Tage-Inzidenz – fort.

Die weitere Annahme des dortigen Senats, dass die Entwicklung der positiven Testungen trotz der von ihm auch erkannten eingeschränkten Aussagekraft eines positiven PCR-Tests, gleichwohl ein „belastbare[r] Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben“, ist wissenschaftlich und denkgesetzlich nicht nachvollziehbar.

**Um es auf den Punkt zu bringen: Aus einer falschen Datengrundlage können keine richtigen Schlüsse gezogen werden.**

Auch ein portugiesisches Gericht hatte in der zweiten Instanz Fragen zum PCR-Test bzw. zu der Aussagekraft eines positiven PCR-Tests zu klären (Tribunal da Relação de Lisboa, Az: 1783/20. 7 T8PDL.L1, Beschluss vom 11.11.2020).

In diesem Fall war eine Gruppe aus vier Personen betroffen, die auf den Azoren in Quarantäne geschickt wurden, nachdem eine Person von ihnen positiv getestet wurde. Ein erstinstanzliches Gericht bestätigte die Quarantäne als rechtmäßig, weil die positiv getestete Person infektiös beziehungsweise ansteckend sei. In der zweiten Instanz hatte das Berufungsgericht dies anders gesehen und festgestellt, dass die Verhaftung der Antragsteller rechtswidrig gewesen sei und die Antragsteller unverzüglich freizulassen seien (Anlage, gerichtliche Entscheidung im Original, zur Zusammenfassung: <https://crlisboa.org/wp/juris/processo-n-o1783-20-7t8pdl-l1-3/>)

Das Gericht führt u.a. aus (freie Übersetzung; Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

*„17. Tatsächlich ist das einzige Element der nachgewiesenen Fakten in dieser Hinsicht die Durchführung von RT-PCR-Tests, von denen einer für einen der Antragsteller ein positives Ergebnis ergab.*

*i. In Anbetracht der derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisse ist dieser Test alleine nicht in der Lage, zweifelsfrei nachzuweisen, dass eine solche Positivität tatsächlich der Infektion einer Person mit dem SARS-CoV-2 Virus entspricht, und zwar aus mehrere Gründe, von denen wir zwei hervorheben [...]:*

*Denn diese Zuverlässigkeit hängt von der Anzahl der Zyklen ab, aus denen sich der Test zusammensetzt; denn diese Zuverlässigkeit hängt von der Menge der vorhandenen Viruslast ab.*

*[...]*

*Die Anzahl der Zyklen [...] führt zu einer mehr oder weniger großen Zuverlässigkeit solcher Tests.*

*iii. Und das Problem ist, dass diese Verlässlichkeit in Bezug auf die wissenschaftlichen Beweise mehr als fragwürdig ist (und in diesem Bereich wird der Richter auf das Wissen von Experten auf diesem Gebiet zurückgreifen müssen).*

*[...]*

*iv. Was aus diesen Studien folgt ist hiernach - die mögliche Zuverlässigkeit der durchgeführten PCR-Tests hängt von Anfang an von der Anzahl der Amplifikationszyklen ab, die sie beinhalten, so dass bis zu einer Grenze von 25 Zyklen die Zuverlässigkeit der Tests bei etwa 70 % liegt; wenn 30 Zyklen durchgeführt werden sinkt der Zuverlässigkeitsgrad auf 20 %; wenn 35 Zyklen erreicht werden, liegt der Zuverlässigkeitsgrad bei 3 %.*

[...]

*vi. In einer sehr aktuellen Studie von [...] veröffentlicht in der ebenso prestigeträchtigen The Lancet, Respiratory Medicine, wird [...] darauf hingewiesen, dass (freie Übersetzung):*

*„Jeder diagnostische Test ist im Zusammenhang mit der tatsächlichen Möglichkeit der Krankheit zu interpretieren, die vor seiner Durchführung besteht. Für COVID-19 hängt die Entscheidung, den Test durchzuführen, von der vorherigen Beurteilung der Existenz von Symptomen, früherer medizinischer Vorgeschichte von COVID-19 oder das Vorhandensein von Antikörpern, eine mögliche Exposition gegenüber dieser Krankheit und keine Wahrscheinlichkeit für eine andere mögliche Diagnose, ab. [...] Es gibt jedoch, und dies ist noch wichtiger, keinen wissenschaftlichen Beweis dafür, dass niedrige Konzentrationen von RT-PCR-Virus-RNA einer Infektion gleichwertig sind, es sei denn, das Vorhandensein infektiöser Viruspartikel wurde durch Laborkulturmethode bestätigt.“*

*18. Da es also so viele wissenschaftliche Zweifel gibt, die von Experten auf diesem Gebiet geäußert wurden und die hier ausschlaggebend sind, an der Zuverlässigkeit solcher Tests, die die Parameter ihrer Leistungsfähigkeit ignorieren und keine ärztliche Diagnose im Sinne des Vorliegens einer Infektion und eines Infektionsrisikos stellen lassen, wäre es diesem Gericht niemals möglich, festzustellen, ob C tatsächlich Träger des SARS-CoV-2 Virus war oder ob A, B, und D, einem hohen Risiko ausgesetzt waren.“*

Der stringenten Schlussfolgerung des Gerichts ist zuzustimmen.

Nach alledem sind die Ausführungen des OVG Nordrhein-Westfalen ersichtlich in sich widersprüchlich und denkgesetzlich fehlerhaft, da der Senat, anders als das portugiesische Gericht, lediglich den **halben**

Schluss aus der – richtigen – Feststellung, dass ein positiver PCR-Test keine Infektiosität belegt, gezogen hat.

Das Voranstehende konsequent zu Ende gedacht, bedeutet, dass wenn bei **keinem** positiven Fall klar ist, ob er infektiös ist, dies auch für die **Fallgesamtheit** gelten muss.

Das bedeutet indes **nicht**, dass **keinerlei Maßnahmen zu rechtfertigen** gewesen wären, das bedeutet lediglich, dass der Verordnungsgeber sich andere, **valide Parameter** hätte suchen müssen, um ein aussagekräftiges Bild vom Infektionsgeschehen zu erhalten.

c. Ferner hätte bei der Risikoprognose auch die **Dunkelziffer** berücksichtigt werden müssen. Bei den positiv gemeldeten Fällen handelt es sich schließlich **nicht** um eine Vollerhebung.

Am 22.11.2020 brachte die Autorengruppe um Professor Matthias Schrappe erneut die Fehler des Antragsgegners auf den Punkt.

In ihrem 6. Thesenpapier kritisierten sie u.a. die fehlerhafte Verwendung des Begriffs „Inzidenz“. Dort heißt es u.a.:

## 2.2. Häufigkeitsmaße: die falsche Verwendung des Begriffs „Inzidenz“ und seine Folgen

Allen in der Epidemiologie verwendeten Häufigkeitsmaßen ist gemeinsam, dass Merkmale oder Ereignisse in Bezug zu einer bekannten Grundgesamtheit (Nenner) dargestellt werden. Dies kann entweder in Form einer Querschnittsuntersuchung geschehen (Prävalenz) oder in Form einer Kohorten-Studie (Inzidenz), wobei in der Infektionsepidemiologie die Besonderheit zu beachten ist (s.o.), dass die Merkmale nicht stabil sind, sondern sich durch Ansteckung rasch verändern.

Da im offiziellen Sprachgebrauch immer von „Inzidenz“, „Inzidenzrate“ und „7-Tages-Inzidenz“ die Rede ist, muss besonders auf die Charakteristika und Voraussetzungen des Begriffs der Inzidenz eingegangen werden (s. Lehrbücher der Epidemiologie, hier herausgegriffen Fletcher, Fletcher und Wagner 1996, s. 77ff). Für die Verwendung des Begriffs „Inzidenz“ bei einem Infektionsgeschehen sind folgende Aspekte unverzichtbar:

(1) als Bezugsgröße muss die untersuchte Population bekannt sein (um einen Nenner bilden zu können),

*[Beispiel: Angaben zu nosokomialen Infektionen müssen sich auf die Zahl der untersuchten Patienten (Inzidenzrate) oder sogar auf die Zahl der Beobachtungstage (spezifische Inzidenzrate) beziehen.]*



(2) die Population muss vollständig untersucht werden (oder es muss eine repräsentative Stichprobe gebildet werden),

*[eine Untersuchung zu nosokomialen postoperativen Wundinfektionen kann sich nicht auf drei absichtslos ausgewählte, nebeneinanderliegende Zimmer auf Station A beschränken, sondern muss das gesamte Krankenhaus umfassen oder sich auf eine begründete, zufällig gebildete Stichprobe von Zimmern beziehen.]*

(3) die gleiche Population muss komplett über einen Zeitraum hinweg untersucht werden, um tatsächlich das Neu-Auftreten einer Infektion erfassen und bewerten zu können,

*[eine Untersuchung zur Inzidenz nosokomialer postoperativer Wundinfektionen kann nicht montags in drei Zimmern an Station A, dienstags in drei Zimmern auf Station B etc. stattfinden (es sei denn, dies sei eine repräsentative Stichprobe), sondern alle Zimmer und somit alle Patienten müssen über den Beobachtungszeitraum hinweg jeden Tag untersucht werden – und nicht nur die symptomatischen Patienten, s. CoViD-19.]*

(4) die untersuchte Population muss aus bei Eintritt in den Untersuchungszeitraum merkmalsfreien Personen bestehen,

*[eine Untersuchung zur Inzidenz nosokomialer postoperativer Wundinfektionen bezieht sich immer auf Patienten, die vorher keine solche Infektion hatten; Patienten, die z.B. bereits bei Aufnahme eine Infektion haben, werden nicht in die Berechnung der Inzidenz eingeschlossen (s. present-on-admission Problematik im Zusammenhang Qualitätserhebung und Surveillance von nosokomialen Infektionen).]*

(5) aus dem gleichen Grund muss der Zeitraum der Beobachtung lang genug bemessen sein, um das Neuauftreten des Merkmals wirklich beobachten zu können.

*[wenn man bei der Erhebung von nosokomialen Wundinfektionen die drei Zimmer nur 2 Tage lang anschaut, wird man die Wundinfektionen in vielen Fällen nicht erkennen, soweit sie später auftritt (die Beobachtungszeit sollte daher mindestens 4 Wochen betragen). Ebenso wenig ist es sinnvoll, das Neuauftreten von SARS-CoV-2/CoViD-19 während einer einwöchigen Beobachtungsdauer zu erfassen, wenn die PCR 14 Tage positiv ist und die Inkubationszeit allein 5 Tage beansprucht.]*

In der gegenwärtigen Situation liegt kein einziges Merkmal vor, das für die Verwendung des Begriffs „Inzidenz“ notwendig wäre (s. Abb. 1):

- die Grundgesamtheit ist nicht bekannt (Punkt 1), denn es werden keine repräsentativen Stichproben verwendet, sondern es werden anlassbezogene Testungen durchgeführt. Übertragen auf das Gebiet der nosokomialen Infektionen mit seinen jährlich 700.000 Fällen würde das bedeuten, man würde Erhebungen zu diesem Problem nach dem Prinzip „hier müsste man mal schauen“ durchführen.
- die Population (oder eine Stichprobe) wird nicht vollständig untersucht (s. Punkt 2), sondern es werden montags andere Personen getestet als dienstags (usw.),
- die Population wird nicht über einen Zeitraum untersucht (Punkt 3), was dem Begriff der Inzidenz im Sinne von „Neuerkrankungen in einen Zeitraum“ diametral entgegengesetzt ist,

- die Merkmalsträger zu Beginn des Untersuchungszeitraumes werden nicht ausgeschlossen (Punkt 4), obwohl deren Infektion nicht mehr „neu auftreten“ kann, und
- der Untersuchungs- bzw. Berichtszeitraum von einem Tag bzw. von 7 Tagen ist inadäquat kurz, denn eine Infektion mit einer Inkubationszeit von 5 Tagen und einer PCR-Nachweisbarkeit von 14 Tage (Näherungswerte) sind dadurch nicht vollständig zu beschreiben (Punkt 5). Das *European Center of Disease Control* (ECDC) nimmt daher einen Berichtszeitraum von 14 Tagen an, zwar immer noch sehr kurz, aber immertin schon sinnvoller.<sup>9</sup>

Letztlich lässt sich die Situation leicht auflösen: bei den täglichen Berichten des Robert-Koch-Institutes (RKI) handelt es sich nicht um eine Inzidenz oder eine „7-Tage-Inzidenz“, sondern um eine Kombination von mehreren „1-Tages-Inzidenzen“, bei näherem Hinsehen identisch mit der täglich erhobenen Prävalenz<sup>9</sup>. Wir haben es also mit einer Zusammenstellung bzw. Addition von mehreren, unsystematisch generierten<sup>10</sup> Punktprävalenzen zu tun, die in täglich sich ändernden Stichproben Häufigkeiten beschreiben, die dann zu einem „7-Tage-Wert“ zusammengefasst werden. Am ehesten lässt sich dieses Konstrukt unter dem (etwas außer Mode gekommenen) Begriff der Periodenprävalenz beschreiben. In Abb. 1 werden die Begriffe graphisch dargestellt. Der Begriff der „7-Tages-Inzidenz“ z.B. wird daher auf der europäischen Ebene gar nicht verwendet, so spricht das *European Center of Disease Control* (ECDC) richtigerweise von *notification rates*, also von Melderaten<sup>11</sup>. Es wäre für den deutschen Sprachgebrauch zu empfehlen, sich hier auf eine adäquate Verwendung der Grundbegriffe rückzubesinnen, man könnte z.B. von einer „7-Tage-Melderate“ sprechen. In Kap. 2.5. wird eine Alternative vorgeschlagen, die aus mehreren Parametern zusammengesetzt ist (*notification index*).

Es bleibt dabei die Frage offen, warum ist dieser Punkt so wichtig? Das Problem ist gewaltig und bestimmt die gesamte weitere Diskussion, denn die Verwendung des Begriffs der „Inzidenz“ gibt vor, man habe eine Kenntnis der in einem Zeitraum (7 Tage) tatsächlich neu auftretenden Infektionen, und man könne daran die Entwicklung zutreffend ablesen. Diese Sichtweise ist sehr wirkmächtig, denn sie insinuiert eine

<sup>9</sup> so z.B. <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>, letzter Zugriff 15.11.2020

<sup>10</sup> zum Zusammenhang zwischen Inzidenz und Prävalenz über die Merkmalsdauer s. ausführlicher Tp2, Kap. 2.1.2

<sup>10</sup> Das kommt noch hinzu: die Prävalenzen müssten eigentlich an repräsentativen Stichproben erhoben werden, dies ist aber nicht der Fall, stattdessen werden anlass-bezogene Stichproben verwendet (s. Tp2, Kap. 2.1.1, Nr.1)

<sup>11</sup> so z.B. <https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/situation-updates/weekly-maps-coordinated-restriction-free-movement>, letzter Zugriff 15.11.2020

Handlungsgrundlage, auf der politische und gesellschaftliche Entscheidungen von großer Tragweite getroffen werden. Allerdings ist diese Handlungsgrundlage nicht tragfähig, zum anderen wird auf diese Weise der dringend notwendige Weg zur Nutzung sinnvollerer Vorgehensweisen versperrt.

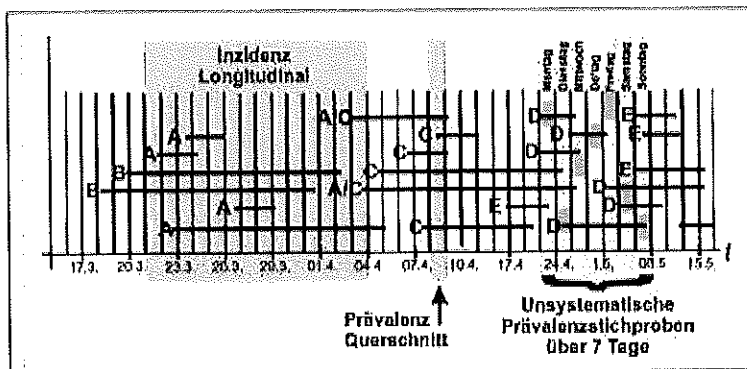


Abb. 1: Inzidenz (longitudinale Perspektive), Prävalenz (Querschnittsuntersuchung) und unsystematische Prävalenzstichproben, bei denen unvollständige Tagesprävalenzen kombiniert werden. A im Berichtszeitraum neu aufgetretene Infektionen (= Inzidenz), die Fälle B waren vorbestehend und werden nicht berücksichtigt. C Prävalenz in einer das ganze Kollektiv umfassende Querschnittsuntersuchung. D Fälle wie in den RKI-Berichten als „7-Tage-Inzidenz“ bezeichnet, obwohl es unsystematisch erhobene Prävalenzen sind. E werden nicht erfasst, da diese anlassbezogenen Stichproben nicht das ganze Kollektiv erfassen.

Wie im nachfolgenden Kapitel ausgeführt wird, wird die Entwicklung bereits seit langer Zeit von der Infektionsdynamik im Bereich der *nicht untersuchten Bevölkerung* bestimmt. Man kann es auch anders ausdrücken: die Dunkelziffer dominiert die quantitative Realität der Epidemie und die verwendeten Grenzwerte. Allerdings befinden wir uns (selbstverschuldet) in der schwierigen Situation, dass wir uns der Dunkelziffer nur indirekt annähern können, da Kohorten-Studien, die wir heute national und auch regional (z.B. in Großstädten) bräuchten, gegen jeglichen fachlichen Rat unterblieben sind. Um es nochmals zu wiederholen: die Auswirkungen dieses Defizits werden in Zukunft noch

dramatischer werden, denn wir werden verlässliche Häufigkeitsdaten dringend benötigen, wenn man z.B. den Erfolg von Impfkampagnen und evtl. auch von therapeutischen Strategien darstellen möchte.

These 3: Der Begriff der Inzidenz wird in der Berichterstattung falsch verwendet. Bei den Häufigkeitsangaben des RKI handelt es sich um unsystematisch gewonnene, anlassbezogene Prävalenzwerte, die über 7 Tage hinweg addiert werden (am ehesten als Periodenprävalenz zu bezeichnen). Der durch den Begriff „Inzidenz“ bzw. „7-Tage-Inzidenz“ geweckte Eindruck, man wisse über den Stand der Epidemie und die tatsächlich in einem Zeitraum auftretenden Neuerkrankungen Bescheid, täuscht und untergräbt die Glaubwürdigkeit des politischen Handelns.

[http://www.matthias.schrappe.com/index.htm\\_files/Thesenpa\\_p6\\_201122\\_endfass.pdf](http://www.matthias.schrappe.com/index.htm_files/Thesenpa_p6_201122_endfass.pdf)

d. Um es abschließend auf den Punkt zu bringen: die seitens des RKI 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, wie oben dargelegt, nicht ohne Weiteres mittels eines PCR-Tests festgestellt werden.**

Die Zuverlässigkeit des Tests hängt 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](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 waren.

Die immer noch währende Anknüpfung an die Anzahl der positiven Tests ist mithin unwissenschaftlich und damit **willkürlich**.

Mögliche zulässige Anknüpfungspunkte wären z.B. diagnostisch bestätigte Fälle oder Zahlen, die durch die Krankenhäuser übermittelt werden, gewesen;

, wobei hierbei ausschließlich die Patient\*innen, die **tatsächlich wegen COVID-19** behandelt wurden und nicht etwa wegen einem anderen Leiden in Behandlung waren und zeitgleich positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden, zu berücksichtigen gewesen wären.

## 2. Ausgangsbeschränkung

Es wird diesbezüglich an die Ausführungen des saarländischen Verfassungsgerichtshofs erinnert. Dieser beschäftigte sich mit der Frage, ob eine Ausgangsbeschränkung seuchenschutzpolitisch gerechtfertigt werden kann und kam zu folgendem Ergebnis:

„Grundrechtseingriffe, vor allem solche der Intensität der durch § 2 Abs. 3 der VO-CP geregelten Ausgangsbeschränkung, bedürfen jedoch einer begleitenden Rechtfertigungskontrolle. Je länger sie wirken, desto höher müssen die Anforderungen an ihre Rechtfertigung – und an ihre Kohärenz mit anderen Regelungen – sein. Maßnahmen, die in der Stunde der Not der – zu diesem Zeitpunkt nur über Bruchstücke wissenschaftlicher Erkenntnisse verfügenden – Exekutive einen weiten Spielraum der Risikobeurteilung und der Einschätzung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen zuzugestehen erlauben, müssen mit dem Verstreichen der Zeit und damit der Tiefe der Grundrechtseingriffe einerseits, der Breite und Validität wissenschaftlicher Erkenntnisse andererseits jeweils neuen Maßstäben gerecht werden.

Dass die Landesregierung im Hinblick auf die besondere Lage des Saarlandes an der Grenze zu dem von der Corona-Pandemie besonders schwer betroffenen Frankreich und in Wahrnehmung ihrer Verantwortung für Leben und Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger angesichts im Vergleich zu anderen Teilen Deutschlands besonders hohen Infektionszahlen im März Anlass gesehen hat, § 2 Abs. 3 VO-CP in Kraft zu setzen und die Regelung über sechs Wochen aufrechtzuerhalten, ist daher Teil einer mit Blick auf die betroffenen Grundrechte verantwortungsvollen Politik.

Dass sich auch gegenwärtig noch voraussichtlich weitere Infektionen ergeben werden, wenn – nur – das grundsätzliche Verbot des Verlassens der eigenen Wohnung ausgesetzt wird, und dass weitere Menschen sterben, in Todes- oder schwere Gesundheitsgefahr geraten, ist nicht auszuschließen aber nicht belegt. Die in der VO-CP enthaltenen vielfältigen Freiheitsbeschränkungen – die in ähnlicher Form in allen Bundesländern gelten – haben Wirkung gezeigt.

Mit Ausnahme von Bayern kennen andere Bundesländer gegenwärtig keine vergleichbare Ausgangsbeschränkung. Die Betrachtung der Infektions- und Sterberaten in den deutschen Bundesländern mit und ohne Ausgangsbeschränkungen zeigt keine belastbaren Gründe für die Notwendigkeit der Fortdauer der saarländischen Regelung. Das mag folgende Betrachtung veranschaulichen: Bezogen auf die Zahl der Einwohner liegt die Zahl der Neuinfizierten dem Vortag gegenüber (zum 27.04.) in Bayern ein wenig über 12,2, im Saarland bei 21. Für die keine Ausgangsbeschränkung kennenden Bundesländer, die gleichwohl eine gemeinsame Grenze mit europäischen Nachbargebieten mit hohen Infektionszahlen haben, liegt sie für Nordrhein-Westfalen bei 11,8, für Baden-Württemberg bei 24 und für Rheinland-Pfalz bei 10. Daraus ergibt sich keine Signifikanz.

Nach der Studie von Schweizer Wissenschaftlern (Banholzera et al., ETH Zürich et al.) „The estimated impact of non-pharmaceutical interventions on documented cases of COVID-19: A cross-country analysis“ haben Ausgangsbeschränkungen „only a small added value“; dennoch gilt zu beachten, dass „lockdowns also entail a ban on public events and gatherings“.

Während zu Beginn des Infektionsgeschehens eine rasante und exponentielle Entwicklung des Infektionsgeschehens zu befürchten war, hat sich die von der Landesregierung bekannt gegebene Zahl der nachgewiesenen Infizierten fortlaufend verringert. Während die täglichen Neuinfektionen bei Inkrafttreten der Verordnung am 30.03.2020 bei 74 lagen und sich in den folgenden Tagen bis zu einem Höchstwert von 179 am 02.04.2020 mehr als verdoppelt hatten, betrug die Zahl der Neuinfektionen am Tag des Beschlusses der derzeit geltenden Fassung vom 17.04.2020 nur noch 30 und hat sich in den Folgetagen tendenziell weiter reduziert. Im gleichen Zeitraum hat sich die Zahl der intensivmedizinisch behandlungsbedürftigen Covid-19-Patienten von in der Spitze über 70 mit fallender Tendenz auf konstant unter 50 reduziert. Dem stehen Krankenhauskapazitäten von über 600 Intensivbetten gegenüber, von denen nach öffentlichen Verlautbarungen der Landesregierung mehr als die Hälfte dauerhaft nicht belegt ist. Eine ähnliche Entwicklung des Infektionsgeschehens hat sich in diesem Zeitraum in allen anderen Ländern vollzogen, wobei – bis auf den Freistaat Bayern – in keinem Land Ausgangsbeschränkungen, sondern lediglich Kontaktverbote auch außerhalb des öffentlichen Raums angeordnet worden waren. Auch in diesen Ländern ist es trotz gewisser Unterschiede weder zu einer exponentiellen Ausbreitung des Infektionsgeschehens, noch zu einer Überlastung des Gesundheitssystems gekommen. Dabei verkennt der Verfassungsgerichtshof nicht, dass in den Ländern eine unterschiedliche Ausgangssituation im Hinblick auf den

Grad der Verbreitung des Virus bestand (sog. Ingerenz). Allerdings war die Entwicklung im ähnlich stark betroffenen Land Baden-Württemberg, das wie das Saarland zugleich Grenzregion zu der besonders stark betroffenen Region Grand-Est ist, nicht wesentlich nachteiliger als im Saarland, worauf auch der Beschwerdeführer zu Recht hinweist. Insgesamt kann in ganz Deutschland die befürchtete exponentielle Ausbreitung der Corona-Infektionen nicht festgestellt werden. Unter Berücksichtigung dieser weiteren Entwicklung, dem günstiger als befürchtet verlaufenen Infektionsgeschehen und den Erkenntnissen aus anderen Ländern erweisen sich die Ausgangsbeschränkungen als besonders einschneidende Maßnahme nicht mehr als erforderlich.

Die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina hat in ihrer Dritten Adhoc-Stellungnahme vom 13.04.2020 darauf aufmerksam gemacht, dass in die Abwägung der Güter, in die eingegriffenen wird, mit den Zielen, die angestrebt werden, weitaus mehr einzubeziehen ist als eine Gegenüberstellung der einzelnen Freiheit und des herausragenden Ziels des Schutzes von Leib und Leben Vieler. Sie hat auch hervorgehoben, von welcher außerordentlichen Bedeutung die Akzeptanz der Freiheitsbeschränkungen insgesamt ist, deren Grad jedoch umso fragiler wird, je länger diese andauern. Auch sei von hoher Bedeutung, dass Normen klar, eindeutig und nachvollziehbar sind und von der Einsicht in das eigene Interesse und die Fürsorge für Andere getragen werden. Die durch die gewiss zunächst unabdingbaren Maßnahmen bewirkte „empfindliche Schwächung“ der Zivilgesellschaft lasse dazu raten, sobald irgend möglich eine schrittweise Lockerung der Maßnahmen einzuleiten.

Zwar ist ohne jeden Zweifel eine Einschätzungsprärogative der Landesregierung anzunehmen, der die Gefahreinschätzung in



erster Linie zusteht. Der Begründung der Verlängerung der Ausgangsbeschränkung sind die tatsächlichen Grundlagen der fortbestehenden Notwendigkeit eines solchen Grundrechtseingriffs indessen nicht zu entnehmen.“

Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss vom 28. April 2020 - Lv 7/20.

Im Übrigen wird auf das bisherige umfassende Vorbringen verwiesen.

### 3. Betriebsuntersagung

Die Erwiderung des Antragsgegners entkräftet nicht das hiesige Vorbringen.

Angemerkt werden soll hingegen, dass die folgende Ausführung des Antragsgegners erneut unter Beweis stellt, dass es ihm an Respekt gegenüber seinen Bürger\*innen, - dem Souverän - fehlt (Stellungnahme, S. 42):

für dauerten sie schon insgesamt nicht lang genug. Dabei kann es – bei allem Verständnis für Einzelschicksale – nicht darauf ankommen, ob einzelne Wirtschaftsteilnehmer durch die Maßnahmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gekommen sind. Es obliegt jedem Einzelnen, sich finanziell so aufzustellen, dass eine gewisse wirtschaftliche Resilienz gegenüber Krisen besteht. Zur Abmilderung der hierdurch erzeugten Auswirkungen wurden und werden von verschiedenen Stellen Hilfsprogramme angeboten.

Wenn sich der Antragsgegner erdreistet, von seinen Bürger\*innen eine wirtschaftliche Vorbereitung auf eine Pandemie zu erwarten, sollte er dringend zunächst seine eigene Verantwortung in den Blick nehmen.

So war der Antragsgegners **völlig unvorbereitet** und hat mithin zu spät auf das bereits seit Januar 2020 erkennbare weltweite epidemische Geschehen reagiert. Dass er im gleichen Atemzug, in dem er den Bürger\*innen erklärt, dass eine gewissen wirtschaftliche Resilienz

gegentüber Krisen zu erwarten wäre, seine Versäumnisse benennt, in dem er sinngemäß darauf verweist, dass zu wenig Atemschutzmasken zur Verfügung standen (Stellungnahme, S. 43) zeugt von einer weit **unterdurchschnittlich ausgeprägten Reflexionsfähigkeit**.

Dass der Antragsgegner zudem immer noch die auf der Hand liegende verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Läden unterhalb von 800 qm mit Läden über 800 qm verteidigt, zeugt von einer **renitenten Uneinsichtigkeit** die auch das behauptete Bemühen um Konsistenz in Frage stellt.

Der Antragsgegner vermittelt auch hierdurch den Eindruck, sich um jeden Preis verteidigen zu wollen und darauf zu beharren, alles richtig gemacht zu haben. Es stünde dem Antragsgegner gut zu Gesicht, eine etwas demütigere Haltung angesichts der massiven Grundrechtseingriffe und der ungezählten „Kollateralschäden“, für die er die Verantwortung trägt, an den Tag zu legen.

#### **4. Versammlungsverbot**

Der sehr bemüht wirkende Versuch das generelle Versammlungsverbot zu rechtfertigen, ist schwer zu ertragen.

Die Ausführungen des Antragsgegners, die nur kurz kommentiert werden sollen, zeugen von **einer eklatanten Verkennung der Bedeutung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit**.

Der Verordnungsgeber ging von einer Pandemielage und einem entsprechend hohen Risiko der Übertragung des Virus von Mensch zu Mensch aus, die nach damaliger Erkenntnislage durch Tröpfcheninfektion erfolgt. Es war daher schlüssig, dass die Reduzierung menschlicher Kontakte das Mittel der Wahl war, um die Wahrscheinlichkeit der Übertragung des Erregers zu reduzieren. Gleichwohl hat sich der Verordnungsgeber aber **nicht** dafür

entschieden, die Kontaktreduktion zu maximieren und Kontakte „auf Null“ zu setzen. Zwar hat er weitgehenden Betretungsverboten erlassen und ein Ausgangsverbot verhängt. Gleichzeitig hat er aber eine Vielzahl an Ausnahmen zugelassen, sodass jedenfalls nicht die Rede davon sein kann, dass er den öffentlichen Raum entvölkert hat. Er nahm sogar in Kauf, dass der Mindestabstand von 1,5 m nicht immer eingehalten werden kann – etwa bei der nach wie vor zulässigen Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs. Das bedeutet er nahm ein erhöhtes Infektionsrisiko sogar in geschlossenen Räumen in Kauf. Es ist daher nicht verfassungsmäßig, generell Versammlungen unter freiem Himmel präventiv zu verbieten.

Es ist insbesondere nicht zu rechtfertigen, Bürger\*innen die Inanspruchnahme eines wichtigen und hochrangigen Freiheitsrechts, nämlich das der kollektiven Meinungsäußerung generell zu verwehren, während bei alltäglichen Verrichtungen, wie Bus und Bahn oder Taxi fahren, der Schutzstandard im Ergebnis zurückbleiben darf und dort ein erhöhtes Infektionsrisiko in Kauf genommen wird.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst dann, wenn unmittelbare Gefährdungen von Rechtsgütern zu befürchten wären, dem nicht durch ein generelles Verbot, sondern primär durch Auflagen entgegenzuwirken wäre. Die Untersagung einer Versammlung kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigungen anders nicht verhindert werden können.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1BvR 699/06 –, juris, Rn. 90.

Dass der Antragsgegner im Rahmen seines ungeschickten Versuchs der Rechtfertigung des generellen Versammlungsverbots einen Vergleich zu einer während einer Versammlung gefundenen Fliegerbombe zieht, ist haarsträubend (Stellungnahme, S. 48).

## VI. Maskenpflicht

Auf die immer noch umstrittene Maskenpflicht darf vorliegend noch ausführlich eingegangen werden, da sie immer noch existiert und sogar **erheblich ausgeweitet** wurde.

### 1. Schutzkonzept in der 3. BayIfSMV (Stellungnahme, S. 50 ff.)

Durch die 3. BayIfSMV, so der Antragsgegner, sei es zu einem „Paradigmenwechsel“ gekommen, nämlich *„weniger Verbote und Beschränkungen“* hin zu *„Unterbindung von Infektionen im Kleinen“*. Dies sollte wie schon zuvor durch die Einhaltung von Abständen und **zusätzlich** durch die Pflicht, eine Mund-Nasen-Bedeckung (im Folgenden: MNB oder Maske) zu verwenden, *„um eine Anreicherung infektiöser Aerosole in der Luft möglichst zu vermeiden“*, erreicht werden.

Der hiesige Senat gehe dabei von der Geeignetheit dieser Verpflichtung aus. Dies gelte *„schon für den Außenbereich, erst recht aber für den Innenbereich“*. Dort (also im Innenbereich) werde *„nach Einschätzung des Robert-Koch-Instituts die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung durch Aerosole begünstigt (...) und (könne) selbst unter Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 Metern (der im ÖPNV regelmäßig überhaupt nicht zu erreichen ist) nicht ausgeschlossen werden. Im Umkreis von 1 bis 2 Metern um eine infizierte Person herum ist die Wahrscheinlichkeit einer Exposition gegenüber (eher beim Niesen und Husten ausgestoßenen) Tröpfchen und (etwa beim Atmen und Sprechen ausgestoßenen) Aerosolen noch erhöht“*.

Literatur wird dazu im *„Steckbrief“* zum neuen Coronavirus nur zur Aerosolfreisetzung angegeben, was bekannt ist, aber nicht dazu, dass die Erregerübertragung durch Aerosole als solche belegt sei. Dass eine MNB das Risiko der Erregerübertragung *„durch Partikel jeglicher Größe“* reduzieren könne, wird vom RKI **nur behauptet, aber nicht belegt**.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues\\_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F36507A9CCEA4C227546BFD54E23CB92.internet072#doc13776792bodyText1](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=F36507A9CCEA4C227546BFD54E23CB92.internet072#doc13776792bodyText1)

Der Präsident des RKI hat dagegen am 28. April 2020 in einem Interview mit dem Deutschen Ärzteblatt vom ‚geringen Mehrwert‘ von Masken gesprochen, der aber auch **nur dann** zum Tragen komme, wenn sie ‚korrekt‘ benutzt würden.

<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112349/Masken-Geringer-Mehrwert-laut-RKI-nur-bei-richtigem-Umgang>

Damals war die Maskenpflicht neu verhängt worden und das RKI hatte mit seinem Beitrag im Epid Bull 19 / 2020 dafür die Grundlage geschaffen, Mund-Nasen-Bedeckung im öffentlichen Raum als weitere Komponente zur Reduktion der Übertragungen von COVID-19 anzusehen.

Epid Bull 2020; 19: 3-5;  
[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/epid\\_bull\\_form.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/epid_bull_form.html)

Hätte das RKI die Beurteilung ‚geringer Mehrwert‘ bereits in den Beitrag geschrieben, wäre die Verhängung der Maskenpflicht mutmaßlich nicht möglich gewesen bzw. nicht erfolgt.

Die Verwendung von Masken sei ‚in Situationen, in denen viele Menschen auf begrenztem, regelmäßig umschlossenem Raum in der Regel nicht nur kurzfristig aufeinandertreffen, derzeit der einzige bekannte Schutz‘, **behauptet der Antragsgegner, sagt aber das RKI nicht.**

Das RKI empfehle seit dem Epid Bull 19 / 2020 vom 07.05.2020 ‚ein generelles Tragen einer MNB in bestimmten Situation im öffentlichen Raum als einen Baustein neben anderen Maßnahmen, um Risikogruppen zu schützen

*und den Infektionsdruck und damit die Ausbreitungsgeschwindigkeit von COVID-19 in der Bevölkerung zu reduzieren; diese Empfehlung beruhe auf einer Neubewertung aufgrund der zunehmenden Evidenz, dass ein hoher Anteil von Übertragungen unbemerkt erfolgt, und zwar bereits vor dem Auftreten von Krankheitssymptomen'.*

Epid Bull 2020; 19: 3-5;  
[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/epid\\_bull\\_f  
orm.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/epid_bull_f orm.html)

*Dabei solle die Mund-Nasen-Bedeckung ,primär andere Personen vor feinen Tröpfchen und Partikeln aus der Ausatemluft desjenigen schützen, der eine MNB trägt (Fremdschutz)'.*

Der RKI-Beitrag im Epid Bull 19 / 2020 wurde in einem Artikel in einer Fachzeitschrift aus dem Bereich der Krankenhaushygiene daraufhin analysiert, ob die vom RKI herangezogenen Publikationen diese ‚Neubewertung‘ des RKI bestätigen mit dem Ergebnis, dass das RKI dafür keine wissenschaftliche Evidenz vorlegen konnte, sondern lediglich behauptet hat, dass die MNB zusammen mit anderen Maßnahmen, wie Abstandhalten, also in einem Maßnahmenpaket, den gewünschten Effekt habe.

Krankenhaushygiene up2date (KHHu2d) 2020; 15: 279,  
[https://www.thieme-  
connect.de/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1174-6591](https://www.thieme-connect.de/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1174-6591)

In einem Ende September aufgenommenen Audio-Podcast wurde von der Autorin dieses Artikels, Prof. Dr. Ines Kappstein, in KHHu2d die Thematik nochmals und ausführlicher dargestellt und durch weitere Publikationen ergänzt, die sämtlich keine Wirkung von MNB zeigten.

<https://www.youtube.com/watch?v=zQIHP2fmmns>

Das Zusammenwirken einzelner Maßnahmen (Maßnahmenpaket oder sog. Bündelmaßnahmen) kann nicht einfach behauptet werden, sondern dieses Zusammenwirken muss ebenso wie zuvor die Wirksamkeit der Einzelmaßnahmen wissenschaftlich belegen werden.

Eine solche Bestätigung fehlt aber, d.h. eine Wirksamkeit von MNB für fast alle Bürger\*innen in Deutschland im öffentlichen Raum lag nicht vor und war somit in dem RKI-Beitrag nur postuliert, aber in keiner Weise wissenschaftlich belegt worden. Dies gilt im Übrigen auch jetzt noch trotz einiger neuer Publikationen (incl. Preprints, also Vor-Publikationen der Manuskripte, worauf unter 4. ausführlicher eingegangen werden darf). Diese zwischenzeitlich erschienenen Artikel und Preprints sowie einigen weiteren vom Antragsgegner nicht aufgeführten Publikationen werden unter 10. kurz zusammengefasst dargestellt.

## 2. S. 51 der Stellungnahme: Deutschen Gesellschaft für Pneumologie (DGP)

Hier verweist der Antragsgegner auf die Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Pneumologie (DGP), die er fälschlicherweise als ‚Studie‘ bezeichnet.

<https://doi.org/10.1055/a-1175-8578>

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Studie, sondern um eine Übersicht über verschiedene experimentelle Studien zur theoretischen Wirksamkeit von Masken.

Zitiert werden einige Einzelstudien aus einer großen Übersichtsarbeit (Cochrane-Review von Jefferson et al.: <https://doi.org/10.1101/2020.03.30.20047217>; derzeit, 26.11.2020, noch Preprint), die aber keine Wirksamkeit von Masken im öffentlichen Raum zum Fremdschutz einschließt, sondern vorwiegend

Untersuchungen aus Krankenhäusern bei der Verwendung von Masken zur Versorgung von Patient\*innen, wobei es sich um einen **völlig anderen epidemiologischen Kontext** handelt, weil dabei nämlich ein enger und vergleichsweise langdauernder Kontakt von medizinischem Personal, das die Masken trägt, mit den Patient\*innen charakteristisch ist.

Die anderen in dieser großen Übersichtsarbeit behandelten Maskenuntersuchungen spielen sich in Haushalten oder haushaltsähnlichen Settings ab bzw. sind Untersuchungen bei großen (religiösen) Veranstaltungen, bei denen die Teilnehmenden z.B. in großen Zelten untergebracht und übernachtet haben.

Bei allem handelt es sich also nicht um Szenarien, die auch nur ansatzweise mit dem Zusammentreffen von Menschen im öffentlichen Raum oder im ÖPNV vergleichbar wären. Die DGP zieht am Ende den aus wissenschaftlicher Sicht nicht nachvollziehbaren Schluss, dass *„nicht-medizinische, aus Stoffen hergestellten Masken (...) einen Fremdschutzeffekt (haben)“*. Diese Schlussfolgerung ist nämlich durch keine der in der DGP-Stellungnahme zitierten Untersuchungen belegt.

### 3. S. 51 – 52 der Stellungnahme: ‚Studie‘ von Prather et al.

Anschließend erörtert der Antragsgegner die prinzipielle Schutzwirkung von medizinischen Masken im Vergleich zu Atemschutzmasken, deren Verwendung entscheidend von der Tröpfchengröße abhängt.

Der Mensch produziere beim Sprechen, Husten und Niesen Tröpfchen mit einem Durchmesser von durchschnittlich 5 µm. Diese Tröpfchen seien die Grundlage für die Abstandsregel von 1,5 m und würden durch MNB effektiv abgeschieden. Außerdem heißt es in der Stellungnahme des Antragsgegners, die *„Wirksamkeit von MNB bezüglich einer Reduktion*



*der Transmission von SARS-CoV-2 im Falle einer universellen Nutzung konnte etwa in einer Studie von Prather, Wang und Schooley gezeigt werden'.*

Jedoch handelt es sich erstens bei dieser Publikation gar nicht um eine *Studie*, sondern um eine kleine Übersichtsarbeit (von 2 ½ Druckseiten), in der **vorwiegend Hypothesen** auf- sowie einige Fragen gestellt und nur wenige Studien (darunter eine tierexperimentelle mit Goldhamstern) erwähnt, aber nicht und schon gar nicht erschöpfend diskutiert werden.

Prather KA et al. Science 2020; 368: 1422-1424.

Und zweitens stellen die Autor\*innen nicht die *Wirksamkeit von MNB bezüglich einer Reduktion der Transmission von SARS-CoV-2 im Falle einer universellen Nutzung* fest, wie es der Antragsgegner behauptet.

Ziel dieser Publikation war ganz offensichtlich – was im wissenschaftlichen Kontext auch legitim ist –, einige Frage anzustoßen. Die Autor\*innen versuchen aber gerade **nicht**, feststehende Antworten zu geben; was der Antragsgegner offenbar missverstanden hat.

Diese Publikation ist also **nicht** geeignet, eine Wirksamkeit von MNB oder irgendwelchen Masken zu belegen; es mangelt an entsprechenden wissenschaftliche Daten.

Die Publikation ist somit **offensichtlich keine wissenschaftliche Begründung für Masken (jeder Art) getragen als Fremdschutz** durch fast die gesamte Bevölkerung in Deutschland im öffentlichen Raum, der zudem zwischenzeitlich enorm ausgedehnt wurde, so dass mittlerweile in Büros, Kliniken und sogar auf öffentlichen Plätzen, also im Freien, Masken getragen werden müssen, ganz zu schweigen davon, dass Schulkinder die Masken aktuell stundenlang tragen müssen, also zu den am Stärksten von der Maskenpflicht gehörenden Gruppen der Bevölkerung gehören.

#### 4. S. 51 der Stellungnahme: zur „Neubewertung“ des RKI im Epidemiologischen Bulletin 19 / 2020

Das RKI spricht in Epid Bull 19 / 2020 davon, dass ein *„hoher Anteil von Übertragungen unbemerkt“* erfolge, verweist dafür aber im Text dieses Beitrags nicht auf eine Quelle. In der Literaturliste zu dem Beitrag finden sich jedoch zwei Publikationen, auf die sich das RKI bei seiner Aussage vermutlich bezogen hat (und im Text wurden vielleicht nur die Literaturverweise dazu vergessen).

Es handelt sich zum einen um eine **mathematische Schätzung**, wonach die präsymptomatische Übertragung sehr hoch, nämlich zwischen 48% und 77%, gelegen haben soll.

<https://doi.org/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.17.2000257>

Dem Ergebnis der zweiten Publikation liegt ebenfalls eine **mathematische Schätzung** mit einer hohen präsymptomatischen Übertragungsrate von 79% zugrunde.

<https://doi.org/10.1126/science.abb3221>

Auf den Internetseiten des RKI heißt in der Rubrik *„Häufig gestellte Fragen (FAQ) > Infektionsschutzmaßnahmen > Was ist beim Tragen einer MNB in der Öffentlichkeit zu beachten?“* vom 15. Juli 2020 und 21. August 2020 dann nicht mehr *„hoher Anteil“*, sondern nur noch *„gewisser Anteil“*, um schließlich in den FAQ seit dem 7. September (und zuletzt in der Fassung vom 20. Oktober bis jetzt in der Fassung vom 9. November 2020) von einem *„relevanten Anteil“* zu sprechen. Literaturangaben sind dort nicht vorhanden und sind bei den FAQ i.d.R. auch nicht üblich.

Eine Literaturangabe dazu macht das RKI aber im Epid Bull 39 / 2020 (online vorab am 23.09.). In diesem Beitrag geht es um die *„Abwägung der*

*Dauer von Quarantäne und Isolierung bei COVID-19#.* Dort heißt es auf S. 5 (unten links): *„Beispielsweise demonstrierten He et al., dass präsymptomatische Übertragungen für einen Großteil (44%) von SARS-CoV-2-Übertragungen verantwortlich sind, ...“.*

In der Publikation von He et al. wird eine **mathematische Schätzung** vorgenommen beruhend auf Annahmen, wie sich die Viruslast im respiratorischen Sekret vor Auftreten von Symptomen verteilen **könnte**.

Nature Medicine 2020; 26: 672–675;  
<https://doi.org/10.1038/s41591-020-0869-5>

Zu diesem Artikel wurde am 17. August (also 5 ½ Wochen vor der online-Publikation des RKI im Epid Bull 39 / 2020) in derselben Zeitschrift unter der Rubrik ‚Matters arising‘ eine kritische Stellungnahme von Slifka MK und Lao L veröffentlicht unter dem Titel ‚Is presymptomatic spread a major contributor to COVID-19 transmission?‘

<https://doi.org/10.1038/s41591-020-1046-6>

Darin führen diese Autor\*innen Folgendes aus:

„In terms of larger COVID-19 studies that calculated the proportion of presymptomatic versus post-symptomatic spread, a study examining 468 COVID-19 cases in China found that 12.6% of transmission occurred prior to symptom onset [12]. Likewise, contact tracing studies of 157 locally acquired cases in Singapore identified 10 cases of presymptomatic COVID-19 transmission, but this only accounted for 6.4% of transmission events [13]. Although many factors are involved with transmission efficiency, it appears that asymptomatic / presymptomatic transmission measured by direct contact tracing

studies [7 - 9, 12, 13] is lower than that predicted by COVID-19 transmission models [1, 6]."

(Die Ziffern in [ ] entsprechen den Literaturangaben in dem zitierten Artikel von Slifka und Lao).

Daraus folgt: Bei der Auswertung **realer Kontakt-Szenarien** fanden sich **deutlich geringere Raten präsymptomatischer Übertragungen**, wie 12,6% (China; im Juni publiziert) oder 6,4% (Singapur; im April publiziert). Eine abschließende Beurteilung ist derzeit noch nicht möglich, aber bei der mathematischen Schätzung (mit unbekanntem Erregerkonzentrationen im Nasenrachenraum vor Auftreten der ersten Symptome) von 44% (He et al.) handelt es sich um ein theoretisches Ergebnis, das vermutlich viel zu hoch liegt. Außerdem gibt es nicht mehr als die Annahme, dass bei höheren Erregerkonzentrationen im respiratorischen Sekret daraus auch eine höhere Infektiosität resultiert. Das klingt zwar plausibel, aber entscheidender für derartige potentielle Erregerkontakte und damit für die Infektiosität sind die **realen Szenarien**, unter denen es zu einem Kontakt zwischen infizierten und nicht-infizierten Personen kommt.

Reale Kontakt-Szenarien aus Kontakt-Tracing-Untersuchungen auszuwerten, ist jedenfalls mühsamer und langwieriger, als einem Computerprogramm Zahlen einzugeben und verschiedene Szenarien berechnen zu lassen. Es kommt bei der Klärung dieser Frage aber gerade darauf an, **reale Szenarien** auszuwerten, denn dabei wird erst deutlich, um welche Art von Kontakten es sich in der Realität gehandelt hat.

So wurde in der Studie aus Singapur ermittelt, dass bei 7 Kontaktauswertungen 3 x (Ehe-)Paare und 1 x ein Mitglied aus einer Wohngemeinschaft von einer präsymptomatischen Erregerübertragung betroffen waren, also **Situationen mit engen Dauer-Kontakten**, bei den Paaren sogar mit Schleimhautkontakt.

Wei WE et al.: MMWR 2020; 69: 411-415.

In solchen Lebenssituationen ist mit präsymptomatischen Übertragungen zu rechnen, aber nicht bei den üblichen Kontakten im öffentlichen Raum zwischen Menschen, die sich nicht (so) nahekommen und höchstens kurz aneinander vorübergehen oder hintereinanderstehen.

Das RKI berücksichtigt bzw. zitiert in seinem Beitrag im Epid Bull 39 / 2020 weder den kritischen Artikel von Slifka und Lao, der dafür Mitte August 2020 lange genug vor der online-vorab-Publikation des RKI erschien, noch geht es auf die sogar noch früher publizierten Untersuchungen aus China

publiziert im Juni; <https://doi.org/10.3201/eid2606.200357>] und / oder Singapur (publiziert am 1. April; Wei WE et al.: MMWR 2020; 69: 411-415)

ein, die in dem kritischen Beitrag zitiert werden.

Hieraus wird erkennbar, dass das RKI sich in seinem Beitrag aus dem Epid Bull 39 / 2020 nicht an die wissenschaftliche Grundregel hält, alle zur Verfügung stehenden Daten aus wissenschaftlichen Untersuchungen in seine Überlegungen einzubeziehen.

Stattdessen beruft es sich lediglich auf die einzige Untersuchung, die aus einer Modellrechnung theoretisch ermittelte und sehr hohe Rate präsymptomatischer Übertragungen erzielt hat.

Die aus realen Szenarien bei der Nachverfolgung von Kontakten ermittelten Übertragungsraten, die sehr viel niedriger liegen, enthält das RKI den Leser\*innen vor:

Das ist nicht nur eine Missachtung der wissenschaftlichen Grundsätze, sondern dieses Vorgehen lässt sogar vermuten, dass das RKI beabsichtigte, **das Risiko einer präsymptomatischen, also unbemerkten Übertragung, bewusst hoch darzustellen**, schließlich war der Aspekt der angebliche Anlass für die ‚Neubewertung‘ (*Hoher Anteil*).

Es ist ersichtlich inadäquat, dass das RKI die kritische Stellungnahme von Slifka und Lao noch nicht einmal erwähnt und damit auch nicht diskutiert hat. Dasselbe kann man in einem Mitte September 2020 als Preprint publiziertem systematischen Review anderer Autor\*innen beobachten, der im COVID-19-Steckbrief vom RKI zitiert wird.

<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.05.10.20097543v3>

Es fehlt dort nicht nur relevante Literatur zu der fraglichen Thematik, die über **wesentlich geringere präsymptomatische Übertragungen** berichtet, sondern es werden alle Ergebnisse zusammengenommen dargestellt, **ohne nach epidemiologischer Situation zu unterscheiden**:

Es ist aber ein bedeutender Unterschied, ob eine Erregerübertragung in Familien stattfindet, wo enger Körperkontakt und Schleimhautkontakt die Regel ist, oder im öffentlichen Raum, wo es zu solchen Kontakten unter den Menschen, die z.B. einkaufen gehen, gerade nicht kommt. Wichtig ist es also bei solchen Untersuchungen die jeweiligen Settings getrennt auszuwerten.

Jedenfalls ist es im wissenschaftlichen Diskurs und gerade bei systematischen Reviews **inadäquat, wenn selektiv zitiert wird, und es widerspricht zudem dem Auftrag des RKI aus § 1 Abs. 2 IfSG, nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft zu arbeiten, denn dazu gehört auch, dass einzelne Ergebnisse der Wissenschaft nicht einfach übergangen werden**. Eine derartige selektive, mutmaßlich Interessen-

geleitete Auswahl von Veröffentlichungen gehört, zu den ‚Todsünden‘ in der Wissenschaft.

Inzwischen ist eine am 20.11.2020 veröffentlichte peer-reviewte Studie mit 10 Millionen Teilnehmer\*innen aus Wuhan veröffentlicht worden. **Hiernach sind asymptomatisch positive Getestete nicht infektiös:**

“Previous studies have shown that asymptomatic individuals infected with SARS-CoV-2 virus were infectious<sup>3</sup>, and might subsequently become symptomatic<sup>4</sup>. Compared with symptomatic patients, asymptomatic infected persons generally have low quantity of viral loads and a short duration of viral shedding, which decrease the transmission risk of SARS-CoV-2. In the present study, virus culture was carried out on samples from asymptomatic positive cases, and found no viable SARS-CoV-2 virus. All close contacts of the asymptomatic positive cases tested negative, indicating that the asymptomatic positive cases detected in this study were unlikely to be infectious.”

<https://www.nature.com/articles/s41467-020-19802-w>

Das RKI hatte den Artikel der Zeitschrift Lancet Public Health, der noch nicht unabhängig begutachtet wurde (sog. Peer-Review), sogar bereits auf seiner Seite veröffentlicht.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues\\_Coronavirus/Projekte\\_RKI/impact-control-measures-oecd-summary.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues_Coronavirus/Projekte_RKI/impact-control-measures-oecd-summary.pdf?__blob=publicationFile)

Darin wurden Veröffentlichungen, in denen die Corona-Maßnahmen kritisch und ohne Einfluss auf das Infektionsgeschehen beurteilt wurden, vom Autor\*innen-Team des RKI (Pozo-Martin, F. et al.) **nicht** zitiert.

Außerdem steht ebenfalls auf den RKI-Seiten von einem etwas anders zusammengesetzten Autor\*innen-Team, aber mit demselben Erst-Autor (Pozo-Martin, F.) die Zusammenfassung einer Literaturübersicht (im Titel ‚Rapid Review‘ genannt).

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues\\_Coronavirus/Projekte\\_RKI/Rapid-Review-NPIs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neues_Coronavirus/Projekte_RKI/Rapid-Review-NPIs.pdf?__blob=publicationFile)

Auch bei dieser vorläufigen Publikation fehlt die Zitierung von Arbeiten, die sich kritisch mit den Corona-Maßnahmen auseinandersetzen. Darüber hinaus werden darin auffällig viele Preprints (Vor-Publikationen der eingereichten Manuskripte) zitiert, wobei es sich also um noch nicht unabhängig begutachtete Publikationen handelt. Das erkennt man jedoch erst, wenn man in die Literaturliste schaut. Mit solchen noch nicht begutachteten und damit auch von den Zeitschriften noch nicht akzeptierten Manuskripten in einer Literaturübersicht zu arbeiten, ist nicht unproblematisch (siehe unten).

Unterhalb des Links zu dieser Übersicht schreibt das RKI auf seinen Internetseiten aber Folgendes: *„Im Rahmen eines Rapid Review hat das Robert Koch-Institut (RKI) in Fachzeitschriften veröffentlichte Studien zur Wirksamkeit von nicht-pharmazeutischen Interventionen (NPIs) zur Eindämmung der ...“* und gibt damit vor, dass die behandelten Untersuchungen bereits in Fachzeitschriften veröffentlicht seien. Dies trifft jedoch von den 6 Zitaten, in denen u.a. die Effektivität von Masken untersucht wurde, bei 4 Zitaten nicht zu, weil sie sich noch im Preprint-Stadium befinden.

Diese beiden RKI-Publikationen von Pozo-Martin et al. würden die getroffenen Corona-Maßnahmen in ihrer Wirkung bestätigen.



Leser\*innen, die nicht mit den Publikationsregeln vertraut sind, können die Problematik, die mit solchen Vor-Veröffentlichungen verbunden sind, nicht erkennen (so z.B. Journalist\*innen, die sie so behandeln, als handele es sich um abgeschlossene Publikationen).

Bei Preprints ist generell Vorsicht geboten, weil es sich lediglich um die eingereichten Manuskripte der Autor\*innen handelt. Nicht selten müssen Publikationen aufgrund des Peer-Review, wenn sie nicht sowieso direkt abgelehnt werden, zuvor nochmals umfassend umgearbeitet werden, bis sie dann letztlich, wenn überhaupt, angenommen werden.

Diese externe Kontrolle entfällt bei den Preprints und muss sowohl von anderen Autor\*innen, die solche Beiträge zitieren, als auch von den Leser\*innen solcher Preprints berücksichtigt werden. Bei der derzeitigen Fülle von Preprints und dem nachvollziehbaren Interesse an neuen Erkenntnissen wegen des neuen Coronavirus besteht jedoch die Gefahr, dass man sich quasi an Preprints gewöhnt und ihre Einschränkungen nicht mehr genau genug wahrnimmt.

Insgesamt lag vermutlich die Schwelle bei den internationalen Fachzeitschriften für die Annahme von Beiträgen zum neuen Coronavirus eher niedrig, und das bedeutet auch, dass wohl nicht wenige Beiträge veröffentlicht wurden, die es von ihrem wissenschaftlichen Gehalt und / oder von Studiendesign und Durchführung in ‚normalen‘ Zeiten nicht geschafft hätten, zur Publikation angenommen zu werden.

#### **a) Infektiosität vor Auftreten von Symptomen: ‚unbemerkte‘ Übertragung**

Dass infizierte Personen bereits vor Beginn der Krankheitssymptome potentiell infektiös sind (und in der Regel dabei sogar mehr Viren ausscheiden als während der symptomatischen Phase der Erkrankung),

ist von anderen Virusinfektionen bekannt, deren Erreger ebenfalls über das respiratorische Sekret ausgeschieden werden (z.B. Influenza, Masern).

Dass dies bei einer Infektion mit dem neuen Coronavirus auch der Fall sein sollte, war deshalb für die Fachwelt nichts Neues - man sollte besser sagen: sogar zu erwarten. Seit Mitte Februar 2020 wurde dazu noch im Hinblick auf das neue Coronavirus in der internationalen Literatur berichtet.

Kampf, Günter: ‚Nutzen und Risiken von Corona-Maßnahmen - Erkenntnisse aus der Wissenschaft‘, 2020, BoD - Books on Demand; <https://dnb.dnb.de>

Ebenso gilt dies auch für alle respiratorischen Infektionen, die asymptomatisch verlaufen (z.B. bei Influenza in ca. 1/3 der Fälle, siehe RKI-Ratgeber), also auch diese Personen sind für ihre Umgebung potentiell oder prinzipiell infektiös.

Das bedeutet aber in der Realität nur, dass es **möglich** ist, jedoch nicht, dass diese Personen **zwangsläufig** den jeweiligen Erreger auch verbreiten: über das Ausmaß der (‚unbemerkten‘) Infektionsverbreitung bei präsymptomatischer oder asymptomatischer Virusausscheidung ist auch bis jetzt nur wenig bekannt; wobei wie oben dargelegt vieles dafür spricht, dass der Anteil dieser am Infektionsgeschehens deutlich überschätzt wird.

Eine Wissenschaftlerin der WHO, *Dr. Maria Van Kerkhove*, äußerte sich bei einem Presse-Briefing der WHO in Genf am 8. Juni 2020 wie folgt:

“From the data we have it still seems to be rare that an asymptomatic person actually transmits onward to a secondary individual’. [...] We have a number of reports from countries who are doing very detailed contact tracing. They’re following

asymptomatic cases. They're following contacts. And they're not finding secondary transmission onward. It's very rare and much of that is not published in the literature."

[https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-08jun2020.pdf?sfvrsn=f6fd460a\\_0](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-08jun2020.pdf?sfvrsn=f6fd460a_0)

Hierbei nahm sie Kontakt-Tracing-Studien, wie oben unter 3. besprochen, unter Bezug. Einen Tag danach folgte eine Art Klarstellung derselben WHO-Mitarbeiterin:

"The majority of transmission is from people who have symptoms and are spreading it through infectious droplets. But there is a subset of people who don't develop symptoms. To truly understand how many people don't have symptoms, we don't actually have that answer yet."

<https://www.cnbc.com/2020/06/09/who-scrambles-to-clarify-comments-on-asymptomatic-coronavirus-spread-much-is-still-unknown.html>

Selbst wenn also die WHO-Mitarbeiterin ihre klare Positionierung vom 8. Juni 2020 am Folgetag etwas relativiert hat, bleibt die Aussage, dass **die meisten Übertragungen von Menschen ausgehen, die Symptome haben, und dass nicht klar sei, wie viele Übertragungen auf Personen zurückgehen, die (noch) keine Symptome haben.**

Hier stellt sich die entscheidende Frage, ob eine solche Ungewissheit ausreicht, um eine Maskenpflicht für fast die gesamte Bevölkerung Deutschlands zu begründen.

Insgesamt also ist die Virusausscheidung vor Beginn der klinischen Erkrankung nichts Neues, sondern hätte auch beim neuen Coronavirus

von Anfang an in die Überlegungen eingeschlossen werden können. Dargestellt wurde es vom RKI aber implizit so, als sei dies unvorhersehbar gewesen (*zunehmende Evidenz* im Epid Bull 19 / 2020), und wurde von den Medien wie so vieles andere **unkritisch** (also etwa ohne zu hinterfragen, wie es sich damit eigentlich bei anderen Virusinfektionen verhält) aufgegriffen.

Es ist also schon lange bekannt, dass bei zahlreichen Virusinfektionen (im Übrigen auch bei Magen-Darminfektionen, z.B. durch Noroviren, bei denen die Erregerausscheidung über den Stuhl erfolgt) die Infektiosität nicht erst mit Auftreten der klinischen Symptome beginnt, vielmehr können infizierte Personen schon am Ende der Inkubationszeit Viren ausscheiden und dies noch dazu in hoher Zahl, wenn sie also noch gar nicht ahnen, dass sie eine Infektion haben.

Für eine **zahlenmäßig relevante** Rolle der prä- oder asymptomatischen Personen bei der Übertragung des neuen Coronavirus gibt und gab es jedoch **keine Belege** – und einiges spricht wie gesagt dafür, dass der Beitrag solcher Personen an der Übertragung in den ersten Wochen der Pandemie **weit überschätzt** wurde.

Dies liegt daran, dass bei infizierten Personen ohne die klinischen Symptome einer oberen Atemwegsinfektion, also **ohne Husten und Niesen**, eine Erregerübertragung **vor allem bei engem Kontakt** stattfindet, also insbesondere bei Schleimhautkontakt, wie bei Paaren und in Familien, aber **eben in der Regel nicht bei den meist sehr kurzen Begegnungen von Menschen im öffentlichen Raum**.

Als wichtiges Beispiel für Übertragungen ausgehend von asymptomatischen, aber bereits infizierten Personen wurde im Frühjahr der Ausbruch bei der Firma Webasto bei München angeführt.

Die Autor\*innen der sehr prominenten, wenn auch nur als *Correspondence* im New England Journal of Medicine (NEJM, neben dem *Lancet* eine der beiden weltweit am meisten angesehenen medizinischen Fachzeitschriften) publizierten Untersuchung gingen nämlich davon aus, dass die chinesische Mitarbeiterin (der sog. Index-Fall oder auch Patient 0), die kurz zuvor aus Shanghai angereist und bereits infiziert war, während ihres Aufenthalts in Deutschland **keine Symptome** hatte.

Dies stellte sich allerdings schon kurz nach Erscheinen der Publikation im NEJM als **unzutreffend** heraus und wurde Anfang Februar 2020 von einem Wissenschaftsjournalisten öffentlich gemacht.

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

Nach dem Gesundheitszustand der chinesischen Mitarbeiterin hatten die Autor\*innen nämlich nur die deutschen Mitarbeiter\*innen der Firma vor Ort und nicht sie selbst befragt. Erst das Bayerische Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (LGL) und das RKI nahmen kurz nach Erscheinen der Publikation direkt mit ihr Kontakt auf. Bei dem Telefon-Gespräch stellte sich dann heraus, dass die Mitarbeiterin aus China während ihres Aufenthalts in Deutschland doch bereits (leicht) symptomatisch war und gleich zu Beginn einmalig ein Schmerz- und entzündungshemmendes Mittel (Paracetamol) eingenommen hat.

<https://www.rki.de/DE/Content/Service/Presse/Stellungnahme-2020-07-01.html>

Diese erste Publikation zu dem Fall musste deshalb um eine genaue Beschreibung ihres Gesundheitszustandes während des Aufenthaltes in Deutschland ergänzt werden. Seither gibt es, wenn man den Artikel beim NEJM aufruft, zusätzlich ein Supplement, aber ohne Angabe des Datums, wann die Ergänzung erfolgte. Der Titel des Artikels legt dennoch nach wie vor eine ‚asymptomatische‘ Übertragung nahe. Das

NEJM wurde deshalb von Wissenschaftler\*innen aus dem europäischen Ausland gebeten, den Beitrag mit dem irreführenden Titel zurückzuziehen (ein Ergebnis dazu steht noch aus).

Auch mit diesem, also nur scheinbar prä- bzw. asymptomatischen Fall wurde die Maskenpflicht in Deutschland begründet. In der wenige Monate später publizierten vollständigen Beschreibung dieses Ausbruchs war schon nicht mehr die Rede von einem asymptomatischen Kontakt.

Wölfel MM et al.: Lancet Infectious Diseases;  
[https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30314-5](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30314-5)

Im September 2020 ist ein weiterer Artikel (systematischer Review mit Metaanalyse als Preprint) über den Anteil asymptomatischer Fälle an allen Fällen und über das Ausmaß der asymptomatischen Übertragung erschienen.

Byambasuren O et al.:  
<https://doi.org/10.1101/2020.05.10.20097543>

Demzufolge waren asymptomatische Übertragungen selten (zwischen 0% und 2,2%). Das Risiko solcher Übertragungen war in dieser Auswertung 42% geringer als bei Übertragungen ausgehend von symptomatischen Fällen. Die Autor\*innen schlussfolgern, dass es unwahrscheinlich ist, dass asymptomatische Übertragungen ein bedeutender Treiber bei der Entstehung von Clustern (zeitliche und lokale Häufungen bzw. Ausbrüche) oder bei der Übertragung der Infektion in der Öffentlichkeit seien, und deshalb solle die Bedeutung asymptomatischer Fälle für die Verbreitung der Infektion mit Vorsicht betrachtet werden.

Die Autor\*innen kritisieren im Übrigen die unklaren Definitionen asymptomatischer Fälle in den Studien, die sie ausgewertet haben. Dies

könne nämlich dazu führen, dass asymptomatische Fälle mit gering symptomatischen Fällen vermischt werden. Würde das häufig vorkommen, dann wäre die die Häufigkeit echter asymptomatischer Fälle deutlich geringer und somit auch ihr Anteil an Übertragungen.

#### Resümee zu 4. „Neubewertung“ des RKI:

Das RKI gab als Grund für die ‚Neubewertung‘ von Masken für die Bevölkerung im öffentlichen Raum an, dass es ‚zunehmende Evidenz‘ gebe, dass man schon vor dem Erscheinen der ersten Symptome infektiös sein könne, also zu einem Zeitpunkt, zu dem noch keine Hinweise dafür vorliegen, dass man infiziert ist. Das ist jedoch wie dargestellt schon lange von anderen Virusinfektionen bekannt.

Das RKI stützt sich als Beleg dafür, dass es sich dabei um ein hohes Risiko sog. unbemerkter Übertragungen handelt, auf mathematische Schätzungen, die mit ihren Modellen einen sehr hohen Anteil solcher Übertragungen errechnet haben, lässt aber Ergebnisse aus Kontakt-Tracing-Untersuchungen, aus denen realistische Angaben ermittelt wurden, unberücksichtigt.

Das ist mit den Grundsätzen wissenschaftlichen Arbeitens nicht vereinbar, und damit verletzt das RKI seinen in § 1 Abs. 2 IfSF formulierten Auftrag, ‚entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft ...‘ zu arbeiten.

Mit anderen Worten: Die Begründung des RKI für seine Unterstützung der Maskenpflicht im öffentlichen Raum ist nicht durch dafür erforderliche Daten gestützt.

#### b) ‚Aerosol‘-Übertragung

Weil für das Verständnis der Fragen im Zusammenhang mit der potentiellen Effektivität von Masken auch unter dem Aspekt der sog.

unbemerkt Übertragung ebenfalls von großer Bedeutung, soll hier die Frage erörtert werden, **ob und ggf. welche Rolle sog. ‚Aerosole‘ bei der Übertragung des neuen Coronavirus spielen**, da auch der Antragsgegner diesen Übertragungsweg für relevant zu halten scheint.

Gemäß der (immer noch) aktuellsten Darstellung der Übertragungswege durch die WHO (vom 09.07.2020) wird das neue Coronavirus (wie alle anderen respiratorischen Viren) über (große) Tröpfchen respiratorischen Sekrets und über direkte und indirekte Kontakte mit respiratorischem Sekret infizierter Menschen übertragen.

<https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

Die WHO stellt in diesem Beitrag fest, dass eine Übertragung via Aerosole **außerhalb** der medizinischen Versorgung (wo ggf. Aerosolproduzierende Maßnahmen angewendet werden, wie z.B. das offene endotracheale Absaugen intubierter Patienten) zwar **nicht ausgeschlossen** werden könne, aber die detaillierte Untersuchung aller bisher publizierten Cluster, bei denen die jeweiligen Autor\*innen eine Aerosol-Übertragung postuliert oder zumindest für wahrscheinlich gehalten haben, **legten jedoch nahe, so die WHO, dass eine Übertragung via sog. große Tröpfchen und / oder kontaminierte Gegenstände (also Kontakt) die Erregerübertragung innerhalb dieser Cluster ebenfalls erklären könne.**

Auch die anderen internationalen Gesundheitsbehörden (ECDC, CDC) stimmen darin überein, dass der Erreger von COVID-19 - wie andere virale respiratorische Erreger auch - **hauptsächlich über große Tröpfchen und Kontakt** übertragen wird.

Dennoch wird seit einigen Monaten die aerogene Übertragung (Tröpfchen-Kerne bzw. Aerosole: < 5 µm) in den Vordergrund gestellt



und in der Öffentlichkeit als mindestens ebenso wichtiger Übertragungsweg wie die Übertragung durch (große) Tröpfchen (> 5 µm) dargestellt.

Selbst wenn aber z.B. die Virus-RNA des neuen Coronavirus (und sonstiger respiratorischer Viren) in Aerosolen nachgewiesen werden konnte, kann daraus **nicht der Schluss gezogen werden, dass es sich um vermehrungsfähige und infektionstüchtige Viren gehandelt hat.**

Ebenso ist die Freisetzung von Aerosolen beim Sprechen, Niesen, Husten oder Singen **kein Beleg** für die Aerosol-Übertragung, weil das Zustandekommen einer Infektion neben der Abwehrlage der Kontaktpersonen u.a. von der **Art des Kontaktes**, von der **Menge des Erregers** und von der **Dauer des Kontaktes** abhängt. So kann man beispielsweise nicht den Beruf des Sängers wegen der starken Freisetzung von Aerosolen beim Singen per se als potentiell gefährlich für andere (z.B. Chormitglieder, Zuhörer\*innen) erklären.

Die Übertragung von SARS-CoV-2 durch infektiöse Aerosole ist also **derzeit (immer noch) eine Hypothese**, ob sie tatsächlich eine relevante Rolle bei der Akquisition dieses Erregers spielen, könnte nur durch sorgfältig geplante Untersuchungen in verschiedenen Settings, incl. randomisierter kontrollierter Studien, gezeigt werden.

Generell kann man zur Frage der aerogenen Übertragung von Infektionserregern festhalten, dass immer dann, wenn die Möglichkeit einer Übertragung durch die Luft erwogen wird, **fast regelmäßig ebenso auch die Übertragung durch große Tröpfchen und / oder durch direkten oder indirekten Kontakt in Frage kommt**. Deshalb müssten in entsprechend geplanten epidemiologischen Untersuchungen direkte und indirekte Kontakte - via (große) Tröpfchen und / oder Kontakt (insbesondere Handkontakt) - sicher ausgeschlossen werden, um eine aerogene Übertragung in Betracht ziehen zu können.

Der Nachweis von Virus-RNA in Luftproben reicht jedenfalls für eine Bestätigung dieses Übertragungsweges nicht aus wie ebenso wenig die Ergebnisse von Untersuchungen, in denen Aerosole experimentell erzeugt, gezählt und vermessen werden sowie ihre Verweildauer in solchen experimentellen Situationen bestimmt wird.

Es handelt sich insgesamt um eine komplexe Fragestellung, die vor allem infektiologische und epidemiologische Faktoren betrifft und die verschiedenen Umgebungsbedingungen (Innenräume, Außenluft) sowie auch Aerosol-physikalische Besonderheiten einschließen muss. So müsste aus infektiologischer Sicht z.B. geklärt werden, ob infektiöse Aerosole überhaupt in ausreichender Zahl an den entscheidenden Stellen in den oberen Atemwegen ‚landen‘, d.h. adhäreren, können, wo SARS-CoV-2 hingelangen muss, weil es sich primär in den Epithelzellen der Nasenschleimhaut vermehrt.

Hou et al., Cell 2020; 182: 1-18;  
<https://doi.org/10.1016/j.cell.2020.05.042>

Denn, wie ein Aerosol-Physiker, der auch das RKI berät

<https://www.hna.de/lokales/frankenberg/gemuenden-wohra-ort305246/corona-gemuendener-aerosolphysiker-scheuch-macht-auf-infektionsgefahr-aufmerksam-13787754.html>

in einem Artikel ausführt

Scheuch G: <https://doi.org/10.1089/jamp.2020.1616>

können Aerosole nur zu ca. 30%, also nicht sonderlich effektiv, in unserem gesamten Respirationstrakt deponiert werden, und das bedeutet, schreibt er weiter, dass ca. 70% der inhalierten Partikel wieder ausgeatmet werden. Dabei seien die bevorzugten Areale für die Absiedelung dieser (winzigen) Partikel die peripheren, d.h. tiefen

Bereiche der Lunge (also die kleinsten Bronchien = Bronchiolen und die Lungenbläschen = Alveolen), also **nicht die oberen Atemwege**.

Das neue Coronavirus muss sich aber primär in den **oberen Atemwegen** absiedeln, **um eine Infektion verursachen zu können** und erzeugt deshalb auch – anders als SARS-1 – zunächst eine obere Atemwegsinfektion und erst sekundär bei vulnerablen Personen durch Absteigen der Erreger ggf. auch eine Lungenentzündung (= Pneumonie). Bei den meisten Menschen bleibt es bei eher harmlosen Symptomen der oberen Atemwege mit oder ohne Husten (Letzteres als Zeichen für eine Beteiligung des Bronchialsystems, wobei es sich aber nicht um eine Pneumonie handelt, sondern um eine sog. Bronchitis).

Für das Zustandekommen einer jeden Infektion ist der Kontakt mit einer gewissen (und häufig unbekannt) Mindestzahl an Erregern erforderlich, und dieser Kontakt muss, um für eine Infektion erfolgreich zu sein, an den Stellen des Körpers stattfinden, an denen die Erreger eindringen müssen, um sich vermehren zu können.

Dies ist, wie oben bereits ausgeführt, beim neuen Coronavirus vor allem die Nasenschleimhaut, in geringerem Maße die Rachenschleimhaut, aber nicht die Lunge (sonst käme es – anders als bei SARS-1 – auch bei den Infizierten schon **primär zu einer Pneumonie**, was bekanntlich **nicht** der Fall ist).

Mit welcher Zahl von Coronaviren der Mensch in etwa Kontakt haben muss, damit es zu einer Infektion kommt, ist derzeit (noch) unbekannt.

Wenn der Erregerkontakt maßgeblich oder wenigstens in relevantem Maße durch die Luft, also via Inhalation, stattfinden würde, müsste man von einer relativ hohen Zahl von Folgeinfektionen (ausgelöst durch *eine* infizierte Person) ausgehen, weil ja die Luft alle Menschen umgibt und ihr niemand entkommen kann.

Klompas M et al.: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.12458>

Die Basisreproduktionszahl ( $R_0$ ) von ca. 3 (also etwa 3 Folgeinfektionen durch einen Infizierten bei fehlender Immunität der Bevölkerung gegen den Erreger) wäre dafür aber bei dem neuen Virus auffallend gering; man würde wegen der unvermeidlichen Luft-Exposition aller Menschen bei einer Erregerübertragung durch die Luft mit wesentlich mehr Folgefällen rechnen.

Allerdings könnte  $R_0$  bei dem neuen Coronavirus auch deshalb so gering sein, weil die für eine Infektion erforderliche Zahl von Erregern (sog. ‚Infektionsdosis‘) bei diesem Virus eher hoch ist, so dass es trotz Übertragung durch die Luft nur so wenige Folgeinfektionen gibt, weil es selten zu einem Schleimhaut-Kontakt mit ausreichend hohen Erregerzahlen kommt.

Auch die Deutsche Gesellschaft für Krankenhaushygiene (DGKH) ist nicht überzeugt von der hohen Bedeutung, die den Aerosolen im öffentlichen Diskurs zugeschrieben wird, sondern hält die Tröpfchenübertragung für den bedeutenderen Übertragungsweg und die Aerosol-Diskussion für ‚völlig übertrieben‘.

<https://www.welt.de/gesundheit/plus214515326/Corona-im-Herbst>

Hinzu kommt Folgendes: Coronaviren haben eine Lipidhülle, gehören damit zu den sog. behüllten Viren und sind als solche gegen Umwelteinflüsse (z.B. UV-Licht) empfindlich. Aerosole können zwar ‚stundenlang‘ in der Luft ‚stehen bleiben‘, wie Aerosol-Physiker\*innen gerne sagen, aber medizinisch ist doch vor allem die Frage wichtig, ob solche Viren in einem Aerosol, also ungeschützt in der Luft schwebend, überhaupt ‚stundenlang infektionstüchtig‘ bleiben können.

Der Nachweis von Virus-RNA ist nämlich noch lange kein Beweis dafür, dass diese RNA aus (in einer Zellkultur) **vermehrungsfähigen** und noch dazu (was nämlich keineswegs direkt mit der Anzucht in einer Zellkultur zusammenhängt) für den Menschen **infektionstüchtigen**, also intakten Viren stammt.

siehe auch WHO ‚*Transmission of SARS-CoV-2: Implications for infection prevention precautions*‘; <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

Als sog. Community-Masken (oder MNB), also alles von der gekauften, einer dem medizinischen Mund-Nasen-Schutz ähnlichen Maske über die (selbstgenähte) Stoffmaske bis hin zum Tuch vor Mund und Nase, ist nahezu alles möglich und erlaubt, Hauptsache, irgendetwas ist vor Mund und Nase.

Derartige Masken und Tücher bieten indes **keinen Schutz vor der Freisetzung von Aerosolen**, sondern können lediglich die Bildung von Aerosolen (oder wie es professionell genannt wird: von Tröpfchen-Kernen) *etwas* reduzieren (aber wie viel, ist unbekannt), indem nämlich die **größeren Tröpfchen** durch den Stoff aufgefangen werden (so die seit Jahrzehnten etablierte Auffassung) und deshalb nicht mehr an die Außenluft gelangen, wo sie – je kleiner, umso schneller – binnen Sekunden zu sog. Tröpfchen-Kernen eintrocknen können: Übrig bleibt dann nur der ‚Kern‘, der in diesen Tröpfchen war (wenn sie überhaupt einen ‚Kern‘ enthielten, denn das muss durchaus nicht bei jedem freigesetzten Tröpfchen sein, auch wenn man eine akute Infektion hat), und deshalb spricht man von Tröpfchen-Kernen (dieser Begriff stammt aus der englischen Fachsprache und heißt dort ‚*droplet nuclei*‘ im Gegensatz zu den ‚*droplets*‘, also dem, was bei uns als ‚(großes) Tröpfchen‘ bezeichnet wird).

Keiner kann jedoch sagen, wieviel Zurückhaltung von Tröpfchen nötig ist, um die Bildung von Tröpfchen-Kernen, also Aerosol im derzeitigen Sprachgebrauch, zu verhindern. Auch die Einlassungen des RKI dazu sind nicht schlüssig: reicht ‚etwas‘, oder sollte es doch eher ‚viel‘ sein?

Keiner kann es sagen, aber im öffentlichen Diskurs sind Masken für die Bevölkerung in der Öffentlichkeit ‚wirksam‘, weil sie Tröpfchen zurückhalten können.

Das ist jedoch unwissenschaftlich. Für derartige einschneidende Maßnahmen wie die Maskenpflicht braucht es eine **wissenschaftliche Basis**.

Was für (große) Tröpfchen vermutlich zutrifft, gilt jedoch nicht für Partikel von der Winzigkeit von Aerosolen. Der Mensch gibt normalerweise neben den größeren Tröpfchen auch Aerosole frei ab, die aber nicht nur das Maskenmaterial direkt durchdringen, sondern auch seitlich bzw. oben und unten entweichen können, also überall dort, wo die Maske nicht dicht am Gesicht anliegt (aber natürlich selbst dort, wenn auch nicht so zahlreich). Dies gilt nicht nur für die sog. Community-Masken (aus Baumwolle), sondern auch für den medizinischen Mund-Nasenschutz, dessen Funktion ja auch ‚nur‘ ist, zum einen vor Tröpfchen-Kontakt zu schützen (d.h. als Personal- oder Eigenschutz bei der Patientenversorgung mit engem vis-à-vis-Kontakt zu wirken) oder die Abgabe von Tröpfchen zu verhindern (d.h. als Schutz der offen liegenden OP-Wunde vor Tröpfchen aus dem Nasen-Rachenraum des OP-Teams bei der Operation = Fremdschutz da zu sein).

Wenn also tatsächlich die Aerosolübertragung so wichtig wäre, wie sie derzeit in Deutschland dargestellt wird, **müssten alle Menschen Atemschutzmasken tragen, also sog. FFP-Masken** (FFP = Filtering Face Piece), denn nur diese Masken sind von ihrem Material und Design her geeignet, freischwebende Partikel abzuscheiden, so dass sie der Träger

bzw. die Trägerin weder inhalieren noch freisetzen kann (weitgehend allerdings auch nur dann, wenn solche Masken korrekt getragen werden, also überall eng an der Haut anliegen und **kein Ausatemventil** haben, und dann ist es schwer dadurch zu atmen, weil das Maskenmaterial sehr dicht ist).

FFP-Masken werden im medizinischen Bereich nur zum **Eigenschutz des Personals** vor der Inhalation potentiell in der Luft vorhandener Infektionserreger getragen (also insbesondere bei der offenen Tuberkulose der Atemwege) und ggf. ebenfalls zum Eigenschutz von sehr abwehrgeschwächten Patienten zum Schutz vor der Inhalation vor den in der Luft immer vorhandenen Schimmelpilzsporen (für beide Indikationen können sie Ausatemventile haben).

FFP-Masken werden aber im medizinischen Bereich nie zum **Schutz anderer Personen vor der Ausatmung von Aerosolen** getragen, also zum **Fremdschutz**. Gerade das wäre jedoch die Indikation für Menschen in der Öffentlichkeit, weil Masken dort ja aus **Gründen des Fremdschutzes** getragen werden sollen (dabei aber dürften sie **keine** Ausatemventile haben).

Inzwischen ist es auch durch die zahllosen Medienberichte einer breiten Öffentlichkeit bekannt, dass sich Aerosole mit den Luftbewegungen (mit oder ohne Klimaanlage) über viele Meter in der Raumluft verteilen können (dass sie dadurch aber auch massiv verdünnt werden, wird i.d.R. nicht erwähnt). Dabei muss die Frage aufgeworfen werden, was eigentlich aus der Abstandsregel werden soll, wenn die Aerosol-Übertragung tatsächlich eine derart wichtige Rolle spielen sollte. Dann würden 1,5 m oder 2 m nicht mehr reichen und 1 m, wie von der WHO empfohlen oder in Österreich (dort: ein ‚Babyelefant‘ Abstand)

<https://orf.at/stories/3174860/>

vorgeschrieben, erst recht nicht. Das würde aber, wenn man es zu Ende denkt, bedeuten, dass die Menschheit ihr Zusammenleben radikal ändern müsste, und auch deshalb müsste mit der erforderlichen wissenschaftlichen Genauigkeit geklärt werden, in welchem Maße, wenn überhaupt relevant, die Erregerübertragung via Aerosole beim neuen Coronavirus eine Rolle spielt.

Derartige Überlegungen erfordern eine differenzierte Darstellung, die es aber bisher zum neuen Coronavirus kaum gibt.

Dabei müsste also die Frage behandelt werden, welche Rolle Masken und das Abstandsgebot im öffentlichen Raum spielen würden, wenn die aerogene Übertragung ein als relevant zu betrachtendes Faktum wäre, ob es also weiter um Fremdschutz ginge oder vielleicht der Eigenschutz in den Vordergrund gestellt werden müsste. Dafür aber kämen nur FFP-Masken in Frage. Normale medizinische Masken, Stoffmasken und Tücher wären nicht geeignet. Im Ergebnis müssten die Menschen dann FFP-Masken tragen, um andere vor der Abgabe und sich selbst vor der Inhalation von Aerosolen zu schützen.

Und wenn es nun kürzlich in den Medien hieß, dass Personen aus Risikogruppen FFP-Masken zu einem reduzierten Preis bekommen sollen, ist damit zweifellos der Eigenschutz dieser Menschen angestrebt. Die Maskenpflicht war nur dadurch durchsetzbar, dass jede Art von MNB möglich war, weil es bei weitem nicht genügend medizinische Masken gibt, wozu die FFP-Masken gehören. Wenn es aber nun bei den vulnerablen Personengruppen um Eigenschutz geht, dann müsste dies konsequenterweise auch für alle anderen Menschen gelten.

All diese entscheidenden Fragen sind bislang ungeklärt, aber manche Wissenschaftler\*innen und vor allem die Medien lassen keinen Zweifel an der Bedeutung der Aerosol-Übertragung. So z.B. *Prof. Dr. Christian Drosten* im NDR-Podcast vom 12.05.2020:



„Wenn ich das alles zusammenfasse, dann ist mein Bauchgefühl: Fast die Hälfte der Übertragung ist Aerosol, fast die andere Hälfte ist Tröpfchen und vielleicht zehn Prozent der Übertragung ist Schmierinfektion oder Kontaktinfektion.“

<https://www.ndr.de/nachrichten/info/40-Coronavirus-Update-Jetzt-ist-Alltagsverstand-gefragt-podcastcoronavirus208.html>

Zunächst hat ‚*Bauchgefühl*‘ mit Wissenschaft nichts zu tun, und zweitens wurde die Übertragung durch Aerosole (= via Luft) auch durch solche Äußerungen eines in seinem Gebiet anerkannten Wissenschaftlers zu einer (aber eben nur *scheinbaren*) Tatsache gemacht.

Das Ergebnis ist, dass inzwischen mancherorts ernsthaft darüber nachgedacht wird, teure Luftfiltergeräte mit leistungsfähigen Schwebstofffiltern (sog. HEPA-Filter der Klasse F 13 oder der Klasse F 14, also ein Filtermaterial, das in der Lage ist, auch so winzige Partikel wie Viren abzuscheiden, die um ein Vielfaches kleiner sind als Bakterien, für deren Eliminierung man, z.B. in OP-Sälen, ‚nur‘ Filter der Klasse F 13 verwendet), z.B. für Schulen oder Restaurants, anzuschaffen – **und das ohne eine solide Datenbasis.**

Die Gelder dafür stünden jedenfalls für andere Zwecke nicht mehr zur Verfügung. Auch deshalb muss die Datenbasis adäquat geprüft werden.

Die Gesellschaft für Virologie (GfV) schreibt in ihrer Stellungnahme vom 06.08.2020 (auf S. 2, 2. Absatz) zur aerogenen Übertragung (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Eine der wichtigen neuen Erkenntnisse zu SARS-CoV-2, die bei der Schulöffnung bedacht werden müssen, betrifft die inzwischen **anerkannte Möglichkeit der Aerosolübertragung,**

also der Übertragung durch die Luft, insbesondere in Innenräumen bei unzureichender Luftzirkulation.“

<https://www.g-f-v.org/node/1326>

Zu dieser Aussage wird die WHO-Publikation vom 09.07.2020 *„Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions“* zitiert:

<https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

Jedoch: eine solche Aussage geht nicht aus dem Text der WHO hervor, denn dort heißt es:

„Outside of medical facilities, some outbreak reports related to indoor crowded spaces (40) have suggested the possibility of aerosol transmission, combined with droplet transmission, for example, during choir practice (7), in restaurants (41) or in fitness classes.(42) In these events, short-range aerosol transmission, particularly in specific indoor locations, such as crowded and inadequately ventilated spaces over a prolonged period of time with infected persons cannot be ruled out. However, the detailed investigations of these clusters suggest that droplet and fomite transmission could also explain human-to-human transmission within these clusters. Further, the close contact environments of these clusters may have facilitated transmission from a small number of cases to many other people (e.g., superspreading event), especially if hand hygiene was not performed and masks were not used when physical distancing was not maintained.(43)“

<https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>

Davon, dass die Aerosol-Übertragung eine **anerkannte Möglichkeit** der Übertragung des neuen Coronavirus sei, steht in dem WHO-Beitrag, der sich ausdrücklich mit der Übertragung des Virus und den sich daraus ableitenden Präventionsmaßnahmen befasst, **nichts**, so dass man sich wundert, wie die Autor\*innen der GfV-Stellungnahme unter Bezugnahme auf diesen Beitrag zu der vorgenannten Aussage kommen konnten.

Ähnlich wie die WHO äußern sich auch andere Wissenschaftler\*innen.

Klompas et al.: <https://doi.org/10.1001/jama.2020.12458>

Basierend auf der Reproduktionszahl von SARS-CoV-2 scheinen derartige Übertragungen **eher die Ausnahme** als die Regel zu sein.

Ferner sei es retrospektiv schwierig, die potentiellen Interaktionen zwischen den Personen zu bestimmen, die vor, während und unmittelbar nach dem Ereignis stattfanden. Die Möglichkeiten für Viren, sich rasch und weit in Räumlichkeiten mit zahlreichen Menschen auszubreiten, solle nicht unterschätzt werden. Experimentelle Untersuchungen mit markierten Bakteriophagen (= spezielle, nur für Bakterien, aber nicht für den Menschen pathogene Viren) hätten gezeigt, dass Viren innerhalb von Stunden von einem einzigen kontaminierten Türgriff oder den kontaminierten Händen einer infektiösen Person auf andere Personen und Gegenstände übertragen werden können. Auch dies seien spekulative Überlegungen, die die Möglichkeit der Übertragung via Aerosole nicht ausschließen könnten, aber sie seien mögliche **alternative Erklärungen** für das Zustandekommen solcher Cluster - und müssen deshalb ebenfalls berücksichtigt werden.

In diesem Zusammenhang darf auch kurz auf das aktuell sehr in Mode gekommene Lüften eingegangen werden: In Räume, die von Menschen genutzt werden (müssen), viel frische Luft zu lassen, ist stets eine gute Idee, denn Menschen atmen ständig CO<sub>2</sub> ab und müssen O<sub>2</sub> einatmen und geben auch Körpergerüche und Wärme ab, und insbesondere Räume, in denen sich gleichzeitig mehrere Menschen aufhalten, wie Klassenräume, profitieren vom Lüften.

Dass man inzwischen aber das Lüften von Räumen als eine ‚Hygienemaßnahme‘ betrachtet, ist quasi ein **Rückschritt in die Zeit früherer Jahrhunderte**, wo man die Entstehung von Krankheiten auf „krankmachende Luft“ zurückführte (Miasmentheorie), weil man noch keine Infektionserreger kannte, sehr wohl aber die Epidemiologie von ansteckenden Krankheiten richtig beobachtet hatte, dass also manche Krankheiten von Person zu Person übertragen wurden, weshalb die Luft als Überträger nahelag.

Damals wurden deshalb Krankenhäuser so gebaut, dass die Bettensäle nicht nur in der Fläche groß, sondern auch hoch waren, also ein sehr großes Luftvolumen hatten, und überall waren große Fenster, über die man die ‚krankmachende‘ Luft ausleiten und frische Luft einleiten konnte (aber auch ausgeklügelte Zu- und Abluftkanäle kamen bereits im 18. Jahrhundert zum Einsatz).

Murken AH: ‚Vom Armenhospital zum Großklinikum – Die Geschichte des Krankenhauses vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart‘, DuMont Buchverlag Köln, 1988

Diese Zeiten mit ihren dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Vorstellungen über die Entstehung von übertragbaren Krankheiten sind aber lange vorbei. Heute wissen wir deutlich mehr über die Entstehung von Infektionen, und es gibt das Prinzip der ‚evidence-based medicine‘.

In einem Artikel im NEJM wurde im September die Hypothese aufgestellt, dass dadurch, dass das Tragen von Masken die Freisetzung von Aerosolen reduziere, ein eingeschränkter Kontakt der anderen Menschen mit dem Virus stattfinde, also ein Kontakt mit niedrigen Viruszahlen.

Gandhi M, Rutherford GW: NEJM 2020;  
<https://doi.org/10.1056/NEJMp2026913>

Dadurch könnte es zu milden Verlaufsformen kommen, die einer Art ‚Impfung‘ gleichkomme. Die Autor\*innen verwendeten dafür den historischen Begriff der ‚Variolation‘, eine Methode, die lange Zeit in Ostasien bei Kindern durchgeführt wurde, um gegen die Pocken zu immunisieren, indem man Sekret aus Pockenbläschen entnahm und den ‚Impflingen‘ auf die Nasenschleimhaut gab.

Die Theorie der Variolation im Zusammenhang mit dem neuen Coronavirus ist eine Hypothese, wie die Autor\*innen auch mehrfach in ihrem Artikel schreiben. Diese Hypothese ist aber durch nichts belegt. Es ist damit nur eine Idee. Einen irgendwie gearteten wissenschaftlichen Hintergrund dafür ist jedenfalls nicht ersichtlich, denn es gibt noch nicht einmal Hinweise dafür, dass durch Masken die Zahl der freigesetzten und möglicherweise infektiösen Aerosole reduziert und dadurch die Schwere der Infektion abgemildert wird mit dem Ergebnis, dass die so angeblich (mild) infizierten Personen danach über eine protektive Immunität verfügen.

Es gab in den letzten Monaten verschiedene Publikationen über Ausbrüche, mit denen die Aerosol-Übertragung des neuen Coronavirus belegt werden sollte bzw. nicht nur nach Presseberichten angeblich sogar belegt worden sei. Bei all diesen Ausbrüchen wurde jedoch nicht oder nur am Rande berücksichtigt, dass anstelle der Aerosol-Übertragung die ‚klassischen‘ Übertragungswege via (große) Tröpfchen und / oder Kontakt ebenfalls in Frage kommen und erst

einmal in ihrer Bedeutung bewertet werden müssten, um der Aerosol-Übertragung eine bedeutendere Rolle zuzuschreiben.

Eine der für den deutschsprachigen Raum sicher wichtigsten dieser Publikationen war die Untersuchung bei Tönnies in Nordrhein-Westfalen.

Günther T et al.: Investigation of a superspreading event preceding the largest meat processing plant-related SARS-Coronavirus-2 outbreak in Germany;  
<https://ssrn.com/abstract=3654517>

Die Autor\*innen führen aus, dass die Ursache des untersuchten Ausbruchs in den speziellen Arbeitsbedingungen der Arbeiter\*innen in dieser (und anderen) Fleisch- (sowie Fisch-) verarbeitenden Fabriken liege, wo bei niedrigen Temperaturen (10°C) und harter körperlicher Arbeit (mit starker Ausatmung) einerseits und Klimaanlagen ohne Frischluftzufuhr andererseits (niedrige Luftaustauschrate und konstante Re-Zirkulation der Luft in der Arbeitshalle) eine effiziente Erregerübertragung via Aerosole naheliegend sei.

Die gemeinsame (enge) Unterbringung der Arbeiter\*innen in ihren Wohnbereichen und Schlafräumen und die gemeinsame genutzten LKWs haben für die Autor\*innen der Studie nach ihren Angaben keine größere Rolle beim Zustandekommen der Infektionen gespielt.

Als Einschränkungen ihrer Studie führen die Autor\*innen dann aber an, dass (1) alle Informationen über die Unterbringung der Arbeiter\*innen und die gemeinsame Nutzung der LKWs vom Unternehmer stammten (und nicht durch eigene Besichtigung der Wohnbedingungen) und dass (2) alle Luftuntersuchungen nur qualitativ, aber nicht quantitativ durchgeführt wurden.

Schließlich stellen die Autor\*innen selbst fest, dass ihre Untersuchung nicht als *epidemiologische Studie* betrachtet werden sollte. Die maßgebenden Autor\*innen der Studie sind vorwiegend Virolog\*innen und Genetiker\*innen, aber keine bevölkerungsbezogen arbeitenden Epidemiolog\*innen, die (in der Liste der Autor\*innen letztgenannte) sog. Senior-Autorin ist eine Biologin. Somit handelt es sich insgesamt also überwiegend um Bio-Wissenschaftler\*innen, nicht um medizinisch-infektiologisch ausgebildete Epidemiolog\*innen.

Es gab weitere Publikationen über Ausbrüche, die stets dafür genannt werden, dass mit ihnen die Aerosol-Übertragung belegt sei, z.B. zwei Restaurant-assoziierte Ausbrüche in China und eine Chorprobe in den USA. Allerdings kann ein Übertragungsweg mit solchen Ausbruchsuntersuchungen nicht bewiesen werden, denn es ist immer die wichtige Frage, ob tatsächlich alle in Frage kommenden Übertragungswege ausreichend geprüft wurden (oder retrospektiv bei der Aufarbeitung der Ereignisse geprüft werden konnten), **bevor man zu dem Schluss gekommen ist, dass die Aerosol-Übertragung der wahrscheinlichste Übertragungsweg war.** Einer der beiden Restaurant-assoziierten Ausbrüche wurde von den Autor\*innen auf eine Klimaanlage zurückgeführt, die eine fehlerhafte Luftströmung hatte.

Lu J et al.: <https://doi.org/10.3201/eid2607.200764>

Wenn dies als Ursache für eine Luftübertragung in diesem konkreten Fall belegt werden könnte (oder worden wäre), dann wäre völlig offen, ob es in einem Raum ohne Klimaanlage auch Übertragungen durch die Luft gegeben hätte, also könnte man nicht davon sprechen, dass das neue Coronavirus quasi **natürlicherweise** über die Luft übertragen wird, sondern vielleicht nur bei fehlerhafter Klimaanlage.

Bei dem Bericht über die Chorprobe in den USA fällt auf, dass unter den 10 Autor\*innen insgesamt 9 Autor\*innen keine Mediziner\*innen, sondern z.B. (Heizungs-Lüftungs-)Techniker\*innen, Ingenieur\*innen,

Chemiker\*innen und nur eine medizinische Mikrobiologin waren. Publiziert wurde der Artikel (folgerichtig) in einer technischen Fachzeitschrift („Indoor Air“) und nicht in einer medizinischen.

Miller SL et al.: <https://doi.org/10.1111/ina.12751>.

Dies lässt mit einiger Wahrscheinlichkeit vermuten, dass keine infektiologisch-epidemiologische Begutachtung des Manuskripts erfolgte, weil jede Fachzeitschrift in aller Regel nur auf Gutachter\*innen aus den für die Zeitschrift relevanten Fächern zurückgreifen kann.

#### **Resümee zu 4 b. Übertragung des Erregers via Aerosole:**

Die Erregerübertragung via Aerosole bleibt derzeit eine Hypothese.

Diese Aussage steht im Einklang mit der Einschätzung der WHO. Eine Übertragung durch Aerosole ist lediglich eine **Möglichkeit**.

Daraus lassen sich aber keine erforderlichen Schutzmaßnahmen ableiten, wie z.B. spezielle Luftreinigungsgeräte oder Klimaanlage mit Schwebstofffiltern. Ebenso wenig gibt es derzeit hinlängliche Belege aus sorgfältigen Studien, dass z.B. Chorproben ein Übertragungsrisiko durch Aerosole darstellen oder dass Kontakte zwischen Menschen über weitere Abstände als 1,5 m (WHO: 1 m) durch die beim Sprechen etc. freigesetzten Aerosole ein Infektionsrisiko sein können.

Man kann **nicht** aus aerosol-physikalischen Untersuchungen über die Verbreitung von künstlich erzeugten Aerosolen auf ein Infektionsrisiko schließen.

**5. S. 52 der Stellungnahme: Systematischer Review und Metaanalyse im Lancet**



Wenn man den Abstract des ‚Lancet-Review‘ liest und die Abbildung 4 mit der Metaanalyse anschaut, könnte man auf den ersten Blick sagen: Masken sind in ihrer Wirksamkeit gut belegt.

Chu DK et al. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31142-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31142-9)

Wenn man sich aber näher in die Abbildung 4 vertieft, erkennt man, dass fast alle Einzelstudien **im Krankenhaus-Setting** durchgeführt wurden und nur drei im Non-Healthcare-Setting (alle zu SARS-1), dies aber auch nicht wie bei der Maskenpflicht in Deutschland zum **Fremdschutz** in der Öffentlichkeit, sondern zum **Eigenschutz** in der Familie (1 x) oder beim Verlassen der Wohnung (1 x).

Die dritte Studie konnte gar keine Maskenwirkung zeigen, weil 95% der Teilnehmenden angaben, nie eine Maske getragen zu haben (wie also diese Studie überhaupt in die Auswertung der Maskeneffektivität aufgenommen werden konnte, ist deshalb unklar).

All dies kann ersichtlich nicht die wissenschaftliche Grundlage für die Maskenpflicht in Deutschland bzw. hier: im Freistaat Bayern sein.

Auch wenn der Senior-Autor das zusammenfassende Ergebnis noch einmal in der „Tagesschau“ wiedergegeben hat, wie der Antragsgegner anführt, ändert dies nichts daran, dass die Ergebnisse dieser systematischen Übersichtsarbeit **keine Daten für die Maskenpflicht in der Öffentlichkeit** liefern können, eben weil solche Settings weltweit bisher gar nicht untersucht wurden.

Man kann – was auch ohne nähere wissenschaftliche Befassung mit diesen Fragen auf der Hand liegen sollte – nicht von der Patientenversorgung im Krankenhaus, wo das Tragen von Masken für das Personal in bestimmten Situationen aus Arbeitsschutzgründen bei engem und längerdauerndem Patientenkontakt (Eigenschutz) seit eh und je empfohlen wird, auf eine umgekehrte Wirksamkeit

(Fremdschutz) von Masken bei den flüchtigen Begegnungen im öffentlichen Raum ausgehen.

Bei der Patientenversorgung kommt es nämlich zu ganz anderen potentiellen Erregerkontakten als bei der Begegnung von Menschen beim Einkaufen oder im ÖPNV. Medizinisches Personal, das Patient\*innen mit respiratorischen Infektionen oder anderen potentiell infektiösen Erregern im Nasen-Rachenraum versorgen muss, hat zum einen dabei einen engen Kontakt (< 1 m), und zum anderen handelt es sich noch dazu um einen **vis-à-vis-Kontakt**, also von Angesicht zu Angesicht. Hinzu kommt als weiteres wichtiges Kriterium, dass solche Kontakte typischerweise länger dauern, und so wird seit vielen Jahren und auch vom RKI eine Dauer von mindestens 15 min eines solchen engen vis-à-vis-Kontakts als Voraussetzung für eine mögliche Erregerexposition des Personals angeführt.

Eine solche Dauer kommt im öffentlichen Raum bei den dort üblichen kurzen Kontakten nicht vor, schon gar nicht als vis-à-vis-Kontakt. Will man sich mit jemanden, den man unterwegs trifft, länger unterhalten, kann man ganz einfach Abstand wahren, und dann kann es zu keinem Kontakt mit dem respiratorischen Sekret des gegenüber kommen.

Genauso geschieht es bei der Patientenversorgung: Muss man den Patienten nicht mit engem Kontakt versorgen, bleibt man etwas entfernt von seinem Bett stehen, braucht keine Maske anzulegen und kann mit ihm ganz normal reden.

Die Menschheit hat auch in den saisonalen Influenza-Zeiten immer so gelebt, jetzt aber soll wegen des neuen Coronavirus alles anders sein?

Inzwischen ist auch bekannt, dass das Virus weit ungefährlicher ist, als zunächst befürchtet. In einer kürzlich publizierten Meta-Studie zur COVID-19 Sterblichkeit von dem weltweit anerkannten Stanford-

Professor John Ioannidis wurde dargelegt, dass die Sterblichkeit im Median lediglich bei 0,23 % liegt und nicht wie zunächst angenommen bei 3,4 % (Frühzeiten der Pandemie, Zahlen aus China):

<https://www.merkur.de/welt/who-corona-studie-tote-uebersterblichkeit-infektion-pandemie-zr-90073439.html> ;  
[https://www.who.int/bulletin/online\\_first/BLT.20.265892.pdf](https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf)

In Regionen der Welt mit niedriger Corona-Mortalität (= Corona-Todesfälle pro Mio Einwohner\*innen) liegt sie bei nur 0,09 % (< 118 Corona-Todesfälle/Mio), bei 0,20 % in Regionen mit 118 - 500 Todesfällen/Mio und bei 0,57% in Regionen mit > 500 Todesfällen/Mio. Deutschland hat derzeit (Stand: 23.11.2020) etwas mehr als 14.000 Todesfälle mit oder an Corona zu verzeichnen, d.h. 170 Todesfälle/Mio Einwohner\*innen, so dass die IFR in Deutschland nach der Analyse von Ioannidis bei 0,20% liegt. Könnte man alle Regionen der Welt untersuchen, könnte die IFR aber noch deutlich niedriger sein. Bei Personen < 70 Jahren liegt die IFR zwischen 0,00% und 0,31%, im Median bei 0,05%.

[https://www.who.int/bulletin/online\\_first/BLT.20.265892.pdf](https://www.who.int/bulletin/online_first/BLT.20.265892.pdf)

#### **6. S. 52 der Stellungnahme: ‚Tagesschau‘-Interview mit Dirk Brockmann**

Ein Interview aus der ‚Tagesschau‘ mit dem Mathematiker und epidemiologischen Modellierer des RKI wird als Beleg für die Wirksamkeit von Masken angeführt, weil der Mathematiker dies für plausibel hält.

Bei frühzeitigem Einsatz könnten seiner Einschätzung nach 50% aller Infektionen und somit die Ausbreitung verhindern. Bei mathematischen Modellierungen epidemiologischer Szenarien geht man von Annahmen aus, die zu entsprechenden Wenn-Dann-Ergebnisse führen. Die Frage ist

bei solchen Modellierungen immer nur, ob es sich bei den Annahmen, mit denen gerechnet wird, auch um **realistische Annahmen** handelt und welche weiteren Einflussfaktoren berücksichtigt wurden, **monokausales Denken kann nicht zu Ergebnissen führen, die die Realität widerspiegeln.**

Seit Beginn der Coronaverbreitung haben Modellierungsstudien zu **völlig falschen Vorhersagen** geführt, weil wichtige Faktoren außer Acht gelassen wurden. Insofern hat die Aussage des Mathematikers und Modellierers des RKI keine Grundlage aus wissenschaftlichen Untersuchungen, die bevölkerungs-bezogene epidemiologische Daten berücksichtigen, sondern stellt ein Ergebnis seiner Berechnungen bei der Annahme hier nicht bekannter Einflussfaktoren dar.

#### **7. S. 52 der Stellungnahme: Die ‚Jena-Studie‘**

Die an dieser Stelle genannte Studie von Ökonom\*innen mehrerer Universitäten ist ebenfalls kein wissenschaftlicher Beweis für die Wirksamkeit von Masken im öffentlichen Raum.

Die Autor\*innen sind sämtlich Makroökonom\*innen, die mit derselben Methodik (synthetische Kontrollmethode) Untersuchungen im Auftrag der Politik durchführen, um die Auswirkungen politischer Entscheidungen (sog. ‚Reformen‘) mathematisch zu ‚modellieren‘. Wie es zu dieser Untersuchung kam, ist diesseits nicht bekannt.

Hier wurde die Entwicklung der Corona-Fallzahlen nach Einführung der Maskenpflicht in Jena mit der in vergleichbaren Städten (= synthetisches Jena) ohne Maskenpflicht verglichen. Die Autor\*innen kommen zu dem Schluss, dass die Maskenpflicht zu einer ca. 40%igen Reduktion der täglichen Zuwachsrates an Corona-Infektionen geführt habe.

Unbertücksichtigt bleibt in dieser Studie jedoch der epidemiologisch entscheidende Aspekt, dass bereits ab dem 1. März 2020 (also knapp fünf Wochen vor der Einführung einer Maskenpflicht im öffentlichen Raum in der Stadt Jena) die Ausbreitungsrate des neuen Coronavirus zurückging und dass am 10. März der R-Wert – nach Angaben des RKI – schon unter 1 lag.

[https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6601.2/16\\_2020\\_2.Artikel.pdf?sequence=3&isAllowed=y;](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6601.2/16_2020_2.Artikel.pdf?sequence=3&isAllowed=y)  
[https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.4/17\\_2020\\_2.Artikel.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.4/17_2020_2.Artikel.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

Ab Ende März 2020 gab es in Jena keine relevanten Infektionszahlen mehr. Daraus folgt, dass die Einführung der Maskenpflicht (ab 6. April zunächst in Jena, etwa drei Wochen später dann auch im gesamten Bundesgebiet) in eine Phase der Corona-Epidemie fiel, in der es schon zu einem kontinuierlichen und deutlichen Rückgang der Infektionszahlen gekommen war, eine Entwicklung, die sich anschließend weiter fortsetzte. Einen Effekt der Maskenpflicht auf den Rückgang der Infektionszahlen kann man daraus also nicht ableiten, weil sich **beides überlagert**, dies aber in der Modellierungsstudie nicht einbezogen wurde.

Ferner ist bei den Daten aus Jena zu berücksichtigen, dass sich das Infektionsgeschehen in Jena nach den Daten des RKI noch dazu nur auf wenige Tage konzentriert hat und der **überwiegende Teil vor Mitte März stattfand**: Es gab (1) ca. 3 – 5 positive Fälle Ende Februar, (2) zwischen 43 und 53 positive Fälle am Wochenende um den 7. – 9. März und (3) zwischen 59 und 73 positive Fälle in der Zeit vom 11. bis 14. März, (4) anschließend eine deutlich rückläufige Zahl positiver Fälle an jeweils einzelnen Tagen vor Ende März und (5) nochmals 3 – 5 positive Fälle Ende März. Der jeweils enge zeitliche Zusammenhang der Ereignisse (2) und (3) deutet darauf hin, dass diese Fälle am ehesten auf Ausbruchssituationen zurückzuführen sind und nicht auf eine

fortgesetzte Infektionsentstehung ‚in der Fläche‘. Ende März 2020 jedenfalls war das Infektionsgeschehen in Jena durch die strikten dort geltenden sozialen Distanzierungsmaßnahmen schon so stark abgeklungen, dass man einen Effekt durch die Maskenpflicht ab dem 6. April 2020 nicht mehr erwarten konnte, weil es keine dadurch beeinflussbaren Infektionsgeschehen mehr gab.

Außerdem muss berücksichtigt werden, dass das Meldedatum der Fälle, das in der Studie verwendet wurde, keine auch nur annähernd sichere Aussage zulässt über den Zeitpunkt der Infektion, der sich nur über das Erkrankungsdatum (= Beginn der klinischen Symptomatik) genau genug festlegen lässt, wie es das RKI in seinen Modellierungsstudien praktiziert.

[https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.4/17\\_2020\\_2.Artikel.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/6650.4/17_2020_2.Artikel.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

Gemäß RKI beträgt nämlich die Zeit zwischen Infektion und Meldedatum 14 – 21 Tage, und dieser Zeitraum setzt sich zusammen aus: (1) der Inkubationszeit, (2) dem Zeitverzug, bis der Patient wegen zunehmender Symptome zum Arzt geht, (3) der Zeit für die Durchführung des Tests (incl. Transport ins Labor und Auswertung im Labor), (4) den administrativen Verzögerungen bei der Meldung der Testergebnisse an das RKI sowie (5) der Publikation durch das RKI.

Buchholz U, Buda S, Prahm K. Abrupter Rückgang der Raten an Atemwegserkrankungen in der deutschen Bevölkerung. *Epid Bull* 2020; 16: 7-9;  
[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/16\\_20.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/16_20.pdf?__blob=publicationFile)

Die „Jena-Studie“ geht jedoch nur von einer Verzögerung von etwa 8 Tagen aus.

Mit anderen Worten: Der in dieser Untersuchung der Maskenpflicht zugeschriebene Effekt beim Rückgang der Infektionszahlen wird zum einen **überlagert vom deutlichen Rückgang der Infektionszahlen**, der überall in Deutschland einige Wochen vor Einführung der Maskenpflicht in Jena und anderswo begonnen hatte. Zum anderen muss berücksichtigt werden, dass die jeweils dem RKI gemeldeten Fälle **14 - 21 Tage zuvor** entstanden sind, die Maskenpflicht also mindestens **in den ersten 2 - 3 Wochen keinen Einfluss** auf die Fallzahlen gehabt haben könnte.

Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Beurteilung eines Effekts der Maskenpflicht ist, dass in den gemeldeten Infektionszahlen immer auch Infektionen verborgen sein können, die aus Ausbruchsgeschehen, z.B. in Heimen, Krankenhäusern oder Gemeinschaftsunterkünften, stammen. Institutionelle Ausbrüche werden aber durch eine Maskenpflicht im öffentlichen Raum nicht beeinflusst, so dass ein Rückgang der Fallzahlen in einem Ort bzw. in einer Region daran liegen kann, dass zuvor Ausbruchsgeschehen die Zahl der Fälle erhöht haben, danach aber die Fallzahlen durch das Fehlen weiterer Ausbrüche niedriger waren als vor der Einführung der Maskenpflicht. Danach sieht es auch bei den positiven Fällen der Ereignisse (2) und (3) (siehe oben) in Jena aus. Ohne Berücksichtigung also, aus welchem epidemiologischen Zusammenhang die aus den verschiedenen Orten gemeldeten Fallzahlen stammen (d.h. ob Ausbrüche darunter waren oder nicht), bleibt der Effekt von Masken in der Öffentlichkeit auf das Auftreten von neuen Fällen notgedrungen unklar.

Insgesamt bringt auch diese Modellierungsstudie keine Ergebnisse, die eine Maskenpflicht stützen würden, weil neben der Einführung der Maskenpflicht viel zu viele Einflussfaktoren insbesondere aus der Zeit davor unberücksichtigt blieben, auch wenn die Autor\*innen selbst, wie der Antragsgegner zitiert, Folgendes feststellen:

„Zusammenfassend hat die Einführung der Maskenpflicht in den jeweiligen Kreisen zu einer Verlangsamung der COVID-19-Entwicklung beigetragen. Der Befund steht gut mit der Einschätzung von Epidemiologen und Virologen im Einklang, dass der Mund-Nasen-Schutz den Luftstrom beim Sprechen vermindert und dadurch die Übertragung infektiöser Partikel eingedämmt wird.“

Dass es sich dabei um einen Zirkelschluss handelt, zeigt sich beispielsweise auch daran, dass in Spanien trotz strengster Maskenpflicht zwischen Juli und Ende Oktober die Fallzahlen extrem anstiegen, während sie in Schweden, wo es weiterhin keine Maskenpflicht gibt, zum einen deutlich niedriger sind und zum anderen bis Ende August nahezu gleichblieben.

<https://ourworldindata.org/coronavirus-data-explorer>

Dafür gibt es weitere Beispiele aus anderen Ländern.

[https://rationalground.com/mask-charts/;](https://rationalground.com/mask-charts/)

<https://rationalground.com/more-mask-charts/>

Man kann aber ähnliches auch an den Daten des RKI sehen (Einführung der Maskenpflicht am 28. April 2020) (z.B. in den täglichen Situationsberichten). Ebenso sagt der Leiter der österreichischen AGES (Agentur für Gesundheit), dass weder Maskenpflicht noch ihre Aufhebung messbare Auswirkungen auf das Infektionsgeschehen in Österreich gehabt haben.

<https://www.youtube.com/watch?v=qjsAy6cEGTk>

Im Anschluss daran erörtert der Antragsgegner, dass beim Sprechen etc. freigesetzte Tröpfchen auch durch sog. Community-Masken abgefangen werden und stellt fest, dass damit, das *Risiko, eine andere Person durch*



*Husten (...) anzustecken (...) nach Ansicht verschiedener Experten verringert werden' könne. Danach wird wieder aus einem Beitrag der ‚Tagesschau‘ zitiert, wonach auch Stoffmasken einen gewissen Schutz böten.*

Letzteres soll auch gar nicht in Frage gestellt werden schließlich wird Personen mit offener Tuberkulose der Atemwege als eine einfache Maßnahme beigebracht, sich beim Husten ein Taschentuch vor den Mund zu halten.

Jedoch gibt es keine Grundlage für die nachfolgend in dem Beitrag zitierte Stellungnahme der DPG, wonach *‚aus Stoff hergestellte Masken nachgewiesenermaßen andere schützen (...)'*. Dafür hat die DGP in ihrer Stellungnahme (siehe oben) keine Belege vorlegen können, weil es solche Belege schlicht nicht gibt. Die Äußerung der DGP ist somit nicht mehr als eine **Meinungsäußerung** dieser Fachgesellschaft. Gleiches gilt für die Aussage von Prof. Dr. Klaus-Dieter Zastrow, Honorarprofessor an der Technischen Hochschule Mittelhessen.

#### **8. S. 53 der Stellungnahme: Die Einschätzung der WHO von 2020**

In der (derzeit noch aktuellsten) Empfehlung der WHO vom Juni 2020 heißt es zu Masken in der Öffentlichkeit (wie bereits in einer vorangegangenen Empfehlung dazu vom April 2020), dass es **keine wissenschaftlichen Daten** gebe, dass das Tragen von Masken (medizinische Masken bis hin zu sog. Community-Masken) durch (anscheinend) gesunde Personen, also Menschen ohne Symptome einer oberen Atemwegsinfektion, im öffentlichen Setting vor Infektionen mit respiratorischen Viren, inklusive solche durch das Coronavirus, schützen könne.

World Health Organization (WHO). Advice on the use of masks in the context of COVID-19 (5. Juni 2020)  
<https://www.who.int/publications-detail/advice-on-the-use-of-masks-in-the-community-during-home-care-and-in-healthcare->

settings-in-the-context-of-the-novel-coronavirus-(2019-ncov)-  
outbreak

Die WHO hat sich mit dieser neuen Empfehlung also ein weiteres Mal **nicht** für das generelle Tragen von Masken in der Öffentlichkeit ausgesprochen – **entgegen der Darstellung in den Medien**, die über den (angeblichen) Schwenk der WHO berichteten.

In der neuen Empfehlung geht die WHO allerdings (neben dem Gebrauch von Masken im medizinischen Bereich) erstmals ausführlich auf den Gebrauch von Masken durch die Bevölkerung im öffentlichen Raum ein und macht dazu sehr differenzierte Angaben.

Danach solle in bestimmten Situationen des öffentlichen Lebens das Tragen von Masken gefördert werden – von der WHO also nicht als ‚Vorschrift‘ oder ‚Pflicht‘ gedacht.

Wichtig ist aber, dass die WHO diese Empfehlung nur für Gebiete (z.B. Landkreise) mit (1) bekannter oder vermuteter ausgedehnter Übertragung außerhalb von lokalisierbaren Ausbrüchen, sozusagen viele Infektionen in der Fläche, nicht an einzelnen Hotspots, **und** in einer solchen epidemiologischen Situation (2) bei Gelegenheiten (z.B. ÖPNV), in denen Abstandhalten schwierig ist, gibt. Dann könne dies eine zusätzliche Maßnahme und Teil eines umfassenden Vorgehens sein, um die Coronavirus-Übertragung zu unterdrücken.

Die WHO stellt aber gleichzeitig fest, dass es dafür **keine direkte wissenschaftliche Evidenz** gebe (also wie in der früheren Empfehlung von 2019 handelt es sich lediglich um **Plausibilität**) und dass neben möglichen Vorteilen auch **Nachteile bedacht** werden müssen.

Die WHO empfiehlt Masken somit nur in **besonderen epidemiologischen Situationen** und damit auch nur in **umschriebenen Regionen mit hohen Infektionszahlen** in der Fläche (d.h. nicht im

Rahmen von – lokal begrenzten – Ausbrüchen), ohne aber einen Anhalt für das Ausmaß der Fallzahlen zu geben, **auf jeden Fall aber nicht als allgemeine (landesweite) Maskenpflicht**, wie die Welt es derzeit (November 2020) erlebt. Als Grundlage für die **generelle Maskenempfehlung** kann die WHO-Empfehlung deshalb ebenfalls **nicht** herangezogen werden.

Auf S. 53 (Mitte) zitiert der Antragsgegner die zuvor genannte Stellungnahme der Gesellschaft für Virologie (GfV) vom 06.08.2020.

Stellungnahme der Ad-hoc-Kommission SARS-CoV-2 der Gesellschaft für Virologie: SARS-CoV-2-Präventionsmassnahmen bei Schulbeginn nach den Sommerferien, 06.08.2020; [https://www.g-f-v.org/sites/default/files/Stellungnahme%20GfV\\_Bildungseinrichtungen\\_20200806\\_final\\_sent.pdf](https://www.g-f-v.org/sites/default/files/Stellungnahme%20GfV_Bildungseinrichtungen_20200806_final_sent.pdf)

Die GfV geht in dieser Stellungnahme nur mit einem Satz auf Masken ein. Dort heißt es (auf S. 2, untere Hälfte): *„Die Evidenz zur Schutzwirkung bei konsequentem und korrektem Einsatz von Alltagsmasken hat in der Zwischenzeit zugenommen.“* Dazu werden zwei Literaturzitate genannt: (1) der Lancet-Review von Chu et al., der jedoch keine Schlussfolgerungen für den Einsatz von Masken (oder sog. Alltagsmasken) in der Öffentlichkeit, d.h. außerhalb des Medizinbetriebs, zulässt (siehe oben unter 5.) und (2) ganz offensichtlich, aber unter Nr. 18 mit einem falschen Titel angegeben, die Maskenempfehlung des RKI mit seiner ‚Neubewertung‘ in Epid Bull 19 / 2020 vom 07.05.2020 (siehe oben unter 1.).

Das bedeutet, dass mit der Stellungnahme der GfV keine wissenschaftliche Evidenz der Alltagsmasken belegt werden kann, weil diese Fachgesellschaft nur Publikationen zitiert hat, die eine Anwendung von Masken durch die Bevölkerung in der Öffentlichkeit **nicht** stützen.

## 9. S. 53 der Stellungnahme: Masken und Abstandhalten im ÖPNV

Masken seien, so muss man den Antragsgegner im Folgenden verstehen, *insbesondere für Situationen, in denen mehrere Menschen in geschlossenen Räumen zusammentreffen und der Abstand von mindestens 1,5 Metern zu anderen Personen nicht eingehalten werden kann* nötig. Dies sei im ÖPNV in aller Regel gegeben. Es wird weiter dargestellt, dass die *in den Fahrzeugen verbauten Lüftungsanlagen (...) zudem für eine Umwälzung der Luft und damit der Aerosole über das unmittelbare Umfeld hinaus* (sorgen).

Der aerogenen Übertragung misst der Antragsgegner (siehe oben unter 4 b.) einen relevanten Stellenwert zu, weil er sich an dieser Stelle nochmals, wenn auch nur sehr kurz, mit der Frage der Lüftungsanlage in öffentlichen Verkehrsmitteln befasst (S. 54 oben). Diese Lüftungsanlagen würden *für eine Umwälzung der Luft und damit der Aerosole über das unmittelbare Umfeld hinaus* sorgen. Das kann mutmaßlich so gesagt werden, obwohl diesseits nicht bekannt ist, wie solche Lüftungsanlagen im ÖPNV funktionieren, d.h. ob es auch einen gewissen Anteil an Frischluftzufuhr gibt oder ob diese Anlagen nur im Umluftbetrieb laufen, d.h. die Luft nur ständig rezirkulieren, was hier aber nicht weiter vertieft werden soll.

Der Antragsgegner zitiert bei seiner kurzen Bemerkung zu den Lüftungsanlagen eine experimentelle Studie mit freiwilligen Versuchspersonen, von denen fast alle (N = 208) eine Labor-bestätigte akute Influenzainfektion hatten und bei sechs Personen der Verdacht auf akute COVID-19 bestand .

Ho K-F, Lin L-Y, Wenig S-P, Chuang K-J:  
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969720330278>

Die Versuchspersonen bekamen – in welcher Reihenfolge auch immer (das ist nicht angegeben) – eine medizinische Maske und anschließend

eine 3-lagige Baumwollmaske bzw. gar keine Maske. Je zwei Messungen (während einer Stunde) von Aerosolen im nahen Umfeld der Versuchspersonen, also jeweils mit einer der Masken oder ganz ohne Maske, wurden in einem mechanisch belüfteten (= mit sog. Klimaanlage) Schlafzimmer (bei geschlossenen Fenstern) und in einem Auto (ebenfalls mit Klimaanlage) durchgeführt. Ebenfalls wurde die Aerosolkonzentration in der Raumluft im Schlafzimmer und im Auto bestimmt, ohne dass die Versuchspersonen eine der Masken trugen. Alle Versuchspersonen hatten eine akute Infektion der oberen Atemwege mit den typischen Symptomen (Husten, Niesen).

Nach den Ergebnissen dieser Studie gab es keine signifikanten Unterschiede in der Aerosolkonzentration zwischen medizinischer Maske und Baumwollmaske. Das Restümee der Autor\*innen war, dass Baumwollmasken bei infizierten (d.h. symptomatischen) Personen ein Ersatz für medizinische Masken in Räumen mit Klimaanlage sein könnten. Außerdem, so die Autor\*innen weiter, könnten gesunde Personen in der Öffentlichkeit täglich Baumwollmasken tragen, weil sie waschbar und damit wiederverwendbar sind. Dazu lässt sich sagen: Gegen ‚können‘ wäre nichts einzuwenden, aber für eine Tragepflicht ist diese Meinungsäußerung der Autor\*innen ersichtlich keine Grundlage.

Der Antragsgegner schließt aber daraus, dass es ‚sachgerecht‘ sei, *„eine Infektionsschutzmaßnahme wie die Maskenpflicht in gleichen und ähnlichen Situationen gleichermaßen anzuordnen“*.

Bei der Maskenpflicht in Deutschland geht es jedoch nicht, wie in der erwähnten Studie, darum, dass infizierte Personen mit Symptomen eine Maske tragen sollen, sondern nahezu alle Bürger\*innen **unabhängig von respiratorischen Symptomen** eine Maske tragen müssen, weil es ja sein könnte, dass sie bereits das Virus in ihrem respiratorischen Sekret ausscheidet, auch wenn sie (noch) gesund sind.

Solche Personen husten und/oder niesen in der Regel aber nicht, denn sie sind ja asymptomatisch (bzw. noch präsymptomatisch, wenn sie später erkranken). Die Masken sollen also dadurch einen Fremdschutzeffekt haben, dass sie die **beim Atmen und ggf. Sprechen** freigesetzten größeren und kleineren respiratorischen Tröpfchen aufhalten, damit sie nicht oder nur reduziert in die Raumluft gelangen. Dies zeigen zwar experimentelle Untersuchungen der verschiedenen Maskenarten, allerdings ist der **Effekt abhängig vom Maskentyp**, also letztlich abhängig von Material und Design der Masken.

Da aber die sog. Community-Masken **keine in irgendeiner Weise festgelegten Standards erfüllen müssen** (und sogar irgendein Tuch reicht) und da sie noch dazu häufig, was man jeden Tag in der Öffentlichkeit beobachten kann, nicht korrekt – d.h. nicht dicht am Gesicht anliegend sowie nicht Mund und Nase bedeckend – getragen werden, kann man gerade eben nicht davon ausgehen, dass sie – im wirklichen Leben – gleich wirksam sind wie in experimentellen Untersuchungen.

In der oben genannten Studie von Ho et al. wurde die Raumluft im Abstand von etwa 1 m um die symptomatischen Personen herum daraufhin untersucht, wie viele Aerosole beim Tragen des einen wie des anderen Maskentyps bzw. ganz ohne Maske nachgewiesen werden können.

Aus solch einer Versuchsanordnung **mit infizierten Personen** kann man jedoch nicht darauf schließen, dass Personen, die keine Infektion der oberen Atemwege haben und somit weder husten noch niesen, vergleichbare Aerosolmengen produzieren und freisetzen.

Mit anderen Worten: **Es ist danach nicht klar, dass von bereits infizierten, aber nicht symptomatischen Personen überhaupt eine relevante Zahl infektiöser Aerosole freigesetzt wird, also überhaupt**

die eine oder die andere Maske die Zahl der freigesetzten Aerosole signifikant reduzieren könnte.

Was bei den infizierten Personen durch ihre klinische Symptomatik mit Husten und Niesen nachvollziehbar ist, lässt sich somit **nicht auf nicht-symptomatische Personen**, die eben nicht husten und niesen, übertragen.

Es könnte sein, dass die gleichen Untersuchungen durchgeführt mit nicht-symptomatischen Personen keinen relevanten Unterschied in der Zahl der Aerosole in der Raumluft um die Personen herum ergeben würden, wenn einmal Masken und einmal keine Masken getragen werden. Dabei käme es also gar nicht auf die Art der Maske an (medizinische oder Baumwollmaske). Derartige Schlussfolgerungen, wie sie der Antragsgegner macht, sind nicht mit den Anforderungen wissenschaftlichen Denkens und Arbeitens in Einklang zu bringen.

Hinzu kommt durch eine kürzlich publizierte Studie ein ganz anderer Aspekt, der erst noch näher geprüft werden muss.

Asadi S et al.: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-72798-7>

Danach kam es bei Baumwollmasken (im Vergleich zu ohne Maske) zu einer **vermehrten Abgabe von schwebefähigen Partikeln (Aerosolen)**, bei denen es sich um winzige Baumwollfasern handelt. Diese Baumwollfasern könnten bei einer asymptomatischen oder präsymptomatischen Infektion des Trägers mit dem Virus kontaminiert sein und damit die Freisetzung kontaminierter Aerosole **sogar erhöhen** – und gerade eben nicht reduzieren.

**10. Weitere, aber vom Antragsgegner zur möglichen Effektivität von Masken nicht genannte Publikationen**

Im Folgenden werden verschiedene Publikationen (in der zeitlichen Reihenfolge, wie sie bei den Zeitschriften eingereicht wurden) aufgelistet und kurz besprochen, auf die von Fachleuten oder in den Medien hingewiesen wurde, um einen Beleg dafür zu liefern, dass Masken in der Öffentlichkeit wirksam seien.

a. Esposito, S. et al.: Universal use of face masks for success against COVID-19: evidence and implications for prevention policies. *European Respiratory Journal*. 2020 (<https://doi.org/10.1183/13993003.01260-2020>) (eingereicht im April 2020)

Hierbei handelt es sich um eine *Correspondence* an die Zeitschrift. In dem Leserbrief wird eine kleine Literaturübersicht gegeben, wobei die meisten der darin behandelten Studien aus dem Klinikbereich stammen, wenn es sich überhaupt um solche Maskenuntersuchungen und nicht um andere Fragestellungen und um allgemeine Verlautbarungen von internationalen Gesundheitsbehörden ohne Angabe von Fachliteratur handelt.

b. Eikenberry SE et al.: To mask or not to mask. Modelling the potential for face mask use by the general public to curtail the COVID-19 pandemic. *Infectious Disease Modelling* 2020; 5: 293-308 (<https://doi.org/10.1016/j.idm.2020.04.001>) (eingereicht im April 2020)

Bei dieser Arbeit handelt es sich um eine rein mathematisch-theoretische Modellierungsstudie. Die Autor\*innen (alles Mathematiker\*innen und Statistiker\*innen) drücken sich – ähnlich wie das RKI im Epid Bull 19 / 2020 – durchweg eher sehr vorsichtig aus, was die Effektivität von Masken angeht, behaupten dann aber doch, dass Masken zusammen mit anderen Interventionen (sog. ‚social distancing‘ und insbesondere Hygienemaßnahmen) bewirken könnten, dass die Mortalität und die Belastung des Medizinsystems (in dieser Reihenfolge) abnehmen. Masken seien zwar kein ‚Allheilmittel‘, könnten aber einen Synergieeffekt zusammen mit anderen nicht-pharmazeutischen Interventionen haben.



Sie schreiben weiter, dass Masken allein, wenn sie nicht sehr effektiv sind und nahezu von allen benutzt werden, nur einen kleinen Effekt bei schwereren Epidemien hätten, der jedoch bezogen auf die absolute Zahl der geretteten Leben dennoch nicht unbedeutend sei. Der relative Nutzen eines generellen Maskengebrauchs könnte mit anderen Maßnahmen für die Öffentlichkeit zusammenwirken. Masken dürften deshalb nicht als Alternative, sondern nur als Ergänzung zu anderen Public-Health-Maßnahmen betrachtet werden. Sie sagen dann weiter, dass ihre Simulationen zeigten, dass selbst schwach wirksame Masken, wenn sie breit eingesetzt werden würden, dabei helfen könnten, viele Todesfälle zu verhindern. Ihre theoretischen Ergebnisse legten einen signifikanten – wenn auch potentiell sehr variablen – Wert selbst bei Verwendung von Masken mit geringer Effektivität nahe, wenn sie breit verwendet werden.

Gegen Ende der ‚*Diskussion*‘ stellen die Autor\*innen dann aber fest, dass ihre ‚*theoretischen Ergebnisse*‘ mit Vorsicht interpretiert werden müssen wegen einer Kombination aus potentiell hohen Raten der Non-Compliance mit dem Gebrauch von Masken, ferner der Unsicherheit in Hinsicht auf ihre (intrinsische) Effektivität (besonders bei selbstgenähten Masken), respiratorische Tröpfchen und / oder Aerosole aufzufangen, und schließlich wegen des, wie sie tatsächlich schreiben, sogar überraschenden Ausmaßes an Unsicherheit, was die grundlegenden Übertragungsmechanismen bei respiratorischen Infektionen angehe. Obwohl sich die Autor\*innen also durchaus dessen bewusst sind, dass sie mit ihren Simulationen **theoretische Ergebnisse** vorlegen, schließen sie ihren Beitrag dennoch mit der nachdrücklichen Empfehlung eines möglichst universellen Gebrauchs von Masken in der Öffentlichkeit (Alltagsmasken, außer wenn medizinische Masken verwendet werden könnten, ohne das Medizinsystem zu beeinträchtigen).

c. Stutt ROJH et al.: A modelling framework to assess the likely effectiveness of facemasks in combination with ‘Lock-down’ in managing the COVID-19 pandemic. Proc R Soc A 2020; 476 (<https://doi.org/10.1098/rspa/2020.0376>) (eingereicht im April)

Auch dies ist eine **theoretische Modellierungsstudie**, die immer nur zu ‚Wenn-Dann-Ergebnissen‘ führen können und deshalb nie geeignet sein können, um die Wirksamkeit einer Maßnahme im wirklichen Leben belegen zu können.

d. Howard J et a.: Face masks against COVID-19: an evidence review. PNAS 2020 (<https://www.preprints.org/manuscript/202004.0203/v1>) (Version 1 eingereicht im April bis derzeit Version 4 vom Oktober, noch Preprint-Status, d.h. kein Peer-Review)

Es handelt sich hier um einen konventionellen, sog. narrativen Review, d.h. es wurde für die Auswertung nicht nach allen Untersuchungen zu dem Thema gesucht, sondern die behandelten Studien wurden von den Autor\*innen nach subjektiven Kriterien ausgewählt, womit immer das Risiko einer unvollständigen Auswahl von Untersuchungen verbunden ist, die es zu einer Fragestellung gibt. Deshalb werden für den Beleg einer Wirksamkeit von Maßnahmen aller Art systematische Reviews gefordert. Diese Publikation kann schon aufgrund der Tatsache, dass das Manuskript bisher dreimal überarbeitet werden musste und es immer noch nicht von der Zeitschrift akzeptiert wurde, in der vorliegenden Form zumindest als Literaturübersicht, aus der solide Rückschlüsse gezogen werden, ausgeschlossen werden.

e. Zhang R et al.: Identifying airborne transmission as the dominant route for the spread of COVID-19 ([www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.2009637117](http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.2009637117)) (eingereicht im Mai 2020)

Hierbei handelt es sich um eine weitere Modellierungsstudie, die für Wuhan (China), hauptsächlich aber für Italien und für New York City gezeigt haben will, dass mit Einführung der Maskenpflicht in der Öffentlichkeit die Zahl der Neuinfektionen erheblich zurückging. Diese Studie wurde offenbar rasch wegen mangelnder statistischer Methoden

kritisiert (und die Zeitschrift wurde aufgefordert, den Artikel zurückzuziehen, was nicht geschah: <https://reason.com/2020/06/22/prominent-researchers-say-a-widely-cited-study-on-wearing-masks-is-badly-flawed/>). Ein kritischer Leserbrief zu dieser Studie wurde von der Zeitschrift akzeptiert und publiziert ([www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.2012415117](http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.2012415117)).

Aus epidemiologischer Sicht gibt es grundlegende Einwände gegen diese Studie, durch die ihre Ergebnisse unbrauchbar werden, egal, wie gut man sie ggf. berechnet haben sollte. Wie in der ‚Jena-Studie‘ (siehe oben unter 7.) nämlich, haben auch diese Autor\*innen (ebenfalls keine Mediziner\*innen, sondern Chemiker\*innen, darunter ein Co-Chemie-Nobelpreisträger von 1995, sowie Physiker\*innen bzw. Geolog\*innen) übersehen, dass die Auswirkungen einer Maßnahme nicht sofort, sondern wegen des Intervalls zwischen dem Zeitpunkt der Infektion und dem Meldedatum **frühestens ca. 2 - 3 Wochen danach** erkennbar sein könnten.

Die Autor\*innen meinten nicht nur zu zeigen, dass die Maskenpflicht den größten Effekt von allen Maßnahmen hatte, sondern sind darüber hinaus offenbar davon überzeugt, dass sie mit ihrer Studie die Aerosol-Übertragung des neuen Coronavirus als dominanten Übertragungsweg belegt haben. Sie schließen das offenbar aus der Tatsache, dass Masken respiratorische Tröpfchen mechanisch aufhalten und damit verhindern, dass daraus (also aus den kleineren, die nicht gleich sedimentieren) sog. Tröpfchen-Kerne entstehen, die schwebefähig sind (= Aerosol) und ggf. Viren enthalten können. Sie behaupten ferner, dass der aerogene Übertragungsweg der effizienteste sei, weil Aerosole schon beim normalen Einatmen tief in die Lunge gelangten, und außerdem, dass dieser Übertragungsweg typischerweise eine niedrige ‚Infektionsdosis‘ benötige. Außerdem hätten freischwebende Viren eine große Mobilität und eine ausreichend lange ‚Überlebenszeit‘ für ihre Verbreitung.

Allerdings sind das zum einen durchweg unbelegte Annahmen und keine wissenschaftlichen Beweise und darüber hinaus Annahmen, die nicht mit den Erkenntnissen vereinbar sind, in welche anatomischen Regionen das neue Coronavirus gelangen muss: z.B. vermehrt es sich hauptsächlich in der Nasenschleimhaut und nicht in der Lunge, ferner ist bisher nichts über die sog. Infektionsdosis bekannt und somit gibt es keine Hinweise dafür, dass eine geringe Viruszahl für eine Infektion ausreicht, und schließlich gehören Coronaviren als Viren mit Lipidhülle zu den gegen Umwelteinflüsse empfindlichsten Viren, alles in allem keine guten Voraussetzungen, um auch nur eine etwas längere Zeit infektionstüchtig ungeschützt in der Luft ‚zu überleben‘ oder – wissenschaftlicher ausgedrückt: infektionstüchtig zu bleiben.

Die Autoren sind Naturwissenschaftler\*innen und haben sich solche Fragen offenbar nicht gestellt bzw. als Nicht-Mediziner\*innen stellen können.

f. Zamir M et al.: Non pharmaceutical interventions for optimal control of COVID-19. Computer Methods and Programs in Biomedicine 2020; 196.

(<https://doi.org/10.1016/j.cmpb.2020.105642>) (eingereicht im Mai 2020)

Es handelt sich um eine **mathematische Simulationsstudie** mit den bereits oben genannten Einschränkungen, so dass auf dieser Grundlage (mathematische Schätzung) die Effektivität von Masken im öffentlichen Raum nicht belegt werden kann.

g. Lyu W, Wehby GL: Community use of face masks and COVID-19: Evidence from a natural experiment of state mandates in the US. Health Affairs 2020; 39.

(<https://doi.org/10.1377/hlthaff.2020.00818>) (eingereicht im Juni 2020)

Auch bei dieser Studie handelt es sich um eine **mathematische Schätzung** auf der Basis von US-Staaten mit und ohne Maskenpflicht

zwischen dem 8. April 2020 und dem 15. Mai 2020. Die Compliance mit dem Gebrauch von Masken konnte aber nicht bestimmt werden, so dass unklar ist, wie oft Masken getragen wurden. Außerdem wurden nur die 5 Tage vor der Verhängung der Maskenpflicht als Referenzperiode genommen, was bei weitem zu wenig für einen Vorher-Nachher-Vergleich ist, denn es dauert deutlich länger, bis sich der Effekt einer neuen Maßnahme zeigen kann (ca. 10 - 14 Tage). Schon deshalb wären die Ergebnisse nicht aussagefähig. Die Autor\*innen schlussfolgern allerdings auch nur, dass ihre Ergebnisse nahelegten, dass eine Maskenpflicht in der Öffentlichkeit dabei helfen könnte, die Verbreitung von COVID-19 abzumildern, beurteilen also die Aussagefähigkeit ihrer Untersuchung entsprechend zurückhaltend.

h. Wong SH et al.: COVID-19 and public interest in face mask use (Correspondence). *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* 2020; 202: 453-454. (<https://doi.org/10.1164/rccm.202004-1188LE>) (eingereicht im Juni 2020)

In diese Untersuchung, die als 2-seitige *Correspondence* publiziert wurde, wurden 42 geographische Regionen auf 6 Kontinenten eingeschlossen. Es sollte geprüft werden, ob es eine Beziehung zwischen dem in einigen, insbesondere in asiatischen Ländern häufigen Gebrauch von Masken im Gegensatz zu anderen, z.B. europäischen Ländern, wo der Gebrauch von Masken in der Frühphase der Pandemie (vom 21. Januar bis zum 11. März) nicht etabliert bzw. nicht vorgeschrieben war, gibt. Die Frage dieser Untersuchung war, ob der frühe Gebrauch von Masken in der Corona-Pandemie dabei geholfen haben kann, die Pandemie einzudämmen. Das Ergebnis der Autor\*innen war, dass die Zahl der Fälle in manchen asiatischen Ländern (früherer Maskengebrauch) niedriger war als in anderen Ländern (späterer Maskengebrauch). Masken seien danach ein unabhängiger Faktor gewesen, um die Pandemie zu kontrollieren. Die Autor\*innen kommen dennoch nur zu dem Schluss, dass es angemessen sei, anzunehmen, dass der Gebrauch von Masken die Pandemie abzuschwächen könne, weil sie die Freisetzung von Aerosolen und Tröpfchen reduzieren könnten. Sie

glauben, schreiben sie, dass ein breiterer Gebrauch von Masken der Schlüssel zur Kontrolle der Pandemie sei und dies unabhängig von Händehygiene, sog. social distancing und anderen Maßnahmen. Solche Vermutungen können Autor\*innen natürlich anstellen, sie können jedoch nicht die Grundlage sein, um einen breiten Gebrauch von Masken in der Öffentlichkeit zu empfehlen, und erst recht nicht für eine Maskenpflicht, wie sie in Deutschland gilt.

i. Chernozhukov V et al.: Causal impact of masks, policies, behavior on early covid-19 pandemic in the U.S. Journal of Econometrics 2020.

(<https://doi.org/10.1016/j.jeconom.2020.09.003>) (eingereicht im Juli)

In dieser **mathematischen Modellierungsstudie** wurde der Gebrauch von Masken bei Angestellten in Geschäften mit regelmäßigem Kundenkontakt untersucht, jedoch nicht der Gebrauch von Masken in der Öffentlichkeit, wie er in Deutschland Pflicht ist. Die Ergebnisse können also nicht auf die Fragestellung der Effektivität von Masken im öffentlichen Raum für nahezu alle Bürger\*innen übertragen werden. Außerdem sagen die Autor\*innen selbst, dass ihre Ergebnisse mit großer Vorsicht interpretiert werden sollen.

j. Leffler CT et al.: Association of country-wide coronavirus mortality with demographics, testing, lockdowns, and public wearing of masks.

American Journal of Tropical Medicine and Hygiene 2020  
(<https://doi.org/10.4269/ajtmh.20-1015>) (eingereicht im August 2020)

Die Autor\*innen dieser Arbeit kommen alle aus der Augenheilkunde und haben für ihre Untersuchung die unterschiedlichsten Länder der Welt eingeschlossen und miteinander verglichen. In die Studie eingeschlossen wurden Länder aus Afrika, Lateinamerika, Asien und Osteuropa mit sehr unterschiedlichen Infektionsraten und Bevölkerungsstrukturen. Wirkungen aber, die auf regionalen geographischen Beobachtungen und damit verbundenen Besonderheiten (z.B. klimatischen) basieren, sind für einen Vergleich mit- bzw. untereinander ungeeignet. Für diese Studie gelten die gleichen

Einschränkungen, wie oben bereits mehrfach aufgeführt: Es gibt verschiedene Ursachen für Anstiege von Fallzahlen (z.B. Ausbrüche), eine unterschiedliche Compliance mit Masken, was retrospektiv nicht überprüfbar ist, und andere Störfaktoren, die in einer solchen Studie nicht erkannt werden können.

k. Aravindakshan A et al.: Mask-wearing during the COVID-19 pandemic (Preprint). (<https://doi.org/10.1101/2020.09.11.20192971>) (eingereicht im September 2020)

In dieser mathematischen Modellierungsstudie wurde die Compliance mit dem Tragen von Masken in 24 Ländern ausgewertet, um den möglichen Einfluss auf die Fallzahlen zu bestimmen. Die Autor\*innen sagen selbst in ihrem Resümee, dass es möglich ist, dass der geschätzte Rückgang der neuen Fälle **nicht** auf das Tragen von Masken, sondern auf andere Variablen zurückgeht, die in dem Modell nicht berücksichtigt werden konnten. Im Ergebnis schlussfolgern die Autor\*innen sehr vorsichtig, dass wegen solcher Störfaktoren und auch wegen der Variationen bei den Maskentypen und bei ihrem Gebrauch randomisierte kontrollierte Studien über die Anwendung von Masken der Bevölkerung im öffentlichen Raum erforderlich seien, um den wahren Effekt des Tragens von Masken auf die Abschwächung der Übertragung respiratorischer Erreger zu bestimmen.

l. Karaivanov A et al.: Face Masks, Public Policies and Slowing the Spread of COVID-19: Evidence from Canada (Preprint) (<https://doi.org/10.1101/2020.09.24.20201178>) (eingereicht im Oktober 2020)

Dieser Publikation von Autor\*innen aus der Ökonomie liegt wieder eine **mathematische Modellierung** zugrunde, es handelt sich also um ‚Wenn-Dann-Ergebnisse‘, die keine Rückschlüsse auf das reale Leben zulassen, weil die Ergebnisse immer von den getroffenen Annahmen abhängen und zahlreiche Faktoren in den verschiedenen Regionen, die

auf das Ergebnis Einfluss haben können, nicht berücksichtigt werden können.

m. Brauner JM et al.: The effectiveness of eight nonpharmaceutical interventions against COVID-19 in 41 countries (Preprint). (<https://doi.org/10.1101/2020.05.28.20116129>) (eingereicht im Oktober 2020)

In dieser **mathematischen Modellierungsstudie** wurden 8 verschiedene sog. nicht-pharmazeutische Maßnahmen (neben dem Tragen von Masken z.B. Begrenzung von Versammlungen, Schließung von Geschäften, Schulschließungen) auf ihren Effekt auf die Reduktion des R-Wertes untersucht. Dabei zeigte sich, dass beim Einschluss von Masken in die Auswertung (zusammen mit den anderen Maßnahmen) keine weitere Reduktion des R-Wertes resultierte.

### **11. Resümee: Effekt von Masken in der Öffentlichkeit**

Sämtliche hier vorgestellten Publikationen liefern **keinen Anhalt für eine Effektivität von Masken getragen von der normalen Bevölkerung im öffentlichen Raum**, wie in Deutschland als Pflicht seit Ende April 2020. Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, von wann die Publikationen stammen, d.h. auch die neueren Untersuchungen geben keinen Anhalt für einen Effekt des Maskentragens in der Öffentlichkeit. Dies entspricht nicht zuletzt der Einschätzung der WHO, ist aber auch mit den Angaben des RKI im Einklang, das nirgendwo festgestellt hat, dass der Gebrauch von Masken in der Öffentlichkeit in seiner Effektivität in Bezug auf eine Reduktion der Infektionsfälle (oder gar Todesfälle) bestätigt sei.

### **Potentielle Nachteile des Maskengebrauchs in der Öffentlichkeit**

Alle Gesundheitsbehörden der Welt – wie auch das RKI – fordern einen **korrekten Umgang mit Masken** (prinzipiell nach den Regeln, die schon



immer für den Gebrauch von Masken in Krankenhäusern gelten). Dass diese regelmäßig nicht eingehalten werden, kann jeder jeden Tag im öffentlichen Raum beobachten. Dadurch kann es insbesondere zur Kontamination der Hände mit dem möglicherweise im Nasen-Rachenraum des Trägers vorhandenen Erreger und infolgedessen zur Weiterverbreitung des Erregers via direkte oder indirekte Kontakte kommen.

### **Voraussetzungen für den Gebrauch von Masken**

Arbeitgeber\*innen müssen gemäß Arbeitsschutzvorschriften ihre Mitarbeiter\*innen in den Gebrauch von Masken einweisen und auf mögliche Risiken hinweisen. Außerdem müssen sie die Masken zur Verfügung stellen. Sie müssen ferner dafür sorgen, dass die erforderlichen Pausen gemacht werden können: beim normalen Mund-Nasenschutz alle 2 Stunden eine Pause von 30 Minuten und bei den FFP2/FFP3-Atemschutzmasken alle 75 Minuten eine Pause von 30 Minuten. In allen Bereichen, wie insbesondere in Schulen oder Büros, wo Masken prinzipiell stundenlang getragen werden, müssen diese Vorgaben ebenfalls umgesetzt werden, was aber nicht geschieht.

### **VII. Fehlende Überprüfbarkeit der Verhältnismäßigkeit**

Die Verhältnismäßigkeit kann seitens des Senats mangels der Vorlage von Akten oder sonstigen entscheidungsleitenden Dokumenten nicht überprüft werden. Damit bleiben folgende **entscheidungserheblichen** Fragen unbeantwortet:

1. Von welcher Tatsachengrundlage ging der Antragsgegner aus?
2. Welche Gefahrenlage hat er gesehen?
3. Wie war diese begründet?
4. War sie nachvollziehbar begründet?
5. Welche Annahmen hat er zugrunde gelegt?

6. Hat der Antragsgegner erkannt, dass er eine zwischen verschiedenen Rechtsgütern abwägen muss?
7. Hat er erkannt, welche Belange von den Anordnungen betroffen sind?
8. Wurden alle relevanten Belange ermittelt?
9. Wie wurden die **einzelnen** Belange gewichtet? Losgelöst vom Gesamtbild ist nämlich jedes Belang einzeln zu gewichten. Hierbei spielt es z.B. eine Rolle, wie tief der Eingriff ist
10. Wie wurden alle Belange nachdem sie identifiziert und gewichtet wurden gegeneinander abgewogen?

Bereits deshalb wird den Anträgen des Antragstellers stattgegeben werden müssen.

Es sei an der Stelle noch darauf hingewiesen, dass der Verfassungsgerichtshof Österreich jüngst in diesem Zusammenhang im Rahmen von sechs Entscheidungen für eine Reihe von COVID-19-Maßnahmen deren Rechtswidrigkeit festgestellt und dies letztlich **damit begründet** hat, dass die **Entscheidungsfindung** der Behörde – des Gesundheitsministers – **nicht nachvollziehbar** gewesen sei. Auch hierdurch sieht sich der Antragsteller in seiner Ansicht, dass bereits deshalb den hiesigen Anträgen stattzugeben ist, bestätigt.

In der Pressemitteilung des dortigen Gerichts heißt es:

## COVID-19: Mehrere – vor allem frühere – Maßnahmen gesetzwidrig, da Entscheidungsgrundlagen unzureichend dokumentiert

Der VfGH hat festgestellt, dass eine Reihe von COVID-19-Maßnahmen gesetzwidrig waren, die im Frühjahr 2020 getroffen haben. Gesetzwidrig waren konkret das Betretungsverbot für Gaststätten und selbständige (nicht an eine Tankstelle angeschlossene) Waschstraßen, Beschränkungen betreffend den Einlass von Besuchergruppen in Gaststätten (maximal vier Erwachsene, wenn kein gemeinsamer Haushalt), das Verbot von Veranstaltungen mit mehr als zehn Personen (welches etwa Diskotheken betraf) und die Maskenpflicht an öffentlichen Orten in geschlossenen Räumen (Amträumen etc.).

Der VfGH hob auch eine noch in Geltung stehende Bestimmung der COVID-19-Lockerungsverordnung (nunmehr COVID-19-Maßnahmenverordnung) auf, mit der die verpflichtende Einhaltung eines Mindestabstands zwischen den Verabreichungsplätzen in Gaststätten (§ 6 Abs. 1 und 4) angeordnet wurde, also der Mindestabstand von einem Meter zwischen Tischen. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2020 in Kraft.

Bei allen als gesetzwidrig erkannten Bestimmungen war aus den dem VfGH vorgelegten Akten nicht nachvollziehbar, auf Grund welcher tatsächlichen Umstände die zuständige Behörde – der Gesundheitsminister – die jeweilige Maßnahme für erforderlich gehalten hat. Dies verstößt aber gegen die gesetzliche Ermächtigung im COVID-19-Maßnahmengesetz bzw. im Epidemiegesetz. Der VfGH folgt damit den Leitentscheidungen vom 14. Juli 2020 (siehe [hier](#)).

(V 392/2020, V 405/2020, V 428/2020, V 429/2020, G 271/2020, G 272/2020)

[https://www.vfgh.gv.at/medien/Entscheidungen\\_Oktober-Session.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Entscheidungen_Oktober-Session.php)

So hatte der VfGH in einer Entscheidung am 01.10.2020 einem Gastwirt Recht gegeben, der u.a. gegen das Betretungsverbot seiner Gaststätte vorgegangen ist (V 405/2020):

Auch in solchen Situationen leitet, wie sonst, die Bundesverfassung Gesetzgebung und Verwaltung bei Maßnahmen zu ihrer Bewältigung insbesondere durch das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG sowie die durch ein System verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte gebildete Grundrechtsordnung. Das Legalitätsprinzip stellt Anforderungen an die gesetzliche Bindung der Verwaltung bei ihren Maßnahmen zur Krisenbekämpfung. Die Grundrechtsordnung gewährleistet, dass in den notwendigen Abwägungsprozessen mit öffentlichen Interessen die in einer liberalen Verfassungsordnung wesentlichen Interessen des Einzelnen berücksichtigt und die beteiligten Interessen angemessen ausgeglichen werden, auch wenn, wie in der vorliegenden Situation, die öffentlichen Interessen auf grundrechtlich geschützten Interessen basieren, die den Staat auch zum Handeln verpflichten.

28

2.2.2. Nach Art. 18 Abs. 2 B-VG kann der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber Abwägungs- und Prognosespielräume einräumen und, solange die wesentlichen Zielsetzungen, die das Verwaltungshandeln leiten sollen, der Verordnungsermächtigung in ihrem Gesamtzusammenhang mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sind, die situationsbezogene Konkretisierung des Gesetzes dem Verordnungsgeber überlassen (vgl. VfSlg. 15.765/2000). Es kommt auf die zu regelnde Sache und den Regelungszusammenhang an, welche Determinierungsanforderungen die Verfassung an den Gesetzgeber stellt (VfSlg. 19.899/2014 mwN). In diesem Zusammenhang hat der Verfassungsgerichtshof auch mehrfach ausgesprochen, dass der Grundsatz der Vorherbestimmung verwaltungsbehördlichen Handelns nicht in Fällen überspannt werden darf, in denen ein rascher Zugriff und die Berücksichtigung vielfältiger örtlicher und zeitlicher Verschiedenheiten für eine sinnvolle und wirksame Regelung wesensnotwendig sind, womit auch eine zweckbezogene Determinierung des Verordnungsgebers durch unbestimmte Gesetzesbegriffe und generalklauselartige Regelungen zulässig ist (vgl. VfSlg. 17.348/2004 mwN).

29

[...]

Angesichts der damit inhaltlich weitreichenden Ermächtigung des Verordnungsgebers verpflichtet § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 2 B-VG den Verordnungsgeber im einschlägigen Zusammenhang auch, die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verordnungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen naturgemäß nicht überspannt werden, sie bestimmen sich maßgeblich danach, was in der konkreten Situation möglich und zumutbar ist. Auch in diesem Zusammenhang kommt dem Zeitfaktor entsprechende Bedeutung zu.

All dies hat der Verfassungsgerichtshof bei seiner Prüfung, ob der Bundesminister den gesetzlichen Vorgaben bei Erlassung der angefochtenen Bestimmung des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 entsprochen hat, zu berücksichtigen. Damit ist für die Beurteilung des Verfassungsgerichtshofes insoweit der Zeitpunkt der Erlassung der entsprechenden Verordnungsbestimmungen und die diesen zugrunde liegende aktenmäßige Dokumentation maßgeblich.

Dass es damit dafür, ob die angefochtenen Verordnungsbestimmungen mit den Zielsetzungen des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz im Einklang stehen, auch auf die Einhaltung bestimmter Anforderungen der aktenmäßigen Dokumentation im Verfahren der Verordnungserlassung ankommt, ist kein Selbstzweck. Auch in Situationen, die deswegen krisenhaft sind, weil für ihre Bewältigung entsprechende Routinen fehlen, und in denen der Verwaltung zur Abwehr der Gefahr gesetzlich erhebliche Spielräume eingeräumt sind, kommt solchen Anforderungen eine wichtige, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sichernde Funktion zu.

2.2.4. Die Abs. 1 bis 5 des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 waren bereits in der Stammfassung dieser Verordnung enthalten und galten unverändert bis zum Außerkrafttreten der Verordnung mit 1. Mai 2020. Die Novelle

BGBl. II 130/2020 fügte § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 mit Wirkung vom 3. April 2020 einen weiteren Absatz 6 über die Abholung vorbestellter Speisen an; auch diese Bestimmung galt anschließend unverändert bis zum Außerkrafttreten der Verordnung mit 1. Mai 2020.

2.2.5. Als Grundlagen finden sich in den – vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz in den zu den Zahlen V 350-354/2020 (G 181/2020) geführten Ordnungsprüfungsverfahren vorgelegten und ausdrücklich auch für das vorliegende Verfahren für maßgeblich erklärten – Verordnungsakten nachstehende Unterlagen und Angaben: 38

In dem vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorgelegten Verwaltungsakt, der der Erlassung der (Stammfassung der) COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, BGBl. II 96/2020 vom 15. März 2020, zugrunde liegt, wird unter der Rubrik "Sachverhalt" ausgeführt: "Die BReg hat auf Grund der aktuellen Situ[at]ion beschlossen, das Betreten von Geschäften ab MO 16.3. (mit Ausnahmen) zu verbieten, und den Betrieb von GastroUnternehmen mit 17.3.2020". Darüber hinaus finden sich in diesem Verwaltungsakt keine weiteren, im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz relevanten Ausführungen oder Unterlagen. 39

In dem vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorgelegten Verwaltungsakt, der der Änderung der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 mit der Verordnung BGBl. II 130/2020 (vom 2. April 2020) zugrunde liegt, finden sich zunächst Mail-Korrespondenzen von Bediensteten des Ministeriums, die – soweit sie sich auf § 3 Abs. 6 der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 beziehen – auf das Wesentliche zusammengefasst folgenden Inhalt haben: Es komme immer öfter zu Anfragen, ob die "Lieferung" von Speisen auf einen Parkplatz in der Nähe des Gastgewerbebetriebes oder eine Übergabe in das vor dem Gastgewerbebetrieb wartende Auto eine unzulässige Abholung oder als zulässiges "Lieferservice" im Sinne von § 3 Abs. 5 der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 zu bewerten seien. Dies sei fraglich. Es solle – "falls dies politisch überhaupt gewollt ist" – ein Lösungsvorschlag erarbeitet werden, um die Abholung von Speisen zu ermöglichen. Durch die Einschränkung auf vorbestellte Speisen werde sichergestellt, dass eine Bestellung vor Ort ausge- 40

geschlossen ist und "die Konsumation nicht vor Ort erfolgt (kein Hotspot an Würstelständen, Eisdielen etc.)."

In der Folge enthält der Verordnungsakt unter der Rubrik "Sachverhalt" und dem Betreff "Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geändert wird (Hotels)" folgenden Eintrag: 41

"Zu lesen die VO des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geändert wird.

Die Novellierung umfasst:

1. Ermöglichung der Abholung von Speisen
2. Untersagung des Betretens von Beherbergungsbetrieben zum Zweck der Erholung und Freizeitgestaltung (touristische Zwecke)

Vorliegender Entwurf wurde auch mit dem BMLRT [...] abgestimmt.

Die VO wäre nunmehr vom HBM zu genehmigen und anschließend der Kundmachung zuzuleiten."

Daran schließt sich ein undatiertes Entwurf für die Verordnung zur Änderung der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96, der vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz unterfertigte Verordnungstext sowie der kundgemachte Verordnungstext an. 42

Auf den Stand oder mögliche Entwicklungsszenarien von COVID-19 bezugnehmende und die (in Aussicht genommenen) Maßnahmen dazu und zu den sonstigen zu berücksichtigenden Interessen in Beziehung setzende Unterlagen oder Angaben finden sich nicht. 43

2.2.6. Damit genügt die angefochtene Bestimmung des § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 130/2020 den Vorgaben des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz schon aus diesem Grund nicht: 44

Die Entscheidungsgrundlagen, die im Verordnungsakt zur COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 in der Stammfassung BGBl. II 96/2020 bzw. insbesondere zur Novelle BGBl. II 130/2020 dokumentiert sind, reichen nicht aus, 45

um den aus § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz folgenden Anforderungen an die Dokumentation einer auf diese Gesetzesbestimmung gestützten Verordnung im Hinblick auf § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 idF BGBl. II 130/2020 Rechnung zu tragen (vgl. dazu VfGH 14.7.2020, V 411/2020): Es ist aus den Verordnungsakten nicht ersichtlich, welche Umstände im Hinblick auf welche möglichen Entwicklungen von COVID-19 den Verordnungsgeber bei seiner Entscheidung zur Beibehaltung des Verbotes des Betretens von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe durch die Verordnungsnovelle BGBl. II 130/2020 geleitet haben.

2.2.7. § 3 COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 in der Fassung BGBl. II 130/2020 verstößt somit gegen § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz, weil es der Verordnungsgeber gänzlich unterlassen hat, jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Verordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat.

4

[https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis\\_V\\_405\\_2020\\_vom\\_1.\\_Oktober\\_2020.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_V_405_2020_vom_1._Oktober_2020.pdf)

Die Unterzeichnerin verkennt hierbei nicht, dass es sich um eine Entscheidung einer anderen Jurisdiktion handelt. Indes gelten in Deutschland dieselben – dort entscheidungserheblichen – Rechtsprinzipien.

### VIII. Schlussbemerkung und Antrag

Vor dem Hintergrund, dass sich nunmehr abzeichnet, dass in den nächsten Monaten mit weiteren massiven Grundrechtseinschnitten zu rechnen ist,

<https://www.berliner-zeitung.de/news/helge-braun-corona-einschraenkungen-gehen-bis-maerz-li.121812>; <https://www.n-tv.de/politik/Braun-Das-geht-bis-Maerz-article22194922.html>



wird erneut beantragt,

alsbald einen Termin zur mündlichen Hauptverhandlung in  
Absprache mit den Prozessbevollmächtigten bis zum 14.12.2020  
zu bestimmen.

Alle Argumente wurden erschöpfend ausgetauscht.

Nach hiesiger Ansicht ist auch die Einholung von  
Sachverständigengutachten nicht nötig, da bereits aufgrund der  
fehlenden Rechtsgrundlage sowie jedenfalls aufgrund der nicht  
möglichen Nachprüfbarkeit der Verhältnismäßigkeitserwägungen den  
Anträgen stattzugeben sein wird.

Sollte der Senat Sachverständige benennen wollen, begrüßen wir dies  
jedoch und erbitten die Möglichkeit, vor Benennung solcher angehört zu  
werden.

Jessica Hamed  
Rechtsanwältin