

Jessica Hamed
Rechtsanwältin

Wolfgang Schärfe
Rechtsanwalt

**Feststellungsklage
und
Antrag auf einstweilige Anordnung**

5. November 2020

In dem Verwaltungsrechtsstreit

1. - Klagepartei zu 1) und Antragstellerin zu 1) –
2. - Klagepartei zu 2) und Antragstellerin zu 2) –
3. - Klagepartei zu 3) und Antragstellerin zu 3) –
4. - Klagepartei zu 4) und Antragstellerin zu 4) –
5. - Klagepartei zu 5) und Antragstellerin zu 5) –
6. - Klagepartei zu 6) und Antragstellerin zu 6) –

Verfahrensbevollmächtigte:

1. Rechtsanwältin Jessica Hamed, Kanzlei Bernard Korn & Partner, Hindenburgplatz 3,
55118 Mainz, Az.: 928/2020-JH

2. Nieding + Barth Rechtsanwaltsaktiengesellschaft, sowohl jeweils vertreten durch den Vorstand Rechtsanwalt Klaus Nieding, als auch die bevollmächtigten Rechtsanwälte Peter Barth, Andreas M. Lang, Adolf Tausch, Wolfgang Schärfe, Jonas Nowotka, Tobias Limmer, An der Dammheide 10, 60486 Frankfurt am Main, Az.: 177/20

g e g e n

das **Land Rheinland-Pfalz**, vertreten durch die Ministerin für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demographie, Bauhofstraße 9, 55116 Mainz

- Beklagter und Antragsgegner -

wegen: Feststellung der Unwirksamkeit von Vorschriften der 12. Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz (12. CoBeLVO)

wird unter Verweis auf die beigefügten Ablichtungen der Anwaltsvollmachten (**Anlage 0**) angezeigt, dass die Klageparteien und Antragstellerinnen von den Unterzeichnenden vertreten werden.

Namens und im Auftrag der Klageparteien und Antragstellerinnen wird beantragt,

1. festzustellen, dass die in § 10 Abs. 2 Zwölfte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz vom 30.10.2020 enthaltene Bestimmung die Klageparteien in ihren Grundrechten verletzt (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG)) und ihnen gegenüber keine Wirksamkeit entfaltet und
2. dem Beklagten die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Weiterhin wird beantragt,

1. im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass die in § 10 Abs. 2 Zwölfte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz vom 30.10.2020 enthaltene Bestimmung die Antragstellerinnen in ihren Grundrechten verletzt (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG)) und ihnen gegenüber bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache keine Wirksamkeit entfaltet und
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Hilfsweise wird beantragt,

1. im Wege der einstweiligen Anordnung den Antragsgegner zu verpflichten, den durch § 10 Abs. 2 Zwölfte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz vom 30.10.2020 untersagten Betrieb der Fitnessstudios der Antragstellerinnen einstweilig – längstens bis zur Entscheidung über die Hauptsache – sanktionsfrei zu dulden und
2. dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

Begründung

Zur besseren Übersicht folgt zunächst eine Gliederung.

| | |
|---|------------------------------------|
| A. Feststellungsklage | 5 |
| I. Sachverhalt | 5 |
| 1. Klagepartei zu 1) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| 2. Klagepartei zu 2) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| 3. Klagepartei zu 3) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| 4. Klagepartei zu 4) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| 5. Klagepartei zu 5) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| 6. Klagepartei zu 6) | Fehler! Textmarke nicht definiert. |
| II. Rechtliche Ausführungen | 5 |
| 1. Schutzbereich-Eingriff | 8 |
| 2. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt | 9 |
| 3. Inanspruchnahme von Nichtstörer*innen | 21 |
| 4. Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit | 24 |
| 5. Unverhältnismäßigkeit der beanstandeten Bestimmungen | 32 |
| a. legitimer Zwecke – das Infektionsgeschehen | 32 |
| b. Geeignetheit | 43 |
| c. Erforderlichkeit | 43 |
| d. (Un)-Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne | 46 |
| 6. Schlussbemerkung | 49 |
| III. Kostenentscheidung | 54 |
| B. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung | 54 |

A. Feststellungsklage

I. Sachverhalt

Die Klageparteien wenden sich gegen die Schließungsbestimmung des § 10 Abs. 2 Zwölfte Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz vom 30. Oktober 2020 im Folgenden: 12. CoBeLVO.

Die hier in Rede stehende Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„Schwimm- und Spaßbäder, Saunen, Thermen, Fitnessstudios und ähnliche Einrichtungen sind geschlossen.“

Eine Schließungsanordnung in Bezug auf den Betrieb von Fitnessstudios erging im Wege einer Ministerialverordnung bereits am 23.03.2020 bis zum 19.04.2020 (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 3. CoBeLVO). An dem Rechtszustand änderte sich auch nichts mit Erlass der 4., 5., 6. und 7. CoBeLVO, die Fitnessstudios mussten weiter geschlossen bleiben (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 4. und 5. CoBeLVO, § 1 Abs. 1 Nr. 5 6. und 7. CoBeLVO).

Erst mit der 8. CoBeLVO (**ab dem 27.05.2020 – mithin mehr als 2 Monate nach der erstmaligen Schließung der Betriebe der Klageparteien**) durften Fitnessstudios unter der Einhaltung strenger Hygienevorgaben wieder öffnen (§ 1 Abs. 8 Nr. 2 8. CoBeLVO).

[es folgten sodann Ausführungen zu den Klageparteien]

II. Rechtliche Ausführungen

Die (atypische) Feststellungsklage ist zulässig und begründet.

Der Antrag ist als negative Feststellungsklage statthaft gem. § 43 Abs. 1 1. Alt., Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (im Folgenden: VwGO).

Eine Normenkontrolle gegen die hier vorliegende sogenannte Ministerverordnung ist nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m § 4 Abs. 1 Satz 2 AGVwGO Rheinland-Pfalz nicht vorgesehen.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO lässt zwar allgemein die Entscheidung nach § 47 VwGO über die Gültigkeit einer im Range unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift zu; indes gilt dies nach Satz 2 der Bestimmung nicht für Rechtsverordnungen, die Handlungen eines

Verfassungsorgans im Sinne des Artikels 130 Abs. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz sind. Darunter fallen ministerielle Rechtsverordnungen wie die vorliegend angegriffene Verordnung der Ministerin für Soziale, Arbeit, Gesundheit und Demografie.

Der begehrte Rechtsschutz ist für die Klageparteien auch nicht im Wege der Inzidentkontrolle zu erreichen, da auf der Grundlage der hier angegriffenen Norm kein der Inzidentkontrolle zugänglicher Vollzugsakt gegen die Klageparteien erwächst.

In einem solchen Falle hat die Rechtsprechung zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes eine atypische Feststellungsklage zugelassen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02). Dabei scheitert in einem solchen Fall die nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Konkretisierung eines Rechtsverhältnisses nicht daran, dass zu einem Normgeber an sich kein Rechtsverhältnis besteht (Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz 7. Senat, 03.04.2008, Az.:7 C 11220/07, RdNr. 25).

Diese Form des Rechtsschutzes wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 31. März 2020 bestätigt. Dort heißt es auszugsweise (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Denn der Beschwerdeführer kann fachgerichtlichen Rechtsschutz auch auf andere Weise, also ohne vorherigen Verstoß gegen §§ 1 oder 14 SARS-CoV-2-EindmaßnV und einen daran anknüpfenden Vollzugsakt erlangen. Das gilt unabhängig von der – im Land Berlin fehlenden – Möglichkeit einer prinzipialen Normenkontrolle untergesetzlichen Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. Der Beschwerdeführer ist gehalten, vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts beim Verwaltungsgericht eine mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz verbundene negative Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen die individuelle Verbindlichkeit der hier angegriffenen Verbote zu erheben, die nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann grundsätzlich zulässig ist, wenn dem Betroffenen das Abwarten eines Normvollzugsakts wegen drohender Sanktionen nicht zugemutet werden kann (vgl. BVerwGE 136, 54 <57 ff. Rn. 25 ff., insb. 64 Rn. 42>; 157, 126 <128 Rn. 15>; zur Relevanz einer solchen Klagemöglichkeit im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz vgl. BVerfGE 115, 81 <91 ff.>; 145, 20 <54 f. Rn. 86>). Mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG ist es dafür hier ausreichend, dass sich jedenfalls nicht hinreichend sicher ausschließen lässt, dass auch schon ein Verstoß gegen eines der abstrakt-generellen Verbote gemäß §§ 1 und 14 SARS-CoV-2-EindmaßnV nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG strafbar ist. Aufgrund der Möglichkeit des Beschwerdeführers, eine Feststellungsklage mit einem Antrag auf verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu verbinden, droht ihm – entgegen seinem Vorbringen – durch den Verweis auf fachgerichtlichen Rechtsschutz kein schwerer und unzumutbarer Nachteil (vgl. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG).“

Das Feststellungsinteresse der Klageparteien gemäß § 43 Abs. 1 VwGO ergibt sich daraus, dass das Rechtsverhältnis ihre eigene Rechtssphäre durch Verbote berührt. Selbst unter dem strengeren Maßstab des § 42 Abs. 2 VwGO analog ist hier ein Feststellungsinteresse zu bejahen.

Vorliegend besteht die Möglichkeit, dass die Klageparteien in subjektiven Rechten verletzt sind.

Die Klageparteien sind in ihren eigenen subjektiven Rechten, namentlich in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG jeweils iVm Art. 19 Abs. 3, betroffen. Eine Verletzung ihrer Rechte ist offenkundig möglich, soweit der Betrieb der Fitnessstudios in rechtswidriger Weise gemäß § 10 Abs. 2 12. CoBeLVO untersagt ist. Die hier beanstandete Norm postuliert ein unmittelbares Verbot, das keines Umsetzungsaktes bedarf, weshalb die Klageparteien nur die Möglichkeit haben, Feststellungsklage zu erheben. Sie müssen sich nicht auf einen Sekundärrechtsschutz verweisen lassen.

Die Feststellungsklage ist auch begründet.

Die angegriffene Vorschrift ist ungültig und kann mithin gegenüber den Klageparteien keine Wirksamkeit entfalten. Sie verstößt gegen höherrangiges Recht. Zwar kann im Rahmen der Feststellungsklage nicht *allgemein* die Ungültigkeit einer Norm festgestellt werden, gleichwohl kann das Gericht feststellen, dass das Verbot aufgrund der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Bestimmung *nicht gegenüber dem Rechtsschutzsuchenden* besteht.

Abzustellen ist bei der Prüfung auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

Vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. März 2020 – 20 NE 20.632 –; Schenke/Schenke, in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 25. Aufl. 2019, § 47 Rn. 137; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 47 Rn. 64, m.w.N.

Deshalb ist insbesondere das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen vom 20. Juli 2000 (BGBl. S. 1045) – im Folgenden: IfSG – der Prüfung zugrunde zu legen.

Die angegriffene Vorschrift verletzt höherrangiges Recht in Form des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der Eigentumsfreiheit in Gestalt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Klageparteien. Darüber hinaus stellt sie eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar (Art. 3 Abs. 1 GG).

Der Schutzbereich der Grundrechte ist eröffnet, es wird durch die hier angegriffenen Bestimmungen zudem in diese eingegriffen (dazu unter 1.). Diese Eingriffe sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, da es hierfür an einer verfassungsrechtlich tragfähigen, hinreichend bestimmten und parlamentarisch gedeckten gesetzlichen Grundlage fehlt (dazu unter 2.). Die durch die angegriffenen Bestimmungen in Anspruch genommene Allgemeinheit kann auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 IfSG nicht zur Gefahrenabwehr herangezogen werden (dazu unter 3.). Es liegt außerdem ein Verstoß gegen den grundgesetzlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz vor, was sich in der fehlenden Folgerichtigkeit der Verordnung zeigt (dazu unter 4.). Darüber hinaus verstößt die Bestimmung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (dazu unter 5.).

Im Einzelnen:

1. Schutzbereich-Eingriff

Vorliegend wird in die **Berufsfreiheit** eingegriffen, denn der Ordnungsgeber untersagt unmittelbar und final die Ausübung der beruflichen und unternehmerischen Aktivität der Klageparteien.

Dies stellt zugleich ein Eingriff in die **Eigentumsfreiheit** in Gestalt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

Auch wird in die **allgemeine Handlungsfreiheit** der Klageparteien eingegriffen.

Den Klageparteien ist es untersagt, ihre Fitnessstudios zu öffnen. Es handelt sich hierbei um einen erheblichen Eingriff in die wirtschaftlichen Freiheiten, insbesondere der Berufsfreiheit der betroffenen Klageparteien. Durch die Schließungsanordnung wird im Allgemeinen regelhaft eine Situation der wirtschaftlichen Existenzgefährdung bzw. Existenzvernichtung herbeigeführt.

Hieran ändern die auf Bundesebene beschlossenen wirtschaftlichen Hilfspakete nichts, jedenfalls vermögen sie an dem Charakter eines erheblichen Grundrechtseingriffs nichts zu ändern, da retrospektive, nachlaufende Wirtschaftshilfen für staatlich verordnet einschränkende Maßnahmen denklogisch derartige eingreifende Maßnahmen voraussetzen und im Übrigen die Betroffenen in eine **wirtschaftliche Abhängigkeit zum Staat bringen**. Die Berufsfreiheit gewährleistet das Recht auf Selbstentfaltung im wirtschaftlichen Leben allerdings nicht lediglich unter der Voraussetzung von staatlichen Wirtschaftshilfen, sondern in **finanzieller und eigenverantwortlicher Form**, so dass Maßnahmen, die dieses Recht beschränken, grundsätzlich nicht durch das Vorhandensein von Wirtschaftshilfen gerechtfertigt werden können.

Im Übrigen gibt es noch keine abschließenden Informationen zu der konkreten Ausgestaltung der geplanten Wirtschaftshilfen. Sodass noch nicht entschieden ist, wer welche Art von Hilfen beanspruchen kann.

<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/novemberhilfen-corona-ausser-haus-101.html>

Fernab der Überlegung, ob es wirtschaftlich sogar von Vorteil sein könnte, derartige Unterstützungsleistungen zu beziehen, ist für die Klageparteien jedenfalls zu konstatieren, dass sie deshalb Unternehmer*innen sind, weil sie aus eigener Kraft und durch eigene Arbeit wirtschaftlichen Erfolg erzielen möchten. Sie wollen nicht auf die Almosen des Staates angewiesen sein und sie müssen sich auch nicht darauf verweisen lassen.

Der Staatsrechtslehrer *Professor Uwe Volkmann* analysierte bereits am 1.04.2020 gegenüber der FAZ die Situation der Freiheitsgrundrechte, insbesondere auch die der Berufsfreiheit, in Deutschland zutreffend:

„Die wirtschaftlichen Rechte, vor allem als Rechte der beruflichen und unternehmerischen Betätigung: für ganze Zweige der Wirtschaft, deren Läden oder Betriebstätten nun geschlossen sind, im Verordnungsweg aufgehoben, danach möglicherweise für immer wertlos geworden, weil die Betriebe vernichtet sind.“

<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/staatsrecht-und-die-wuerde-des-menschen-16705618.html?premium>

2. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt

§ 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 Vorschrift, weil insoweit nicht den Anforderungen des Parlamentsvorbehaltes und der Wesentlichkeitslehre Genüge getan wird. Die Klageparteien sehen 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 darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg sowie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof 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** (April 2020) 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, Urte. 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 Bayerische Verwaltungsgerichtshof 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.

Weiterhin ist hier insbesondere ergänzend auf **die Dauer der bisherigen Maßnahmen und deren ständige Verlängerung hinzuweisen**. Die Geltungsdauer ist dabei nicht nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, sondern auch für die Frage einer **hinreichend bestimmten parlamentarischen Rechtsgrundlage** von Bedeutung.

In diesem Sinne auch bereits die hiesige Kammer mit Beschluss vom 29.04.2020 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Auf dieser Grundlage ist hier letztlich nicht ersichtlich, dass die parlamentsgesetzliche Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 1, 28 Abs. 1 IfSG nicht den erforderlichen Bestimmtheitsgrad für eine - **temporäre** - Beschränkung der zulässigen Verkaufsfläche aufweist, sodass dies im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu beachten wäre (offengelassen für Verkaufsflächenbeschränkungen: SaarLOVG, Beschluss vom 27. April 2020 - 2 B 143/20 -, S. 10 BA; offengelassen für Betriebsuntersagung in Bezug auf Gaststätten: SaarLOVG, Beschluss vom 22. April 2020 - 2 B 128/20 -, juris, Rn. 15 ff.; ebenso offengelassen für Schließung von Fitnessstudios: VGH BW, Beschluss vom 9. April 2020 - 1 S 925/20 -, juris, Rn. 37 ff., 49).“

VG Mainz, Beschluss vom 29. April 2020 – 1 L 273/20.MZ –, juris.

Mit deutlichen Worten auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in einem Beschluss vom 29.10.2020 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„**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 Volkman, 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.

Auch die hiesige Kammer scheint derartige Zweifel zu teilen. Mit Beschluss vom 01.11.2020 äußerte sie sich u.a. wie folgt:

- 11 Die Kammer teilt die vom Antragsteller vorgetragene Zweifel am Vorliegen einer ausreichenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung bezüglich der Regelung in § 10 Abs. 1 und Abs. 2 der 12. CoBeLVO. Mit der zeitlichen Dauer und der Intensität der bislang nur im Rahmen von Rechtsverordnungen der Exekutive geregelten Maßnahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie verschärfen sich die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG (vgl. BayVGh, Beschluss vom 29. Oktober 2020 – 20 NE 20.2360 – Leitsatz). Jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt, das heißt mehr als ein halbes Jahr, nachdem der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG) festgestellt hat, erscheint die Verordnungsermächtigung der § 32 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr zu genügen (zu diesbezüglichen Bedenken siehe BayVGh, a.a.O.; Brocker, in: NVwZ 2020, 1485, Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie; Volkmann, in: NJW 2020, 3153, Heraus aus dem Ordnungsregime – die erheblichen Grundrechtseingriffe der Corona-Krise bedürfen endlich einer tragfähigen Rechtsgrundlage; vgl. zum Zeitpunkt bereits VG Mainz, Beschluss vom 29. April 2020 – 1 L 273/20.MZ – juris, Rn. 25).

Nach hiesiger Ansicht kann aufgrund der bisherigen Geltungsdauer des hier im Raum stehenden erheblichen Grundrechtseingriffs, **jedenfalls nunmehr nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Maßnahmen aufgrund der Dringlichkeit auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 28 Abs. 1 IfSG zu stützen sind.** Es ist einerseits absehbar, dass die Maßnahmen Fortgeltung beanspruchen werden und bereits eine erhebliche Zeit andauern. Andererseits hatten der Bundes- und Landesgesetzgeber zumindest nunmehr ausreichend Zeit – **über sieben Monate!** – eine entsprechend bestimmte Ermächtigungsgrundlage zu schaffen. Sie haben das unterlassen. Insoweit ist ein Rückgriff auf die Generalklausel zumindest inzwischen nicht mehr gerechtfertigt.

Der Verfassungsgerichtshof des Saarlands hat in seinem Beschluss vom 28.08.2020 zu der Frage des Parlamentsvorbehalts in Bezug auf die allgemeine Maskenpflicht ausgeführt (Hervorhebung durch die Unterzeichnenden):

„Der Beschwerdeführer wendet sich – soweit er die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung angreift – **gegen eine vergleichsweise geringe, zeitlich im Tagesablauf vorübergehende** und keinen wesentlichen Aufwand erfordernde

Beschränkung seiner grundrechtlichen allgemeinen Handlungsfreiheit und seines Persönlichkeitsrechts, die das Oberverwaltungsgericht zu Recht als „Unannehmlichkeit“ bezeichnet hat. Der Grundrechtseingriff betrifft also **eine zeitlich auf einen kleinen Bruchteil eines Tages beschränkte Belastung in bestimmten, nicht einmal alltäglich notwendigerweise vorkommenden Situationen**. Material, Form und Preis einer „Alltagsmaske“ kann jede betroffene Person selbst bestimmen. Gleiches gilt von der jeweiligen Dauer der Belastung. Die grundrechtliche Beschwer ist folglich nicht von einem solchen Gewicht, dass ihre Auferlegung so „wesentlich“ für die Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Persönlichkeitsrechts wäre, **dass sie einer detaillierten formellgesetzlichen Regelung bedürfte.**“

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

Hieraus geht hervor, dass der entscheidende Grund, **keinen Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt zu erblicken**, der Umstand war, dass die dort verfahrensgegenständliche allgemeine Maskenpflicht nach Auffassung des Gerichts **nur einen Eingriff in einen „kleinen Bruchteil eines Tages“ darstellt und „nicht einmal alltäglich“** vorkomme. Anders verhält es sich hier. Der verfahrensgegenständliche Eingriff ist offenkundig von **ungleich höherer Intensität**. Es sind hier die jahrelangen unternehmerischen Bemühungen und Erfolge massiv gefährdet.

Bereits hieraus ergibt sich die Notwendigkeit eines förmlichen Gesetzes.

In der vorgenannten Entscheidung hat das Gericht ferner im Übrigen einen **Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt** in Bezug auf die **angeordnete Kontaktnachverfolgung** erblickt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„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, welches als **Anlage 7** zu der Akte gereicht wird, 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 formell-gesetzlich 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 Ordnungsgeber delegieren durfte. Dies gilt umso mehr, als der Ordnungsgeber, 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 Ordnungsgeber 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.

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>

Im Übrigen sei an dieser Stelle daran erinnert, dass sich auch der rheinland-pfälzischen Justizminister *Herbert Mertin* bereits in einem Beitrag des SWR vom 30.04.2020 im Hinblick auf die seitens der Unterzeichnerin geäußerte Rechtsauffassung, dass es für die damalige Verordnung bzw. die allgemeinen, unspezifischen Maßnahmen keine ausreichende Rechtsgrundlage gebe, wie folgt geäußert:

„Wir haben eine Ermächtigungsgrundlage, aber ob die ausreicht, das kann ich Ihnen auch nicht sagen.“

<https://www.ardmediathek.de/swr/player/Y3JpZDovL3N3ci5kZS9hZXggbzEyMzQ3MDc/b-ringt-der-virus-die-demokratie-in-gefahr>

Volkman führt in diesem Zusammenhang u.a. jüngst aus (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„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. **Aber diese Phase ist lange vorbei, der vermeintliche Übergangsmittlerweile zu einem Dauerzustand geworden, dessen Ende nicht absehbar ist.** Auch für die Gerichte wäre es deshalb an der Zeit, den zu Beginn der Krise in Bezug auf einzelne Maßnahmen wie Versammlungsverbote oder Betriebsschließungen gelegentlich angebrachten, dann aber offenbar wieder in Vergessenheit geratenen Vorbehalt einer zeitlichen Begrenzung des Rückgriffs auf die Generalklausel nun auch zu aktivieren und ihre Kontrollaufgabe auch in diesem Punkt ernst zu nehmen.

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

Prüfung“ dispensiert nicht von der Beantwortung der anstehenden Rechtsfragen. Die einzige Frage, um die es letztlich geht, ist, ob die nach wie vor erheblichen Einschränkungen des öffentlichen und gesellschaftlichen Lebens des ganzen Landes auf eine rechtsstaatlichen, grundrechtlichen und demokratischen Erfordernissen genügende Ermächtigungsgrundlage gestützt werden oder ob dafür weiter die bloße Fassade einer solchen ausreichen soll, wie sie derzeit in §§ 28, 32 IfSG enthalten ist. Versucht man dahinter und auf ihren Inhalt zu blicken, so sieht man: nichts.

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

Dem Fazit von *Volkman* ist nichts hinzuzufügen.

3. Inanspruchnahme von Nichtstörer*innen

Die durch die angegriffenen Bestimmungen in Anspruch genommene Allgemeinheit kann auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 IfSG nicht – auch nicht unter Verweis auf den sog. Nichtstörer – zur Gefahrenabwehr herangezogen werden.

Die angegriffene Bestimmung richten sich gegen alle Fitnessstudios, die sich auf dem Staatsgebiet des Landes Rheinland-Pfalz befinden, unabhängig davon ob sich dort Kranke, Krankheitsverdächtig, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 2 IfSG aufhalten oder ob davon auszugehen ist, dass sich dort Menschen anstecken.

Wird ein Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider festgestellt, begrenzt § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG den Handlungsrahmen der Behörde zwar nicht dahin, dass allein Schutzmaßnahmen gegenüber der festgestellten Person in Betracht kommen. Die Vorschrift ermöglicht Regelungen gegenüber einzelnen wie mehreren Personen. Vorrangige Adressat*innen sind allerdings die in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG benannten Personengruppen. Bei ihnen steht fest oder besteht der Verdacht, dass sie Träger von Krankheitserregern sind, die bei Menschen eine Infektion oder eine übertragbare Krankheit im Sinne von § 2 Nr. 1 bis Nr. 3 IfSG verursachen können. Wegen der von ihnen ausgehenden Gefahr, eine übertragbare Krankheit weiterzuverbreiten, sind sie nach den allgemeinen Grundsätzen des Gefahrenabwehr- und Polizeirechts als „Störer“ anzusehen.

Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, BTDrucks 17/5708 S. 19; BVerwG, Urteil vom 22. März 2012 – 3 C 16.11 –, juris.

Die übergroße Mehrheit der durch die angegriffene Bestimmung betroffenen und als Normadressat*innen in Anspruch genommenen Betriebe sind nicht als Störer, insbesondere nicht als Ansteckungsverdächtige anzusehen.

Nach § 2 Nr. 7 IfSG ist Ansteckungsverdächtiger eine Person, von der anzunehmen ist, dass sie Krankheitserreger aufgenommen hat, ohne krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider zu sein.

Dass bei der **übergroßen Mehrheit** der in Anspruch genommenen Personen anzunehmen ist, dass sie den Krankheitserreger SARS-CoV-2 aufgenommen hat bzw. – genauer – infektiös sind, ist **fernliegend** und wird auch von Seiten des Verordnungsgebers nicht behauptet oder angenommen.

Zwar können gemäß § 28 Abs. 1 IfSG nach höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich – auch wenn sie nicht explizit genannt sind – sog. Nichtstörer – wie die Klageparteien sie sind – in Anspruch genommen werden, allerdings ist eine derartige undifferenzierte Inanspruchnahme aller Fitnessstudios nicht möglich. Ein derart undifferenzierter, entgrenzter Zugriff ist nicht gerechtfertigt.

Bereits aus der oben benannten Rechtsprechung zur Möglichkeit der Inanspruchnahme des Nichtstörers ergibt sich, dass zwar auch eine Inanspruchnahme von einzelnen oder auch mehreren Personen, die nicht explizit als Personengruppen in § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG genannt sind, vom Anwendungsbereich der Norm gedeckt ist, daraus lässt sich aber auch schließen, dass eine Begrenzung vorzunehmen ist, und zwar auf den oder die Nichtstörer. Nicht in Anspruch genommen werden kann hierbei die Allgemeinheit.

An der rechtlichen Bewertung ändert sich auch nichts, wenn man die Gesetzesbegründung berücksichtigt.

Dort heißt es u.a.:

„Die Maßnahmen können vor allem nicht nur gegen die in Satz 1 (neu) Genannten, also gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige usw. in Betracht kommen, sondern auch gegenüber „Nichtstörern“. So etwa das Verbot an jemanden, der (noch) nicht ansteckungsverdächtig ist, einen Kranken aufzusuchen.“

Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich ferner entnehmen:

„Vielmehr enthält der neue Absatz 1 Satz 1 als wichtigste Änderung ähnlich wie § 10 Abs. 1 für die Verhütung eine allgemeine Ermächtigung, die notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Die Grundsätze der Notwendigkeit, des geringstmöglichen Eingriffs und der Verhältnismäßigkeit des Mittels schränken das Ermessen der zuständigen Behörde in dem gebotenen Maße ein. Die den Behörden bisher zur Verfügung stehenden abschließend aufgezählten Schutzmaßnahmen einschließlich der im bisherigen § 43 vorgesehenen „Maßnahmen gegenüber der Allgemeinheit“ erscheinen

für eine sinnvolle und wirksame Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu eng. So war z. B. im Gesetz bisher nicht vorgesehen, daß einem Kranken, Krankheitsverdächtigen usw. neben den ihm obliegenden Handlungs- und Duldungspflichten, wenn er unter Beobachtung gestellt war (§ 36 Abs. 2), auch sonstige Verhaltensmaßregeln auferlegt werden konnten, etwa das Gebot der persönlichen Desinfektion (Händedesinfektion), das nicht von § 39 bisheriger Fassung erfaßt wird oder das Verbot, bestimmte Örtlichkeiten (z. B. eine Gaststätte, Lebensmittelgeschäfte) aufzusuchen, um nicht zu dem harten Mittel der räumlichen Absonderung nach § 37 greifen zu müssen. Die Fülle der Schutzmaßnahmen, die bei Ausbruch einer übertragbaren Krankheit in Frage kommen können, läßt sich von vorneherein nicht übersehen. Man muß eine generelle Ermächtigung in das Gesetz aufnehmen, will man für alle Fälle gewappnet sein. Die Maßnahmen können vor allem nicht nur gegen die in Satz 1 (neu) Genannten, also gegen Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige usw. in Betracht kommen, sondern auch gegenüber „Nichtstörern“. So etwa das Verbot an jemanden, der (noch) nicht ansteckungsverdächtig ist, einen Kranken aufzusuchen.“

BT Drucks 8/2468 S. 27 f.

Es mag zwar dem subjektiven Willen des Gesetzgebers entsprechen, dass er alle nur denkbaren Maßnahmen unter § 28 IfSG fassen wollte, indes ist der *objektivierte* Wille entscheidend. Also der Wille, der auch im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist.

Vor dem Hintergrund, dass sogar schon der Nichtstörer nicht explizit im Gesetz genannt ist und eine Inanspruchnahme **nur entgegen dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik** unter Bezugnahme auf die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts begründet werden kann, ist evident, dass die Grenze jedenfalls dann überschritten ist, wenn – wie hier – eine unterscheidungslose Inanspruchnahme einer Vielzahl an Betrieben und damit der Allgemeinheit im Land vorgenommen wird.

Eine derartige Inanspruchnahme könnte allenfalls der Parlamentsgesetzgeber mittels einer hinreichend bestimmten expliziten Rechtsvorschrift erst *de lege ferenda* ermöglichen. Eine derartige Rechtsgrundlage besteht jedoch – wie bereits dargelegt – im IfSG nicht. Die Inanspruchnahme einer entgrenzten Personengesamtheit, mithin der Allgemeinheit, auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 IfSG verletzt den bundesrechtlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts in der besonderen Ausprägung des Parlamentsvorbehalts nach der Wesentlichkeitstheorie. Dies wurde bereits oben ausgeführt und insoweit wird hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Die Inanspruchnahme der Allgemeinheit stellt einen derart gravierenden Eingriff in grundrechtliche Gewährleistungsgehalte einer unabsehbaren Vielzahl von Grundrechtsträger*innen dar, dass lediglich der unmittelbar demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber hierzu berufen ist.

Vorliegend ist außerdem darauf hinzuweisen, dass es sich bei den hier betroffenen Klageparteien nicht um Störer*innen handelt. **Bei keiner der Klageparteien hat sich jemals das Gesundheitsamt gemeldet und um Mithilfe bei der Kontaktnachverfolgung gebeten.** Dieses Argument kann auch nicht damit entkräftet werden, dass seit wenigen Wochen die Kontaktverfolgung nicht mehr flächendeckend möglich ist. Die Monate zuvor war dies ersichtlich der Fall.

Die Zunahme der auf SARS-CoV-2 positiv Getesteten ist keinesfalls auf ein Infektionsgeschehen im Fitnessstudio zurückzuführen. Das Robert Koch-Institut (RKI) weist seit geraumer Zeit darauf hin, dass insbesondere das private Umfeld für den Anstieg der Fallzahlen verantwortlich ist.

Im Lagebericht vom 04.11.2020 führt das RKI aus:

Der bundesweite Anstieg wird verursacht durch zumeist diffuse Geschehen, mit zahlreichen Häufungen in Zusammenhang mit privaten Feiern im Familien- und Freundeskreis oder Gruppenveranstaltungen, aber zunehmend auch in Gemeinschaftseinrichtungen und Alten- und Pflegeheimen, sowie in beruflichen Settings und ausgehend von religiösen Veranstaltungen.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-04-de.pdf?blob=publicationFile

Es gibt ferner – im Gegenteil sogar, worauf später nochmal zurückgekommen wird – keine wissenschaftliche Evidenz dafür, dass Fitnessstudios als „Treiber“ des Infektionsgeschehens angesehen werden können. Sie sind Nichtstörer.

4. Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit

Die hier angegriffenen Bestimmungen verstoßen im Übrigen gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in der Ausprägungsform des Folgerichtigkeitsgebots.

Es liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Fitnessstudios im Vergleich zu anderen Gewerbebetrieben, namentlich dem Einzelhandel und Friseurgeschäften, und dem erlaubten Profisport, vor.

Das Gebot der Folgerichtigkeit bzw. Systemgerechtigkeit wurde vom Bundesverfassungsgericht erstmals in Anwendung des Art. 3 GG im beamtenrechtlichen Versorgungsrecht herausgearbeitet. Hier hat das Gericht darauf abgestellt, dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz sich in einem bereits vom Gesetzgeber normierten von ihm selbst gesetzten System konkretisierter Rechtspositionen und bestimmter Wertungen und Vernünftigkeitstraster vor allem als Forderung nach Folgerichtigkeit der Regelungen, gemessen an den Angelpunkten der gesetzlichen Wertungen verwirkliche.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1982 – 2 BvL 6/78 –, juris, Rn. 72 = BVerfGE 60, 16-52.

Seine Fortsetzung fand diese Rechtsprechung sodann im Sachbereich des Steuerrechts. Hier hat der Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Gestaltungsraum. Nach Regelung dieses Ausgangstatbestandes aber hat er die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen. An dieser von ihm selbst getroffenen Grundentscheidung muss sich der Gesetzgeber festhalten lassen und sie folgerichtig umsetzen. Das Gebot der folgerichtigen Umsetzung der einmal getroffenen Belastungsentscheidung betrifft auch den Gesetzesvollzug und die Rechtsprechung, wenn für vergleichbare Sachverhalte und künftige Entwicklungen offene steuerliche Tatbestandsmerkmale durch Auslegung zu konkretisieren sind.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1999 – 2 BvR 1264/90 –, juris, Rn. 20 = BStBl II 2000, 155, BVerfGE 101, 132-141; Beschluss vom 10. November 1999 – 2 BvR 1820/92 –, juris, Rn. 10 = BStBl II 2000, 158; Beschluss vom 13. Februar 2008 – 2 BvL 1/06 –, juris, Rn. 117 = BVerfGE 120, 125-168.

Den Grundsatz der Folgerichtigkeit und der Systemgerechtigkeit hat das Bundesverfassungsgericht in der Folge auch im Gesundheitsgefahrenabwehrrecht übernommen und im Zusammenhang mit den landesrechtlichen Nichtrauchergesetzen – dort allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – ausgeführt, dass Gefahreinschätzungen nicht schlüssig seien, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen werde. Deshalb bleibt der Gesetzgeber an seine Entscheidung gebunden. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. September 2010 – 1 BvR 1789/10 –, juris, Rn. 25; Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07 –, juris, Rn. 134 ff. = BVerfGE 121, 317-388.

In einer früheren Entscheidung zum gesetzlichen Impfstoffversandverbots für Apotheker hatte das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass Gefahreinschätzungen nicht schlüssig sind, wenn identischen Gefährdungen in denselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen wird. Die gesetzgeberische Einschätzung wird fraglich, wenn zur Begründung von Gesetzesänderungen Gefährdungspotentiale herangezogen werden, die eine intensivere Beschränkung der Berufsfreiheit plausibel machen sollen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 2003 – 1 BvR 1972/00 –, juris, Rn. 43 = BVerfGE 107, 186-205.

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird die hier angegriffene Bestimmung nicht gerecht.

Der Landesverordnungsgeber geht von einer Gefahrenereinschätzung (dazu unter a.) aus, die ihn – aus seiner Sicht konsequent – zu einem normativen Schutzkonzept (dazu unter b.) veranlasst haben, das er jedoch durch systemwidrige und nicht folgerichtige Durchbrechungen (dazu unter c.) selbst infrage stellt.

a.

Gefahreinschätzung

Der Landesverordnungsgeber geht bei seiner Gefahrenereinschätzung – ausgehend von den vom RKI vermittelten Annahmen und Angaben – von dem Vorliegen eines hochinfektiösen Krankheitserregers (SARS-CoV-2) bei einer Vielzahl von Personen im Bundesgebiet und auf dem Staatsgebiet von Rheinland-Pfalz aus, der eine in Teilen und für Teile der Bevölkerung tödlich verlaufende Lungenerkrankung (COVID-19) verursacht.

Der Krankheitserreger – so die Einschätzung des Landesverordnungsgebers – wird durch in Form einer sog. Tröpfcheninfektion übertragen. Ausschlaggebendes Gewicht komme dabei der Übertragung des Erregers von Mensch zu Mensch zu.

Der Grad der Ansteckungswahrscheinlichkeit wird aufgrund der zu beobachtenden weltweiten Ausbreitungsgeschwindigkeit vom Landesverordnungsgeber als hoch eingestuft.

b.

Normatives Schutzkonzept

Ausgehend von dieser Gefahrenereinschätzung des Landesverordnungsgebers hat dieser ein normatives Schutzkonzept in Kraft gesetzt, das im Zusammenhang der hier angegriffenen Vorschriften auf zwei bis drei Stufen aufbaut.

Zunächst werden in einer ersten normativen Stufe alle Einrichtungen, **Betriebe** und Angebote **untersagt** sowie das physische Aufeinandertreffen von Menschen im öffentlichen Raum und außerhalb des eigenen Hausstandes numerisch begrenzt. In einer zweiten Stufe werden Ausnahmen von den verordneten Verboten zugelassen, dies jedoch teilweise unter Beachtung von angeordneten infektionsschutz- und hygienerechtlichen Vorgaben. In einer fakultativen dritten Stufe können behördliche Dispensierungsmöglichkeiten unter Beachtung von infektionsschutz- und hygienerechtlichen Vorgaben hinzukommen.

Die erste normative Stufe zeigt sich z.B. in der Schließungsanordnung der Clubs, Diskotheken und ähnlichen Einrichtungen (vgl. § 4 12. CoBeLVO), in der Schließungsanordnung für Gastronomiebetriebe nahezu jeder Art (vgl. § 7 Abs. 1 12. CoBeLVO), in der Schließungsanordnung für Schwimm- und Spaßbäder, Thermen, Saunen, Fitnessstudios und ähnlicher Einrichtungen (vgl. § 10 Abs. 2 12. CoBeLVO) usw.

Die zweite normative Stufe zeigt sich z.B. bei Gastronomiebetrieben in der Gestattung der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 12. CoBeLVO), bei Verkaufs- und Warenausgabestellen des Einzelhandels in der Gestattung unter Beachtung von bestimmten Hygienevorgaben zu öffnen (vgl. § 5 12. CoBeLVO).

In einer dritten normativen Stufe eröffnet der Landesverordnungsgeber den zuständigen Behörden im Rahmen von Ermessensentscheidungen von den auf der ersten Stufe verordneten Verboten und Untersagungen Ausnahme unter Beachtung infektionsschutzrechtlicher und hygienerechtlicher Vorgaben zu gestatten. So räumt § 2 Abs. 2 12. CoBeLVO der zuständigen Versammlungsbehörde die Möglichkeit ein, auf Antrag Ausnahmegenehmigungen für das Versammlungsverbot (nur unter freiem Himmel) zu erteilen, soweit dies im Einzelfall aus epidemiologischer Sicht vertretbar ist.

In der Gesamtschau der hier vorliegenden Regelungssystematik ergibt sich damit folgendes vom Einzelfall abstrahiertes und nach Gefahrenquellen sortiertes Schutzkonzept des Landesverordnungsgebers:

In einer ersten Gruppe fasst der Landesverordnungsgeber menschliche Verhaltensweisen, Einrichtungen, Betriebe und Angebote zusammen, die er unter dem Gesichtspunkt der von ihm vorgenommenen infektionsschutzrechtlichen Gefahreneinschätzung als derart gefährlich einstuft, dass diese verboten bzw. untersagt werden müssen, und **zwar ohne, dass es hierfür die Möglichkeit einer behördlichen Ausnahmegenehmigung gibt** (ausschließlich erste Schutzstufe). Hierunter fallen u.a. die Betriebe der hiesigen Klageparteien gemäß § 10 Abs. 2 12. CoBeLVO sowie der Gastronomiebetrieb abseits von Kantinen und Mensen mit dem Verzehr vor Ort. Diese Fallgruppe unterliegt einem **Totalverbot**.

In einer zweiten Gruppe fasst der Landesverordnungsgeber menschliche Verhaltensweisen, Einrichtungen, Betriebe und Angebote zusammen, die er unter dem Gesichtspunkt der von ihm vorgenommenen infektionsschutzrechtlichen Gefahreneinschätzung als derart gefährlich einstuft, dass diese verboten bzw. untersagt werden müssen, wobei die zuständigen Behörden hiervon Ausnahmen im Rahmen einer Ermessensausübung zulassen können, soweit dies im Einzelfall aus epidemiologischer Sicht vertretbar ist (erste und dritte Schutzstufe). Hierunter fällt das Versammlungsverbot unter freiem Himmel (§ 2 Abs. 2 12. CoBeLVO). Diese Fallgruppe unterliegt einem Verbot mit präventivem behördlichem Ermessenserlaubnisvorbehalt.

In einer dritten Gruppe fasst der Landesverordnungsgeber menschliche Verhaltensweisen, Einrichtungen, Betriebe und Angebote zusammen, die er unter dem Gesichtspunkt der von ihm vorgenommenen infektionsschutzrechtlichen Gefahreinschätzung als weniger gefährlich einstuft, so dass er sie zulässt, dies aber nur unter Beachtung bestimmter normativen infektionsschutzrechtlichen und hygienerechtlichen Vorgaben, die sanktionsbewehrt sind (erste und zweite Schutzstufe). Hierunter fällt z.B. die Öffnung von Verkaufs- und Warenausgabestellen des Einzelhandels (§ 5 12. CoBeLVO), der Außerhausverkauf von Speisen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 12. CoBeLVO) sowie die Gestattung des Trainings und des Wettkampfs im Profisport (§ 10 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 12. CoBeLVO) Diese Fallgruppe unterliegt einer gesetzlichen Gestattung mit normativen Vorgaben und repressivem Sanktionsvorbehalt.

c.

Systemwidrige und nicht folgerichtig ausgestaltete Durchbrechungen

Dieses soeben dargestellte normative Schutzkonzept entwickelt der Landesverordnungsgeber nicht folgerichtig aus; er durchbricht es selbst an verschiedenen Stellen und stellt damit das Konzept insgesamt infrage.

aa.

Dies ergibt sich unter anderem aus einer Gegenüberstellung der Regelungen zu der gesetzlichen Gestattung der Ladenöffnung und der Gestattung der körpernahen Dienstleistung von Friseurbetrieben zu der hier angeordneten Betriebsschließung.

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Öffnung **jeder Art von Ladengeschäften des Einzelhandels** unter Einhaltung der vorgegebenen infektionsschutz- und hygienerechtlichen Vorgaben vom Landesverordnungsgeber als nicht so gefährlich eingestuft wird, so dass ihre Öffnung gesetzlich gestattet und nur unter einem repressiven Sanktionsvorbehalt gestellt wird und im Gegensatz dazu aber die Betriebe der Klageparteien, mithin Fitnessstudios unter ein Totalverbot gestellt werden. Und das, obwohl sich die Hygienekonzepte der Betriebe der Klageparteien, wie oben umfassend dargelegt, bewährt haben.

Vor dem Hintergrund, dass die hiesigen Klageparteien, wie im Sachverhalt dargestellt, enorme Kraftanstrengungen – vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht – unternommen haben, um einen sicheren Besuch ihrer Anlagen zu gewährleisten, ist diese Ungleichbehandlung nicht einsichtig. Die Klageparteien haben umfassende Hygienekonzepte, **die weit über die Vorgaben des Verordnungsgebers hinausgingen**, erarbeitet und bei ihnen **ist es nicht einmal zu einer Anfrage seitens des Gesundheitsamts oder zu Beanstandungen seitens des Ordnungsamts gekommen**. Sie waren gerade dabei, sich wieder langsam zu erholen. Gerade die Wintermonate sind für Fitnessstudiobetreiber*innen die wichtigen Monate. Wie oben dargelegt und auch glaubhaft gemacht stellt sich insbesondere der November als besonders starker Monat für neue

Vertragsabschlüsse dar. Es wird den Klageparteien so nachweisbar neben den allgemeinen wirtschaftlichen Einbußen, die oben ausführlich dargelegt wurden, auch die Möglichkeit des Abschlusses neuer Verträge und damit der Weiterentwicklung ihres Unternehmens genommen.

Offensichtlich ist den Klageparteien wenigstens die Öffnung ihrer Betriebe im Hinblick auf das „Solotraining“ – sprich der Nutzung der Geräte (ohne Kursbetrieb), zu gestatten. Vor dem Hintergrund, dass es – wie bereits beim letzten Mal – keinerlei Einschränkungen beim Öffentlichen Personennahverkehr gibt, insbesondere der Verordnungsgeber offenbar bislang auch keinen Grund sieht, gerade im Bereich der Beförderung von Schüler*innen mit gesetzlichen Vorgaben nachzujustieren

<https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/schuelerbefoerderung-situation-unveraendert-100.html>

kann für eine derartige Regelung kein (rechtliches) Verständnis aufgebracht werden.

War eine sachliche Rechtfertigung nach der Rechtslage im „ersten Lockdown“ möglicherweise noch darin zu erblicken, dass die nach der damals gültigen Verordnungsvorschrift gestatteten Ladengeschäfte regelmäßig als kleinteiliger Einzelhandel, der als **notwendig für die Versorgung der Bevölkerung** angesehen wurde, eingeordnet werden konnte. So ist dies nunmehr nicht mehr möglich, wenn **alle Ladengeschäfte des Einzelhandels** und **sogar Friseurbetriebe** geöffnet haben dürfen, dies aber den Klageparteien, die Fitnessstudios betreiben, untersagt wird.

Sofern man andenkt, eine sachliche Rechtfertigung in der gewöhnlichen Verweildauer in den entsprechenden Gebäuden zu erblicken, so trägt dies nicht. Insoweit könnte der Verordnungsgeber entsprechende Vorgaben zum Zutritt und zur zulässigen Gesamtzahl von gleichzeitig anwesenden Personen statuieren, wie er dies für den Einzelhandel (vgl. § 5 iVm § 1 12. CoBeLVO) und im Übrigen in der Vergangenheit für die hier betroffenen Betriebe (§ 10 Abs. 1 11. CoBeLVO) auch getan hat. Die strengen Vorgaben, die überobligatorisch erfüllt wurden, haben wie oben dargelegt zu einer drastischen Reduzierung der angebotenen Leistungen geführt.

Außerdem ist nicht ohne Weiteres von einer typischerweise längeren Verweildauer in einem Fitnessstudio im Vergleich zu einem Ladengeschäft des Einzelhandels (z.B. Möbel- oder Bekleidungsgeschäft, Autohaus, Buchhandlung) auszugehen. Schließlich führt auch der Vergleich der typischerweise gegebenen Größe der Gebäude zu einem gegenteiligen Schluss, denn die Betriebe der Klageparteien sind größer und im Inneren geräumiger gestaltet sind, außerdem sind Markierungen vorhanden, sodass der gebotene Abstand zwischen den einzelnen Sporttreibenden dort sogar besser sichergestellt werden kann als in kleinteiligen Ladengeschäften mit seinen Auslagen und Vorrichtungen zum Feilbieten der Waren – trotz der Vorgabe, dass auf 10 m² nur ein Kunde bzw. eine Kundin eingelassen werden darf.

Am Offensichtlichsten sticht hierbei die Erlaubnis der Öffnung von Friseurbetriebe ins Auge. Anders als der Verordnungsgeber suggerieren möchte, handelt es sich hier ersichtlich nicht um Dienstleistungen, die (zwingenden) hygienischen oder medizinischen Gründen dienen. Dass sich der Verordnungsgeber nicht zu schade war, Friseurbetriebe in eine Reihe mit einer Physio- Ergo- oder Logotherapie zu setzen, lässt die Klageparteien sprachlos zurück. Da es für die Ungleichbehandlung z.B. gegenüber Kosmetik- oder Tattoostudios keinen auch nur im Ansatz nachvollziehbaren Grund gibt, kann dies nur als politischer Wille – um nicht zu sagen: Willkür – aufgefasst werden. Es fällt schwer, dies nicht in Zusammenhang mit der Äußerung des Bundesgesundheitsministers Spahn zu bringen. Dieser verlautbarte Anfang September 2020, dass mit dem heutigen Wissen der Einzelhandel und Friseure nicht mehr schließen müssten.

<https://www.tagesspiegel.de/politik/friseure-einzelhandel-pflegeeinrichtungen-spahn-erklaert-warum-erneute-schliessungen-unwahrscheinlich-sind/26147764.html>

Vor dem Hintergrund, dass es auch in den Fitnessstudios der Klageparteien **zu keinem Infektionsgeschehen gekommen ist**, muss dies auch für sie gelten. Anders als beim Friseur kann und wird hier Abstand gehalten. Zudem reduzieren die **Lüftungssysteme bzw. Lüftungskonzepte** der Klageparteien zusätzlich das Risiko einer Infektion. Welcher Friseur, welches kleines Ladengeschäft verfügt über eine derartige Lüftung? Damit ist der erhöhte Aerosolausstoß – wobei es noch keine wissenschaftliche Evidenz für einen derartigen Übertragungsweg gibt – jedenfalls zweifelsohne kompensiert.

Warum meint der Verordnungsgeber ausgedehnte Shoppingtouren durch alle erdenklichen Einkaufsläden seien weniger gefährlich, als der regelmäßig alleine betriebene Sport im Fitnessstudio?

Weshalb der Sport im Profibereich zulässig ist, ist epidemiologisch auch nicht zu begründen. Ersichtlich sind dort die Gefahren nicht geringer einzuschätzen als bei den Angeboten der Klageparteien. Im Gegenteil ist dort, insbesondere wenn es sich um Mannschaftssport handelt, mit einem höheren Infektionsrisiko zu rechnen.

Aus dieser Gegenüberstellung wird deutlich, dass die Gefahreinschätzung des Landesverordnungsgebers nicht schlüssig ist, jedenfalls nicht schlüssig und mithin nicht folgerichtig ausgestaltet wurde, wenn er identische Gefährdungen offenkundig ein unterschiedliches Gewicht beimisst.

bb.

Vergleichbares gilt bei Gegenüberstellung der Regelungen zu der gesetzlichen Gestattung der Ladenöffnung und dem Totalverbot beim Betrieb von Hotels und Beherbergungsbetrieben sowie der Zurverfügungstellung von Unterkünften zu privaten touristischen Zwecken.

Es erschließt sich nämlich nicht, weshalb bei Hotels und Beherbergungsbetrieben eine höhere Ansteckungsgefahr bestehen soll, die eine strengere Regelung rechtfertige als bei dem immer noch zugelassenen Einzelhandel. Insbesondere erschließt sich dies nicht, wenn man bedenkt, dass die Gäste in Hotels und Beherbergungsstätten regelmäßig in voneinander abgetrennten Räumen untergebracht sind und bereits aus dieser räumlichen Situation eine Ansteckungsgefahr nicht gegeben sein kann. Eine Ansteckungsgefahr, die bei dem angesprochenen Einzelhandel in deutlich größerem Maße besteht.

Sofern eine sachliche Rechtfertigung darin gesucht werden soll, dass die benannten Hotels und Beherbergungsstätten eine Nachfrage schufen, die ein bundesweites oder landesweites touristisches Reiseverhalten zu verursachen geeignet seien, das wiederum der Eindämmungsstrategie entgegenstehe, kann dies nicht überzeugen. Denn sofern nach wie vor der Einzelhandel ohne jede Einschränkung offen bleiben darf, ist es nach wie vor so, dass diese Veränderungen innerhalb der betreffenden Gemeinden, Städte und Regionen eine größeren „Sogwirkung“ entfaltet als der aufgrund der allgemeinen Verunsicherung sowieso weitgehend eingestellte Touristikverkehr.

Auch aus dieser Gegenüberstellung wird deutlich, dass die Gefahrenschätzung des Landesverordnungsgebers nicht schlüssig ist, jedenfalls nicht schlüssig und mithin nicht folgerichtig ausgestaltet wurde, wenn er identische Gefährdungen offenkundig ein unterschiedliches Gewicht beimisst.

cc.

Gleiches gilt bei der Gegenüberstellung der Regelungen zu der gesetzlichen Gestattung der Ladenöffnung und dem Totalverbot bei Gastronomiebetrieben für den stationären Verzehr vor Ort.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb Ladengeschäfte unter Beachtung von Hygienevorgaben öffnen dürfen, Gaststättenbetriebe jedoch einem Totalverbot unterliegen, selbst, wenn sie vergleichbare Hygienevorgaben erfüllen und ebenso enorme Anstrengungen entfaltet haben.

War die Regelung des ersten Lockdowns möglicherweise noch dadurch gerechtfertigt, dass bei den vormals gestatteten Ladenöffnungen des Einzelhandels es sich um für den täglichen Bedarf notwendige Geschäfte handelte, so ist diese Rechtfertigung jedenfalls nicht mehr möglich. Denn es erschließt sich nicht, weshalb weiterhin Ladengeschäfte des Einzelhandels jeder Art öffnen dürfen, selbst wenn sie nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen.

Im Übrigen gelten dieselben Ausführungen wie oben.

Auch aus dieser Gegenüberstellung wird deutlich, dass die Gefahrenschätzung des Landesverordnungsgebers nicht schlüssig ist.

dd.

Insgesamt wird deutlich, dass der Ordnungsgeber aus nicht nachvollziehbaren Gründen, mithin verfassungsrechtlich nicht tragbaren Gründen, an einer Vielzahl von Stellen sein eigenes Schutzkonzept durchbricht und im Hinblick auf seine Gefahren einschätzung eine nicht folgerichtige Regelungslage geschaffen hat, die zu Ungleichbehandlungen geführt hat, die nicht gerechtfertigt sind und nicht gerechtfertigt werden können.

Das **Gesamtregelungskonzept** stellt sich damit als **gleichheitswidrig** und mithin verfassungswidrig dar. Bereits aus diesem Grund ist es für unwirksam zu erklären.

5. Unverhältnismäßigkeit der beanstandeten Bestimmungen

Die angegriffenen Regelungen der Verordnung verstoßen gegen das Übermaßverbot.

a. legitimer Zwecke – das Infektionsgeschehen

Die Eindämmung von Infektionen ist grundsätzlich ein legitimer Zweck.

Vor dem Hintergrund, dass nach hiesiger Ansicht bereits aus den vorgenannten Gründen dem Antrag stattgegeben werden müsste, wird sich vorerst – um eine rasche Entscheidung im Eilverfahren zu ermöglichen – einer eingehenden Darlegung zu diesem Punkt enthalten. Diesseits wird sich vorbehalten hierzu noch zu einem späteren Zeitpunkt ergänzend vorzutragen.

Für das erste wird sich darauf beschränkt, darauf hinzuweisen, dass der als kritisch angesehene Grenzwert (50 auf 100.000 Einwohner*innen) bei der 7-Tage-Inzidenz nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Ergebnisse der derzeit verwendeten Testverfahren keine zuverlässige Aussage zur Infektiosität des Getesteten treffen, **jeglicher wissenschaftlichen Grundlage** entbehrt.

Dass vor diesem Hintergrund die Koalitionsparteien der Bundesregierung andeuten, diesen völlig unsinnigen – man muss es mit diesen deutlichen Worten sagen – Wert zum einzigen Parameter des neu zu schaffen beabsichtigten § 28a IfSG zu Grunde zu legen, ist schlicht nicht zu begreifen.

In der Bundestagesdrucksache 19/23944 heißt es in Absatz 2 des Gesetzesentwurfes:

(2) Die Schutzmaßnahmen sollen unter Berücksichtigung des jeweiligen Infektionsgeschehens regional bezogen auf die Ebene der Landkreise, Bezirke oder kreisfreien Städte an Schwellenwerten ausgerichtet werden, soweit Infektionsgeschehen innerhalb eines Landes nicht regional übergreifend oder gleichgelagert sind. Schwerwiegende Schutzmaßnahmen kommen insbesondere bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen in Betracht. Stark einschränkende Schutzmaßnahmen kommen insbesondere bei Überschreitung eines Schwellenwertes von über 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben in Betracht. Unterhalb eines Schwellenwertes von 35 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen kommen insbesondere

einfache Schutzmaßnahmen in Betracht. Vor dem Überschreiten eines Schwellenwertes sind entsprechende Maßnahmen insbesondere dann angezeigt, wenn die Infektionsdynamik eine Überschreitung des Schwellenwertes in absehbarer Zeit wahrscheinlich macht. Bei einer bundesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind bundesweit einheitliche schwerwiegende Maßnahmen anzustreben. Bei einer landesweiten Überschreitung eines Schwellenwertes von über 50 Neuinfektionen je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen sind landesweit einheitliche schwerwiegende Maßnahmen anzustreben. Die in den Landkreisen, Bezirken oder kreisfreien Städten auftretenden Inzidenzen werden zur Bestimmung des jeweils maßgeblichen Schwellenwerts durch das Robert Koch-Institut wöchentlich festgestellt und veröffentlicht.

Es bleibt zu hoffen, dass genug Abgeordnete erkennen, dass dieser Wert völlig nichtssagend ist. So ist es denkbar, dass der kritische Wert bereits durch ausschließlich falsch-negative Tests erreicht wird, wenn nur ausreichend viel getestet wird. Es ließe sich hier noch viel vortragen, es soll aber nur noch auf die zutreffenden Ausführungen des renommierten Arztes Professor *Matthias Schrappe* vom 28.10.2020 hingewiesen werden; diese werden auch zur Akte gereicht (Anlage 8).

Er kommt dort zu u.a. zu folgenden Ergebnissen:

3.2. Lässt sich mit den Testergebnissen ein Grenzwert begründen und das epidemische Geschehen steuern?

a. Ein **Grenzwert** muss reliabel (zuverlässig) und valide sein. Beispiel: eine Geschwindigkeitsbegrenzung vor Kindergärten rettet Leben (ist valide), die Kamera zur Geschwindigkeitsmessung darf jedoch nicht wackeln (sonst keine Reliabilität).

b. Die **Reliabilität** (Zuverlässigkeit) des Testes beschreibt die Abwesenheit von Störfaktoren bei der Messung. **Aussage:** Die Reliabilität der angewandten Grenzwerte ist sehr schlecht und macht das Vorgehen äußerst fragwürdig. **Begründung:** Die nicht-repräsentativen Stichproben, aus denen der jeweilige 7-Tage-Wert besteht (z.B. 40.000 Fälle pro Woche bei 1 Mill. Teste), werden auf die Gesamtbevölkerung (83 Mill.) umgerechnet (ergibt z.B. 50/100.000), ohne Annahmen zur Dunkelziffer in den nicht-getesteten 82 Mill. zu machen. Einfache Berechnungen zeigen jedoch, dass die Häufigkeit in der Gesamtbevölkerung in allererster Linie durch die Dunkelziffer beschrieben wird und die Zahl der bekannten Fälle lediglich einen unsystematisch gewonnenen Wert darstellt, der keinerlei Aussagekraft besitzt.

c. Bezogen auf SARS-2 beschreibt die **Validität** des Grenzwertes die Fähigkeit, Aussagen hinsichtlich der weiteren epidemiologischen Entwicklung zu machen. **Aussage:** es gibt in der Literatur keinen belastbaren Hinweis, dass Grenzwerte wie „35/100.000“ neu entdeckter Infektionen pro Woche die weitere Entwicklung voraussagen. Dies ist wenig erstaunlich, denn nicht reliable Grenzwerte (s. b) können nicht valide sein.

Folgerung: Mit den Testergebnissen lässt sich kein aussagekräftiger Grenzwert darstellen, und es ist daher nicht möglich, politische Entscheidungen hiermit zu begründen.

3.3. Lassen die Testergebnisse eine Aussage über die Ansteckungsfähigkeit (Infektiosität) zu, die z.B. eine Einschränkung der individuellen Freizügigkeit („Absonderung“) begründen könnte?

Die wichtigste Testmethode ist die PCR, die technisch an anderen PCR-Methoden validiert wurde. Im Vergleich mit anderen, gleichartigen Methoden ist sie sehr sensitiv und spezifisch, aber hinsichtlich des in erster Linie relevanten Befundes der Infektiosität (s.o.) lässt die Spezifität stark zu wünschen übrig (zahlreiche PCR-positive Personen ohne Infektiosität, Zahlenbeispiele s. Thesenpapiere 2ff). Die Einbeziehung des sog. CT-Wertes (Zahl der Zyklen) könnte zwar als Approximation der Infektiosität gelten, wird aber nicht regelmäßig berichtet, nicht zuverlässig in die Entscheidungen der Gesundheitsämter einbezogen und vor allem nicht zur Beurteilung der epidemiologischen Gesamtsituation in Deutschland verwendet. Dies ist nicht nur wegen der Einschränkung der Freizügigkeit bedenklich, sondern auch hinsichtlich der Tatsache, dass die SARS-2-Epidemie einen hohen Grad an Heterogenität aufweist, d.h. wenige Personen stecken sehr viele andere Personen an, während die meisten Infizierten niemanden anstecken. Mit der Einbeziehung des CT-Wertes hätte man einen Anhaltspunkt zur Identifikation dieser sog. *Superspreader*.

Folgerung: Die derzeitig verwendeten Testverfahren lassen keine sinnvolle Aussage zur Infektiosität zu und können daher daraus abgeleitete Maßnahmen nicht begründen. Als Mindestforderung ist die Einbeziehung des CT-Wertes zu fordern.

[...]

Zusammenfassende Beurteilung: Die Grundlagen für die Entwicklung einer adäquaten Teststrategie zur Kontrolle von SARS-2 sind derzeitig kaum existent. Es liegt weder ein sinnvolles konzeptionelles Verständnis vor, noch sind Fragestellungen formuliert, die die Entwicklung einer Teststrategie anleiten könnten. Es sind nicht einmal Kohortenstudien aktiviert worden, auf deren Grundlage man zuverlässige Aussagen über die Ausbreitung in der Bevölkerung treffen könnte. Auf dieser Basis auf eine „Abmilderung eines Shut Downs“ zu hoffen, ist illusionär, im Gegenteil – es wird durch diese Maßnahme zwar ein vorübergehender (leichter) Rückgang von neuen Meldungen zu verzeichnen sein, jedoch wird die bekannte Dynamik nach Beendigung sofort wieder einsetzen. Leider ist die „Sommerpause“ weder dazu genutzt worden, ein Grundkonzept zu entwickeln, noch dazu, den Grundstein für sinnvolle Teststrategien zu legen.

Diesseits wird davon ausgegangen, dass dem Gericht – und dem Antragsgegner – zu der Frage der Aussagekraft der verwendeten PCR-Tests auch die Ausführungen der Unterzeichnerin aus anderen Eilverfahren am hiesigen Gericht bekannt sind, sodass auf die Wiederholung der als bekannt angenommenen Ausführungen, vorerst verzichtet wird. Sollte dies nicht der Fall sein, wird im Hinblick auf das hiesige **Klage**verfahren um einen gerichtlichen Hinweis gebeten.

Es sei an dieser Stelle auch noch erlaubt anzumerken, dass sich in der Vergangenheit im Rahmen einer anderen anhängigen (Fortsetzungs-)Feststellungsklage am hiesigen Gericht (1 K 303/20.MZ) gezeigt hat, dass der Verordnungsgeber - zumindest zu der 4., 5. und 6. Coronabekämpfungsverordnungen – keine nachvollziehbaren Akten – wobei das an die Unterzeichnerin übersandte Material eher an eine losen Blattsammlung, als an eine nachvollziehbare, chronologisch geordnete Akte erinnert – geführt hat.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt das Sachlichkeitsgebot. Hieraus ergibt sich, dass auch Entscheidungen, die im Wege einer Verordnung getroffen werden aufgrund einer sachlichen Grundlage zu treffen sind. Diese ist entsprechend auch zu dokumentieren, insoweit besteht trotz fehlender einfachgesetzlicher Vorgaben eine entsprechende Dokumentationspflicht. Inwieweit der Verordnungsgeber dieses Mal diesen Anforderungen gerecht wird, wird sich im Lauf dieses Verfahrens zeigen.

Es wird daher gemäß § 99 Abs. 1 VwGO

Akteneinsicht

in Bezug auf die hier der beanstandeten Regelung zugrundeliegenden behördlichen Vorgänge, Akten, Emails, Telefonnotizen, Vermerke etc. **beantragt**.

Der Verfassungsgerichtshof Österreich hat jüngst in diesem Zusammenhang im Rahmen von sechs Entscheidungen für eine Reihe von COVID-19-Maßnahmen deren Rechtswidrigkeit festgestellt und dies letztlich damit begründet, dass die **Entscheidungsfindung** der Behörde – des Gesundheitsministers – **nicht nachvollziehbar** gewesen sei.

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 gegolten 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 Verabreichungspunkten 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

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.

21

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).

21

[...]

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 Prüfungsverfahren 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

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

Die hier vertretene Rechtsauffassung steht im Übrigen auch **im Einklang mit der Auffassung der Bundesregierung.**

Diese hat am 13.05.2019 in der Antwort auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen u.a. folgende Ausführungen gemacht (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung bilden die Grundlage erfolgreicher Transparenzansprüche gegenüber Regierung und Verwaltung. So sind sämtliche Behörden gehalten, **die wesentlichen, den sachbezogenen Geschehensablauf belegenden Informationen und Daten für den gesamten Vorgangszeitraum zu dokumentieren.** Die konkrete Umsetzung dieser **aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden, eigenständigen behördlichen Pflichten** entscheidet über die Umsetzbarkeit von Informationsfreiheitsansprüchen (vgl. Schoch, Kommentar zum Informationsfreiheitsgesetz (IFG), 2. Auflage, 2016, Rdnr. 43). Auch für den Zugang von Journalistinnen und Journalisten zu Informationen über behördliche und politische Tätigkeiten ist eine ordnungsgemäße Aktenführung zentral. Da ein Presseauskunftsrecht, das die presserechtlichen Ansprüche regeln würde, auf Bundesebene aus Sicht der

Fragesteller immer noch fehlt, kommt es immer wieder zu Klagen von Presseverlagen rund um die Herausgabe von Akten. Die Gebote der Aktenmäßigkeit, der wahrheitsgetreuen Aktenführung, der Authentizität und Integrität, der Aktensicherung, der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit sind allerdings bislang ohne allgemeine gesetzliche Grundlage und nach den fachlichen Anforderungen verschiedener Bereiche ausdifferenziert. Die entsprechenden Standards ergeben sich u. a. aus der Registraturrichtlinie, aus Verwaltungspraxis und Rechtsprechung und gelten in vollem Umfang auch für digitales Regierungs- und Verwaltungshandeln.

[...]

Jegliches Verwaltungshandeln ist dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Aktenführung verpflichtet, der wiederum auf dem Rechtsstaatsprinzip nach Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes (GG) beruht. Nur durch die ordnungsgemäße Aktenführung wird ein rechtsstaatlicher Verwaltungsvollzug, eine Rechtskontrolle durch Gerichte sowie Aufsichtsbehörden und eine Überprüfung durch die Parlamente gewährleistet. Alle Beschäftigten einer Behörde sind diesen Prinzipien verpflichtet und an die jeweils geltenden Regelungen gebunden. Die ordnungsgemäße Aktenführung stellt die Pflicht der Behörde zur Aktenmäßigkeit und Regelgebundenheit dar. Das Prinzip der Aktenmäßigkeit besagt unter anderem, dass alle entscheidungsrelevanten Unterlagen und Bearbeitungsschritte eines Geschäftsvorfalles in der Akte zu führen (Prinzip der Schriftlichkeit) sowie vollständig, wahrheitsgemäß und nachvollziehbar zu dokumentieren sind, und zwar unabhängig davon, ob eine Behörde als führendes Aktensystem noch papierbasiert oder elektronisch veraktet. Hierzu können auch Anmerkungen auf den Unterlagen selbst oder auf dort beigefügten (Klebe-) Zetteln gehören. Solche beigefügten Anmerkungen und Hinweise werden vollständig zur Akte genommen oder – bei elektronischer Aktenführung – mit eingescannt, wenn sie aktenrelevant sind. Zu den aktenrelevanten Unterlagen zählen alle entscheidungserheblichen Informationen, unabhängig davon, auf welchem Weg sie die Behörde erreichen. Ggf. sind relevante Informationen zu verschriftlichen (z. B. Telefonate oder SMS) bzw. auszudrucken (z. B. Eingänge per E-Mail), wenn als führende Akte noch ein papierbasiertes System existiert. Die Digitalisierung der Verwaltungsarbeit hat zu keiner Veränderung des oben ausgeführten Grundsatzes einer ordnungsgemäßen Aktenführung geführt.

[...]

Unabhängig davon, ob die Bundeskanzlerin oder andere Kabinettsmitglieder persönliche Gespräche oder Telefonate führen oder ob sie per SMS kommunizieren, **erfolgt eine geeignete Verschriftlichung des Inhaltes, soweit dieser für die inhaltliche Bearbeitung eines Verwaltungsvorgangs relevant ist.** Dieser wird dann entsprechend der

Registraturrechtlinie für das Bearbeiten und Verwalten von Schriftgut in den Bundesministerien (RegR) veraktet.“

<https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/100/1910084.pdf>

Hieraus wird ersichtlich, dass eine Aktenführung evident für die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit behördlichen Handelns ist. Insbesondere geht aus der Antwort der Bundesregierung auch hervor, dass jegliche relevanten Vorgänge in geeigneter Form zu dokumentieren sind.

b. Geeignetheit

Vor dem Hintergrund, dass wie oben dargelegt alles Bekannte dafür spricht, dass es nicht zu Übertragungen in Fitnessstudios, die unter strengen Hygienemaßnahmen geöffnet hatten, kommt, ist zu konstatieren, dass nicht angenommen werden kann, dass die hier beanstandete Schließungsanordnung zu einer Verringerung der Übertragung führt. Schließlich hat sich bei den hiesigen Klageparteien niemand angesteckt.

Das RKI nimmt vielmehr gerade an, dass die „Brandherde“ im familiären bzw. privaten Umfeld und in Gemeinschaftsunterkünften sowie bei religiösen Veranstaltungen (die im Übrigen ebenfalls keinem Totalverbot mehr unterliegen) zu verorten sind.

c. Erforderlichkeit

Jedenfalls ist das ausgesprochene **Totalverbot** nicht erforderlich. In der Vergangenheit haben sich die Hygienekonzepte der Klageparteien bewährt. Es gab keinen einzigen Fall einer positiven Testung.

Auch zeigt eine groß angelegte Studie, dass das **Infektionsrisiko in Fitnessstudios sehr gering** ist.

In der Studie wurden Fitnessstudios aus den wichtigsten europäischen Fitnessmärkten Deutschland, Großbritannien, Frankreich und Spanien, Schweden, Norwegen, Dänemark, Belgien, Niederlande, Luxemburg, Portugal, Polen und Tschechien befragt.

Insgesamt wurden so die Daten von über 62 Millionen Check-ins gesammelt und ausgewertet. Dabei wurden lediglich 487 Corona-Fälle registriert. Die Infektionen betrafen sowohl das Personal im Fitnessstudio sowie auch die Fitnessstudio-Mitglieder. **Damit liegt die durchschnittliche Infektionsquote bei 0,78 auf 100.000 Fitnessstudio-Besuche.**

Die Forscher*innen legen mit ihrer Studie nahe, dass das Risiko einer COVID-19-Infektion in einem Fitnessstudio sehr gering ist. Die Datenlage zeigt, dass Fitnessstudios – anders als Schulen oder der ÖPNV – sichere Umgebungen sind.

<https://www.europeactive.eu/news/safeactive-study-%E2%80%93-preliminary-results-showing-extremely-low-levels-covid-19-risk-fitness-clubs>

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der R-Wert aktuell unter 1 liegt, das bedeutet, eine infizierte Person steckt weniger als einen weiteren Menschen an. Erneut – wie beim ersten Lockdown – ist damit der R-Wert gesunken, bevor die Maßnahmen überhaupt Wirkung entfalten können:

Schätzung der Fallzahlen unter Berücksichtigung des Verzugs (Nowcasting) und der Reproduktionszahl (R)

Die Reproduktionszahl R bezeichnet die Anzahl der Personen, die im Durchschnitt von einem Fall angesteckt werden. Diese lässt sich nicht aus den Meldedaten ablesen, sondern nur durch statistische Verfahren schätzen, zum Beispiel auf der Basis des Nowcastings (s. Abbildung 4).

| 4-Tage-R-Wert | 7-Tage-R-Wert |
|---|--|
| 0,94 (95%-Prädiktionsintervall: 0,75 – 1,12) | 0,98 (95%- Prädiktionsintervall: 0,88 – 1,08) |

Durch Verzögerungen bei der Übermittlung der Fallzahlen an Wochenendtagen kommt es zu zyklischen Schwankungen des 4-Tage-R-Wertes. Der 7-Tages-R-Wert verläuft deutlich gleichmäßiger, da jeweils alle Wochentage in die Bestimmung eines Wertes eingehen.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-03-de.pdf? blob=publicationFile

| 4-Tage-R-Wert | 7-Tage-R-Wert |
|---|--|
| 0,81 (95%-Prädiktionsintervall: 0,66 – 0,95) | 0,92 (95%- Prädiktionsintervall: 0,84 – 1,00) |

Durch Verzögerungen bei der Übermittlung der Fallzahlen an Wochenendtagen kommt es zu zyklischen Schwankungen des 4-Tage-R-Wertes. Der 7-Tages-R-Wert verläuft deutlich gleichmäßiger, da jeweils alle Wochentage in die Bestimmung eines Wertes eingehen.

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-04-de.pdf? blob=publicationFile

Der R-Wert bildet das Geschehen von vor 8 bis 16 Tagen ab.

<https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/rki-meldet-erstmal-knapp-20-000-corona-neuinfektionen,SFS9e51>

An dieser Stelle wird – da sich die Situation wieder ähnelt – aus dem Schriftsatz der Unterzeichnerin vom 27.04.2020 an das hiesige Gericht (1 K 303/20.MZ) zitiert (aus Gründen der besseren Übersicht kursiv gedruckt):

„Als politisches Ziel galt es, die Reproduktionszahl unter 1 zu drücken.

<https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-bundesminister-scholz-ministerpraesident-soeder-und-dem-ersten-buergermeister-tschentscher-im-anschluss-an-das-gespraech-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1744310>

Das könnte zugleich auf einen – nicht deutlich kommunizierten – Strategiewechsel hindeuten.

Wenn jede infizierte Person statistisch weniger als eine Person ansteckt, geht die Ausbreitung zurück, sodass es am Ende zu einer Ausrottung des Virus kommt. Eine sog. Herdenimmunsierung wird so verhindert.

Es ist indes nicht sinnvoll das Infektionsgeschehen in Gänze zum Erliegen zu bringen – so aber offenbar das Ziel der Regierenden, da diese eine Reproduktionszahl unter 1 anstreben. Diese Strategie läuft damit im Ergebnis darauf hinaus, dass nur eine Impfung wieder zur Normalität führen kann.

In diesem – sehr bedenklichen Sinne – äußerte sich am 23. April 2020 zum Beispiel der bayerische Ministerpräsident Markus Söder. Er hat sich dafür ausgesprochen, nach der Entwicklung eines geeigneten Impfstoffs eine nationale Impfpflicht gegen die Covid-19-Lungenkrankheit einzuführen. Für eine solche Maßnahme wäre er sehr offen, sagte Söder nach einem Treffen mit dem baden-württembergischen Ministerpräsidenten Kretschmann in Ulm. Bis zur Entwicklung eines Impfstoffs könne keine Entwarnung gegeben werden.

https://www.deutschlandfunk.de/coronavirus-soeder-fuer-impfpflicht-gegen-covid-19.1939.de.html?drn:news_id=1123643

Tatsächlich hatte sich Reproduktionszahl nämlich bereits seit dem 21. März 2020 nach den Angaben des RKI bei einen Wert „um 1“ stabilisiert – also auf den Wert, den die Politik nunmehr anstrebt. Seitdem ist die Zahl auch nicht signifikant gesunken.

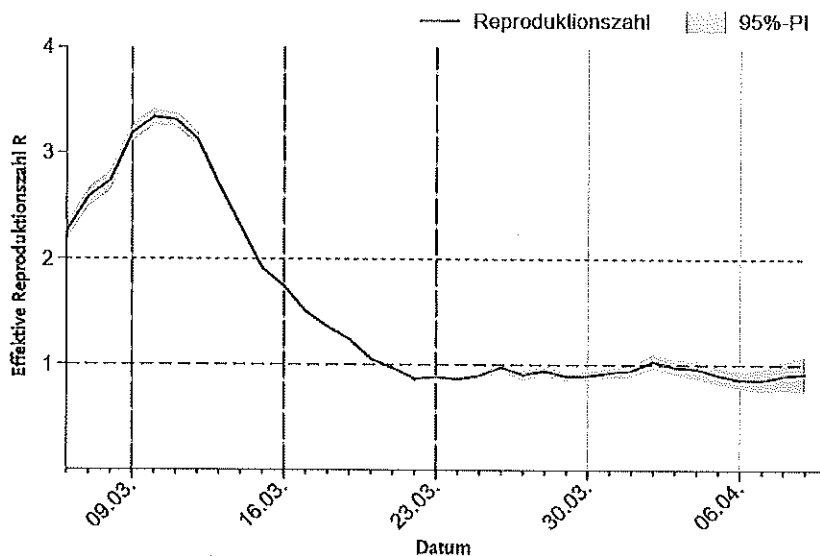


Abb. 4 | Schätzung der effektiven Reproduktionszahl R für eine angenommene Generationszeit von 4 Tagen. Die gestrichelten vertikalen Linien kennzeichnen den Start der in Tab. 1 (S. 15) genannten Maßnahmen am 9. März, 16. März und 23. März 2020.

[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/17_20_SARS-CoV2_vorab.pdf? blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/17_20_SARS-CoV2_vorab.pdf?blob=publicationFile)

Das bedeutet, dass die strengen Maßnahmen der Reduzierung des menschlichen Kontakts, die seit dem 23. März 2020 bundesweit gelten, nicht dazu geführt haben, die Reproduktionszahl zu stabilisieren. **Die Stabilisierung ist bereits vor den strengen Maßnahmen eingetreten**, mithin ist die Stabilisierung nicht auf die Maßnahmen ab dem 23. März 2020 zurückzuführen, da die Pandemie in Deutschland bereits zu diesem Zeitpunkt am Abebben war. Damit lässt sich eine Verlängerung der Maßnahmen nicht rechtfertigen.

In diesem Sinne auch Stephan Grüger, SPD-Landtagsabgeordneter in Hessen:
<https://www.hessenschau.de/tv-sendung/diskussion-ueber-reproduktionszahl,video-120392.html>

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist die Maßnahme – hier die Schließung der Betriebe der Klageparteien – auch nicht zur Eindämmung des Infektionsgeschehens erforderlich.

d. (Un)-Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Diesseits wird nicht verkannt, dass das Betriebsverbot nicht vordringlich darauf abzielt, Infektionen gerade in den hier betroffene Betrieben zu unterbinden. Vielmehr dient letztlich jede der strengen Maßnahmen dem Zweck, die Kontaktmöglichkeiten in der Bevölkerung zu reduzieren, um damit eine Senkung der Fallzahlen bzgl. der positiv gemeldeten Testungen zu erzielen. Damit verfolgt der Verordnungsgeber eine mittelbare Strategie.

Der Ordnungsgeber hat das Ziel, im öffentlichen Raum die Möglichkeiten zum physischen miteinander in Kontakttreten zu verringern.

Zunächst ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass es ein Irrglaube ist, dass sich so menschliche Kontakte wirklich verhindern lassen. Es kommt entscheidend darauf an, wie hoch die Akzeptanz der Maßnahmen bei der Bevölkerung ist. Während im März und April durchaus zu beobachten war, dass Menschen ihre Kontakte freiwillig reduziert haben – so ist es damals wie heute möglich sich im schnellen Wechsel mit verschiedenen Menschen hintereinander im öffentlichen Raum zu treffen, ohne gegen die Verordnung zu verstoßen – kann diese Beobachtung in der Intensität nicht mehr gemacht werden. Freilich ist dies nicht empirisch, entspricht aber den Wahrnehmungen der Unterzeichnenden und wird mutmaßlich auch vom Gericht bestätigt werden können.

Mit anderen Worten: es liegt auf der Hand, dass sich die menschlichen Begegnungen die bis vor Kurzem im öffentlichen Raum unter strengen Hygienemaßnahmen stattfanden, etwa im Restaurant oder im Fitnessstudio, sich nunmehr (noch verstärkter) ins nicht kontrollierbare Private verlagern. Der Ordnungsgeber verkennt, dass selbst der härteste Lockdown – allenfalls – nur etwas bringen kann, wenn die Bereitschaft der Bevölkerung besteht, ihr Verhalten entsprechend einzurichten. Anders als im März regt sich aber viel Widerstand in der Bevölkerung, was sich auch deutlich an der Zunahme der eingereichten Klagen und Anträge zeigt.

<https://www.tagesschau.de/inland/corona-beschaerungen-klagewelle-101.html>

Es wäre naiv zu glauben, dass es genügt, einfach zahlreiche öffentliche Begegnungsstätten zu schließen.

Wieso sollen die Klageparteien den Preis für die Versäumnisse des Ordnungsgebers bezahlen? Bei ihnen steckte sich niemand an. **Sie machen Angebote, die die Gesundheit unterstützen. Sie haben überzeugende Hygienekonzepte.** Bei ihnen findet kein geselliges Miteinander statt. Es wird lediglich – regelmäßig alleine – trainiert.

Trotz des allgemeinen Konzepts, das wie dargelegt darauf abzielt, insgesamt Kontaktmöglichkeiten zu nehmen, muss gleichwohl die höchst unterschiedliche Gefährlichkeit der jeweiligen Situationen berücksichtigen. So ist eine Shoppingtour durch viele verschiedene Läden ersichtlich mit einem höheren Infektionsrisiko behaftet als ein Fitnessstudiobesuch.

Es dürfte gerichtsbekannt sein, dass beim Einkaufen regelmäßig Abstände nicht eingehalten werden und MNB – so sie denn überhaupt in derartigen Situationen einen epidemiologischen Nutzen haben, kritisch hierzu: <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1174-6591> - häufig nicht korrekt getragen werden. Das ausgiebige Shoppen ist aber gestattet, ebenfalls wie der Friseurbesuch.

In Bezug auf die Klageparteien ist hier zu ihren Gunsten im Übrigen zu berücksichtigen, dass sie ein **Sportangebot schaffen, welches gerade die Gesundheit der Bevölkerung fördert**. Der erste Lockdown hat gezeigt, welche negativen gesundheitlichen Folgen dieser für die Bevölkerung hatte. Das Bundesgesundheitsministerium empfiehlt mindestens 150 Minuten aerobe körperliche Aktivität.

https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/B/Bezugung/Nationale-Empfehlungen-fuer-Bewegung-und-Bewegungsfoerderung-2016.pdf

Gerade weil sich aktuell viele Menschen im Home Office befinden und zudem die kältere Jahreszeit deutlich weniger Menschen zum Laufen und Fahrradfahren nach draußen zieht, sind **Fitnessstudios als eine wichtige Säule der Gesundheitsfürsorge anzusehen**.

Es ist nicht einsichtig, wieso im Falle eines Infektionsgeschehens, gerade die Betriebe geschlossen werden, die maßgeblich dazu beitragen, dass Menschen die Möglichkeit erhalten, ihr Immunsystem zu stärken, um im Falle einer Infektion mit SARS-CoV-2 erhöhte Widerstandskräfte haben.

Offenbar hält der Ordnungsgeber es aber für wichtiger, dass im Falle einer Infektion „wenigstens die Haare schön“ sind.

Jüngst äußerte am 29.10.2020 Professor *Stefan Willich*, Direktor am Charité Institut für Sozialmedizin, Epidemiologie und Gesundheitsökonomie deutliche Kritik am seitens der Regierungen beschlossenen Lockdown. Er hält den Lockdown für überzogen, bewertet die Lage in den Intensivstationen als nicht kritisch und warnt vor den erheblichen Nebenwirkungen (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Der von Bundeskanzlerin Angela Merkel mit den Ministerpräsidenten beschlossene Lockdown ist nach Ansicht von Stefan Willich, Direktor am Charité Institut für Sozialmedizin, Epidemiologie und Gesundheitsökonomie, **„in seiner Allgemeinheit überzogen“**. Willich sagte der Berliner Zeitung, es sei nicht sinnvoll, „auf dramatische Breitbandrestriktionen“ zu setzen: „Es gibt sehr gute und wirkungsvolle Hygienekonzepte in einzelnen Branchen, etwa in der Kultur. Es gibt zudem erhebliche regionale Unterschiede bei der Infektionsbelastung. Es ist nicht sinnvoll, alles über einen Kamm zu scheren.“ Es wäre besser, „adaptive Maßnahmen“ zu ergreifen. Willich: „Ein Lockdown sollte eine Maßnahme nur im absoluten Notfall bleiben.“ Es habe sich gezeigt, dass damit die beste Wirkung im Kampf gegen die Ausbreitung des Virus erzielt werden könne. Die aktuelle Lage auf den Intensivstationen ist, so die Zahlen des Robert-Koch-Instituts, derzeit nicht in einem kritischen Bereich. Bundesweit sind etwa fünf Prozent aller Intensivbetten mit Covid-19-Patienten belegt. In Berlin sind es knapp zehn Prozent und erst bei 25 Prozent springt die entsprechende Corona-Ampel auf Rot.

Willich verweist darauf, dass „**restriktive Ausnahmesituationen nämlich auch erhebliche Nebenwirkungen haben**“: „**Mit dem Lockdown wird die Belastung für das Gesundheitswesen insgesamt zunehmen.** Wir sehen jetzt schon die Folgen im psychiatrischen Bereich, wie Angststörungen oder Depressionen. Vor allem aber müssten alle anderen Krankheiten weiter behandelt und Patienten versorgt werden können, um einen therapeutischen Rückstau und eine Verschlechterung des Zustands der Patienten zu verhindern.“ So sei es problematisch, wenn Reha-Kliniken keine Patienten mehr aufnehmen, etwa weil sie aus anderen Bundesländern kommen. Gerade bei Krebspatienten sei es unumgänglich, dass die Behandlung nicht verschoben wird, sondern zeitgerecht stattfindet. Willich: „Ein Lockdown kann im Gesundheitssystem gravierende Schäden anrichten.“

Willich vermisst vor allem zwei wichtige Aspekte in den geplanten Maßnahmen: „Die Ausstattung der Gesundheitsämter muss verbessert werden, damit die Kontaktnachverfolgung konsequent erfolgen kann. Vor allem aber müssen Personen der Hochrisikogruppen bestmöglich geschützt werden. In Alters- und Pflegeheimen sollten die Test-Möglichkeiten verbessert werden. Für Besucher sollten wir dafür Sorge tragen, dass sie die in Kürze verfügbaren Schnelltests machen können. Da gibt es nach 15 Minuten ein Ergebnis, und dann könnte auch in den Alten- und Pflegeheimen das soziale Leben aufrechterhalten werden.“ **Die Einschränkung der Sportmöglichkeiten hält Willich für falsch: „Vor allem für die sozialen und emotionalen Kontakte ist es für Kinder und Jugendliche sehr wichtig, Sport auch in der Gruppe betreiben zu können. Hier sollte es unbedingt Sonderregelungen geben.“**

<https://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft-verantwortung/charite-infektiologe-corona-lockdown-ist-ueberzogen-li.114966>

Nach alledem kann die Schließung der Betriebe der Klageparteien auch nicht als angemessen betrachtet werden.

6. Schlussbemerkung

Die Worte von *Volkman* vom 20. März 2020 haben bedauerlicherweise immer noch Gültigkeit und die Gerichte stehen einmal mehr in der Verantwortung, weil weder die Exekutive noch die Legislative die vergangenen Monate genutzt hat, Erkenntnisse im Hinblick auf den Umgang mit dem neuartigen Coronavirus zu sammeln und sinnvoll anzuwenden. Versäumnisse, für die nunmehr u.a. die Klageparteien teuer bezahlen sollen. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnenden):

„Kein Verwaltungs- oder auch Verfassungsgericht würde es in der derzeitigen Situation riskieren, auch nur eine davon zu beanstanden und der Regierung im Kampf gegen die als existenziell empfundene Bedrohung in den Arm zu fallen. Dem entspricht es, dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit solcher Maßnahmen in der öffentlichen Diskussion bislang so gut wie keine Rolle spielt, was gerade in einem Land, das sonst alle politischen Fragen gern als Verfassungsfragen behandelt, durchaus bemerkenswert ist. Natürlich mag man insbesondere im Fall einer Ausgangssperre, wie sie auch hierzulande bald drohen könnte (alle Maßnahmen, die wir in den Nachbarländern beobachten können, erreichen uns ja im Ergebnis immer nur mit einiger Verzögerung) fragen können, was diese eigentlich bewirkt und wieso es für irgendjemanden schädlich sein soll, wenn man alleine oder mit der Familie in genügendem Abstand von anderen im Park oder selbst in der Stadt spazieren geht. Auch ist es eine so tief in die persönliche Freiheit einschneidende Maßnahme, dass man sie sich so vor Ausbruch der Krise nur in China oder, sagen wir, Nordkorea vorstellen konnte.

Aber schon die erleichterte Kontrollierbarkeit und die tatsächlich bewirkte Einschränkung von Kontakt- und damit von Übertragungsmöglichkeiten dürften angesichts des bei der Eignungsprüfung traditionell angelegten großzügigen Maßstabs – am Ende scheitert daran ja nur, was evident ungeeignet ist – im Ergebnis auch sie rechtfertigen. **Die entscheidende Frage bleibt allerdings, wie lange diese Rechtfertigung wirkt und wie lange an ihr festgehalten werden kann, wenn alle entsprechenden Maßnahmen nicht oder jedenfalls nicht innerhalb eines begrenzten Zeithorizonts greifen: einen Monat? Zwei oder drei Monate? Ein Jahr oder möglicherweise sogar zwei Jahre, wenn, wie es einige Virologen schon vorhersagen, im Oktober möglicherweise die nächste Welle heranrollt und bis dahin kein Impfstoff gefunden ist?**

Spätestens dann werden die Fragen, die wir jetzt verdrängen, wieder auf uns zukommen, und wir werden eine Antwort darauf finden müssen. **Sie werden sich praktisch stellen, weil das weitgehende Herunterfahren von Gesellschaft immer nur für begrenzte Zeit aufrechterhalten werden kann; irgendwann wird der Widerstand so groß, dass es nicht mehr geht.** Sie stellen sich aber auch verfassungsrechtlich und hier speziell als Frage nach der weiteren Angemessenheit der entsprechenden Einschränkungen, wenn der mögliche Erfolgseintritt immer weiter in der Zukunft liegt und andererseits die sichtbaren Folgeschäden größer und größer werden. Diese betreffen die Individuen, aber sie betreffen auch die Gesellschaft insgesamt in politischer, in kultureller und – man muss dies so sagen – auch in wirtschaftlicher Hinsicht. **Niemand will aus dem gegenwärtigen Alptraum in einem Trümmerfeld erwachen, in dem ganze Wirtschaftszweige, eine Vielzahl von Unternehmen und massenhaft individuelle berufliche Existenzen vernichtet sind.**

3. Die damit aufgeworfenen Abwägungsfragen führen hinaus aus dem Verfassungsrecht und hinüber in die Ethik oder auch Rechtsphilosophie und können nur von hier aus beantwortet werden; auch die Antworten, die wir in der Sprache des Verfassungsrechts darauf geben, sind letztlich daraus entlehnt oder müssen sich dazu verhalten. In welche Grenzbereiche es führt, wenn die Krankenhäuser an ihre Kapazitätsgrenzen geraten und Ärzte in der konkreten Situation die Entscheidung über Behandlung oder Nichtbehandlung, in der Sache also über Leben und Tod treffen müssen, zeigen uns die einschlägigen Berichte und die Bilder vor Ort; es ist dies eine Situation, die niemand wollen kann. Gleichwohl wird man, wenn sie da ist, Maßstäbe finden und verantworten müssen, nach denen die Entscheidung zu treffen ist. **Ebenso wird man auch bei der generellen Abwägung, welche Maßnahmen in welcher Intensität und über welchen Zeitraum aufrechterhalten werden können, irgendwann eine Entscheidung treffen müssen, welche Interessen in sie einzubeziehen sind und welche nicht.** Können es auch solche des allgemeinen Wohlstands oder eines gesamtgesellschaftlichen Nutzens sein – und bis zu welchem Grade und von welchem Punkt an? Vom Standpunkt eines normativen Individualismus aus, wie wir ihn grundgesetzlich in der Garantie der Menschenwürde verankert sehen, neigen wir dazu, alle diese Interessen in existenziellen Fragen als irrelevant beiseite zu schieben; immer dort, wo es um den „Höchstwert Leben“ geht, verbietet sich, wie wir sagen, jede Verrechnung.

In der Tat spricht einiges dafür, an diesem Ausgangspunkt auf einer grundsätzlichen Ebene festzuhalten. Auf der anderen Seite muss man sehen, dass wir derartige Abwägungen in vielen Fällen längst vornehmen, ohne sie uns als solche einzugestehen. So wissen wir im Grunde, dass die Zulassung des Autoverkehrs auf unseren Straßen jedes Jahr den Tod von zwischen 3000 – 4000 Menschen zur Folge hat. Diese Folge ist so kausal wie vorhersehbar, sie trifft oft die Schwächsten wie die Kinder, und wir könnten sie ohne weiteres abwenden, wenn wir Autos verbieten würden. Aber wir tun es nicht, weil ihre Produktion uns wirtschaftlichen Wohlstand garantiert, der Austausch und Transport von Gütern ermöglicht wird, wir individuelle Mobilität schätzen etc., und die Risiken des Straßenverkehrs erscheinen uns dann als, wie die Juristen sagen, „erlaubtes Risiko“ oder „sozial adäquat“.

Auch bei den bisherigen Epidemien von der Schweinegrippe bis zur normalen Influenza hätten wir durch Einreisesperren, Verbot von Großveranstaltungen oder zuletzt auch Isolierungen der Menschen voneinander die Todesrate von vornherein erheblich senken können. Aber wir haben es nicht getan, weil uns diese Einschränkungen zu schwerwiegend erschienen und alle Erkrankten in den Krankenhäusern behandelt werden konnten. Und ganz generell könnte irgendwann der Punkt kommen, an dem wir uns eingestehen müssen, dass es Krankheiten gibt, die wir nicht besiegen können, ebenso wenig wie wir den Tod besiegen können. Wir können uns, wie jetzt, eine Zeitlang dagegen anstemmen, am Ende aber eben doch immer nur eine Zeitlang.

So oder so werden wir irgendwann wieder lernen müssen, die Welt nicht nur durch die Brille der Virologen zu betrachten.“

<https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>

Die Unterzeichnenden sind davon überzeugt, dass am Ende von alledem eine tiefgreifende rechtliche Aufarbeitung stattfinden wird. Doch dann ist es für viele betroffene Menschen zu spät. Diese haben dann schlimmstenfalls bereits ihre wirtschaftliche Existenz verloren oder sogar ihr Leben gelassen. Was pathetisch klingt ist bittere Realität. Über die Kollateralschäden der Coronakrise wurde in den vergangenen Monaten viel berichtet. Exemplarisch soll auf nur wenige Berichte hingewiesen werden:

<https://www.handelsblatt.com/politik/international/pandemie-hunger-armut-vernachlaessigte-gesundheitsvorsorge-so-schlimm-sind-die-kollateralschaeden-der-corona-bekaempfung/26196874.html?ticket=ST-5367509-bWIOZF4YeXmDvYBgknte-ap1>

„Die Obduktionen von Corona-Toten seien allerdings nicht die schwerwiegendste Konsequenz der Pandemie, betonte der Forensiker: Stattdessen seien "Kollateralschäden" deutlich schlimmer. Tsokos berichtete, dass es viele Menschen gebe, die ohne sich zu infizieren unter der Corona-Krise leiden. "Wir haben allein letzte Woche mehrfach Menschen obduziert, die seit dem Lockdown nie wieder aus ihrer Wohnung raus sind", so der Rechtsmediziner von der Charité.“

<https://www.infranken.de/ratgeber/gesundheit/coronavirus/corona-kollateralschaeden-mediziner-mit-trauriger-beobachtung-art-5085219>

<https://www.abendblatt.de/podcast/die-digitale-sprechstunde/article230100628/Wir-sehen-taeglich-die-Kollateralschaeden-von-Corona.html>

<https://www.kardiologie.org/covid-19/-kollateralschaden--der-covid-19-pandemie--infarktpatienten-sche/18044396>

<https://www.tagesschau.de/wirtschaft/ba-vorbereitungen-fuer-pleitewelle-101.html>

Der erste Lockdown mag für zwei bis drei Wochen noch gerechtfertigt – obgleich auch damals ohne ausreichende Rechtsgrundlage – erscheinen. Man wusste vieles nicht und musste zunächst austesten, was wie funktioniert. Insbesondere wusste man auch noch nichts über die Gefährlichkeit des Virus, die sich am besten durch die Letalität beschreiben lässt. Inzwischen weiß man, 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

Dass dem Ordnungsgeber trotz alledem was an Wissen und Technik (z.B. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/117171/SARS-CoV-2-Luftreiniger-beseitigen-90-der-Aerosole-in-Schulclassen>) dazu gekommen ist, immer noch nichts Besseres einfällt als kopflos weite Teile öffentlicher Einrichtungen und Betriebe zu schließen, ist nicht mehr hinnehmbar.

Dass weite Teile des Arbeitslebens „normal“ weitergehen und sich der Ordnungsgeber nicht etwa veranlasst sah, Fertigungs- und Handwerksbetriebe und Büros zu schließen bzw. Home Office anzuordnen – schließlich stecken sich viele Menschen bei der Arbeit an

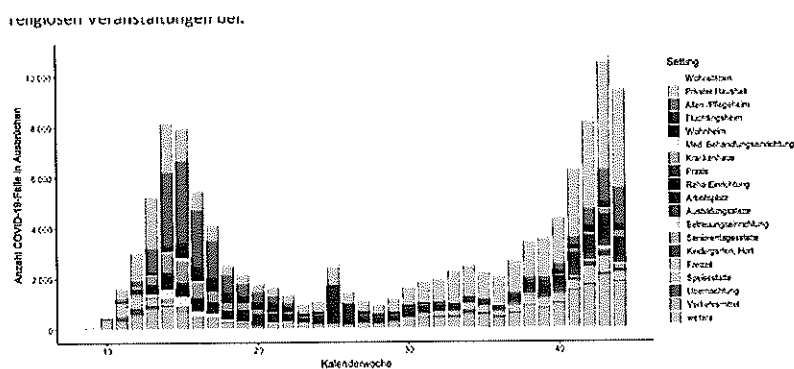


Abbildung 8: Darstellung der gemeldeten COVID-19-Fälle nach Infektionsumfeld (Setting) und Kalenderwoche (Zeitpunkt der Meldung des jeweiligen Falles), die vom jeweiligen Gesundheitsamt einem Ausbruch zugeordnet wurden. Abgebildet werden alle Fälle aus Ausbrüchen mit 2 oder mehr Fällen. Die möglichen Ausbruchssituationen (Setting) sind als Kategorien in der Abfrage vorgegeben. Die Erfassung von COVID-19-Fällen in Ausbrüchen erfolgt mit einer gewissen Verzögerung. Daher sind insbesondere die Angaben zur Anzahl in der letzten Kalenderwoche noch unvollständig. (Datenstand 03.11.2020, 0:00 Uhr).

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-03-de.pdf?blob=publicationFile

– erstaunt schon sehr.

Dies alles zeigt, dass die Verordnung als Ganzes, im Wesentlichen von dem Bedürfnis getrieben war, irgendetwas zu machen und Entschlossenheit zu zeigen.

Es bleibt zu hoffen, dass auch das hiesige Gericht dazu beitragen wird, zu verhindern, dass der Verordnungsgeber glaubt, auf einer derartigen hiesigen Entscheidungs- und Tatsachengrundlage einen 3. oder 4. Lockdown durchführen zu können.

III. Kostenentscheidung

Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte als unterliegender Beteiligter zu tragen (§ 154 Abs. 1 VwGO).

B. Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet.

Der Antrag ist gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthaft. Die Antragstellerinnen begehren eine Regelungsanordnung.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit und Begründetheit wird nach oben verwiesen, ergänzend wird vorgetragen:

Nach dieser Bestimmung ist eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung nötig erscheint, um – unter anderem – wesentliche Nachteile abzuwenden. Hierbei bedarf es im Unterschied zur Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht der vollen Prüfung und Glaubhaftmachung des behaupteten Rechtes, vielmehr kann auch bei offener Erfolgsaussicht des Verfahrens in der Hauptsache eine vorläufige Regelung für die Dauer des Verfahrens ergehen, sofern diese sich unter Abwägung der privaten Interessen mit den öffentlichen Interessen als geboten erweist.

Läuft die beantragte einstweilige Anordnung – wie vorliegend – auf eine vollständige oder zeitweilige Vorwegnahme der Hauptsache hinaus, so kann wegen des verfassungsrechtlichen Gebotes **effektiver Rechtsschutzgewährung** eine einstweilige Anordnung ausnahmsweise nur dann ergehen, wenn bei einer Ablehnung des Antrags auf Gewährung von vorläufigen Rechtsschutz und einer Verweisung auf das Hauptsacheverfahren den Rechtsuchenden nicht ausgleichbare Nachteile entstehen, deren Hinnahme ihm nicht zuzumuten ist. Die Anforderungen an den Nachweis des geltend gemachten Anspruchs sind dabei umso höher, je stärker sich das mit der Anordnung Begehrte mit dem Ziel der Hauptsache deckt.

Zu alledem: VG Mainz, Beschluss vom 13. Oktober 2017 – 1 L 961/17.MZ –, juris Rn. 25

Im Interesse effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) kann es geboten sein, die Hauptsache vorwegzunehmen, sofern eine Versagung vorläufigen Rechtsschutzes den Kläger schwer und unzumutbar oder irreparabel belasten würde (BVerfG NJW 2002, 3691; BVerwG NVwZ 2000, 189; OVG Berlin NJW 2018, 2217; VGH München BeckRS 2018, 8608; OVG Münster BeckRS 2016, 55713; OVG Münster BeckRS 2016, 41509; VGH München BeckRS 2011, 54237; OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2011, 45065; OVG Bautzen BeckRS 2010, 50450; OVG Münster BeckRS 2009, 37413; OVG Schleswig BeckRS 2008, 40366; OVG Münster BeckRS 2007, 21718; OVG Saarlouis NVwZ-RR 2005, 550). Je schwerer die mit einer Versagung von Eilrechtsschutz verbundenen Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Entscheidung zurückgestellt werden (BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats NJW 2017, 545). Der vorläufige Rechtsschutz ist also zu gewähren, wenn sonst dem Kläger eine erhebliche, **über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten** droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (BVerfG 3. Kammer des Ersten Senats BeckRS 2009, 39313). Der Anordnungsgrund hat in diesen Fällen ein solches Gewicht, dass dem Kläger ein weiteres Zuwarten nicht zugemutet werden kann, weil Rechtsschutz dann nicht mehr gewährt werden könnte. Es müssen also unzumutbare Nachteile zu besorgen sein, die über die mit einem Zeitverlust stets einhergehenden Belastungen hinausgehen, welche die Dringlichkeit der erstrebten einstweiligen Anordnung rechtfertigen (zu Beispielen Kuhla/Hüttenbrink VerwProz/Kuhla J 215; SSB/Schoch Rn. 155).

BeckOK VwGO/Kuhla, 52. Ed. 1.7.2019, VwGO § 123 Rn. 156

In dem Zusammenhang ist ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verweisen. **Droht bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche Grundrechtsverletzung**, die durch eine stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so darf sich das Fachgericht im Eilverfahren grundsätzlich nicht auf eine bloße Folgenabwägung der widerstreitenden Interessen beschränken. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes erfordert dann vielmehr regelmäßig eine über die sonst übliche, bloß summarische Prüfung des geltend gemachten Anspruchs hinausgehende, inhaltliche Befassung mit der Sach- und Rechtslage.

BVerfG, Beschluss vom 14. September 2016 – 1 BvR 1335/13.

Wie oben dargelegt ist ein **Anordnungsanspruch** nach hiesiger Ansicht evident gegeben. Dieser wurde auch ausreichend glaubhaft gemacht.

Darunter ist der zu sichernde bzw. der zu regelnde materielle Anspruch zu verstehen, den der Kläger im Hauptsacheverfahren verfolgt (SSB/Schoch Rn. 69 und 72; NK-VwGO/Puttler Rn. 77). Der Anordnungsanspruch ist grundsätzlich zu bejahen, wenn nach einer Prüfung der dem Gericht glaubhaft gemachten bzw. von diesem ermittelten Tatsachen ein Obsiegen des Klägers in der Hauptsache **wahrscheinlich** ist. Ist dagegen die (anhängige oder künftige) Hauptsacheklage offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist der Anordnungsanspruch zu verneinen, die einstweilige Anordnung kann nicht ergehen.

BeckOK VwGO/Kuhla, 52. Ed. 1.7.2019, VwGO § 123 Rn. 73a

Die erforderliche **weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache** besteht hier wie oben umfangreich dargelegt wurde schon vor dem Hintergrund, dass die hier beanstandete Bestimmung **ohne ausreichende Rechtsgrundlage** erlassen wurde.

Die Frage, ob eine vorläufige Regelung „nötig erscheint“, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung vorzunehmen. Abzuwägen ist das Interesse des Klägers an der begehrten Regelung mit dem Interesse des Antragsgegners an der Beibehaltung des bestehenden Zustands (VG Bayreuth BeckRS 2015, 51653; SSB/Schoch Rn. 82). Zu diesem Zweck ist die Situation, die sich bei Erlass der einstweiligen Anordnung ergibt, mit der zu vergleichen, die sich ergibt, wenn der Antrag zurückgewiesen wird.

Vorliegend ist unter Berücksichtigung des Vorgenannten auch der erforderliche **Anordnungsgrund** gegeben und glaubhaft gemacht worden. Im Einzelfall kann die Bejahung des Anordnungsanspruchs Indizwirkung für das Vorliegen des Anordnungsgrunds haben. **Bei einer Fallgestaltung, in der dieser bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes fortschreitend endgültig vereitelt wird, ist die Bejahung des Anordnungsanspruchs für die Prüfung des Anordnungsgrundes in weitem Umfang vorgreiflich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn insoweit auch Grundrechtspositionen von Gewicht in Rede stehen** (BVerfG 3. Kammer des Ersten Senats BeckRS 2009, 39313).

BeckOK VwGO/Kuhla, 52. Ed. 1.7.2019, VwGO § 123 Rn. 131aa

So verhält es sich hier. Es droht eine erhebliche Grundrechtsverletzung, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden kann. Zu keiner anderen Zeit wurde derart tief in die Grundrechte aller Menschen in der Bundesrepublik Deutschland eingegriffen, sodass das ein klarer Fall für die Anwendung der vorgenannten Rechtsprechung ist. Es handelt sich bereits um den **zweiten Lockdown**; die Klageparteien haben ein weiteres Mal das **Totalverbot ihrer Berufsausübung**

Auch die Eilbedürftigkeit hinsichtlich des Feststellungsbegehrens liegt evident vor. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass dem Kläger unter Berücksichtigung seiner Interessen sowie der öffentlichen Interessen und der Interessen Dritter nicht zumutbar ist, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten.

etwa HessVGH, Beschluss vom 5. Februar 1993 – 7 TG 2479/92 –, NVwZ-RR 1993, 387 [389]; Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 123, Rn. 26.

[es folgten Ausführungen zu der Situation der Antragstellerinnen]

Zu berücksichtigen ist ferner die „kurze“ Befristungszeit der beanstandeten Bestimmung. Es ist als ausgeschlossen anzusehen, dass die Kammer über die Hauptsache noch in der Befristungszeit entscheiden kann, sodass **effektiver Rechtsschutz** in dieser besonderen Konstellation letztlich nur als Eilrechtsschutz gewährleistet werden kann. Danach kann – und wird – die Klage zwar als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden, die bereits eingetretenen schwerwiegenden und unzumutbare Nachteile, die durch die tiefgreifende sowie nach hiesiger Ansicht rechtswidrige Grundrechtseingriffe des Antragsgegners entstanden sind, können indes nicht mehr vollständig behoben werden.

Nach hier vertretener Auffassung liegen hier die strengen Voraussetzungen – hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache, sowie schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache – für die Annahme eines Anordnungsgrundes bei allen Antragsgegnerinnen vor. Falls das seitens der Kammer anders beurteilt würde, wird um einen richterlichen Hinweis gebeten.

Im Übrigen ist aber anzumerken, dass in diesen Konstellationen nach hiesiger Ansicht weniger strenge Anforderungen zu stellen sind als in „herkömmlichen“ Eilrechtsverfahren gemäß § 123 VwGO. Nach hiesiger Auffassung sind hier hohe Erfolgsaussichten in Kombination mit dargelegten schwere Nachteile durch eine höchstwahrscheinlich erlittene schwere Grundrechtsverletzung als ausreichend anzusehen, da der Landesgesetzgeber die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle von ministerial erlassenen Verordnungen nicht gewährt.

In einer Zeit, in der so schwerwiegend wie niemals zuvor in der bundesdeutschen Geschichte in die Grundrechte aller sich in Deutschland befindlichen Personen eingegriffen wird, ist es mit dem im Grundgesetz verankerten Recht auf effektiven Rechtsschutz nach hiesiger Ansicht nicht vereinbar, überspannte Anforderungen an die Darlegung eines Anordnungsgrundes in diesen Fällen zu setzen. Das zeigt der Vergleich mit den Anforderungen an den einstweiligen Rechtsschutz im Wege der abstrakten Normenkontrolle. Hier genügt bereits die Möglichkeit einer Verletzung in

subjektiven Rechten und es wird nicht die Darlegung schwerwiegender oder gar unzumutbarer Nachteile verlangt. Ein solcher Antrag hat regelmäßig bereits dann Erfolg, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass die angegriffene Bestimmung höchstwahrscheinlich rechtswidrig ist. Das niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat hierzu in einer stattgebenden Entscheidung am 11.05.2020 postuliert:

„Erweist sich dagegen, dass der Antrag voraussichtlich Erfolg haben wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss.“

Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 11.05.2020 - 13 MN 143/20.

Aufgrund der Dringlichkeit des Anliegens erlauben sich die Unterzeichnenden abschließend die Kammer zu ersuchen, dem Antragsgegner eine kurze Stellungnahmefrist längstens bis zum 10.11.2020 14 Uhr zu gewähren.

(Jessica Hamed)
Rechtsanwältin

(Wolfgang Schärfe)
Rechtsanwalt

[das Originaldokument umfasste 76 Seiten]