



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

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

**Eilt sehr!**

**Bitte sofort vorlegen!**

**Eilverfahren!**

Nur per beA

<b>DATUM</b>	<b>AKTENZEICHEN</b>	<b>DURCHWAHL</b>	<b>E-MAIL</b>
11.11.2020	0931/2020-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de
RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE			

**Normenkontrollantrag und**  
**Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**  
**nach § 47 VwGO**

In dem Verwaltungsrechtsstreit  
des Herrn **Simon Hoyden,** [REDACTED]  
[REDACTED]

**- Antragssteller-**

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwältin Jessica Hamed

Rechtsanwältin Jessica Hamed, Kanzlei Bernard Korn &  
Partner, Hindenburgplatz 3, 55118 Mainz

**g e g e n**

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Minister für  
Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen,  
Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf

**- Antragsgegner -**

**Michael Bernard**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Strafrecht

**Timo Korn**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Familienrecht  
Fachanwalt für Strafrecht

**Prof. Dr. Hanno M. Kämpf**  
Strafverteidiger

**Anna Deus-Cörper**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verkehrsrecht

**Sven Hartmann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Bankkaufmann

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

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

**Jessica Hamed**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Strafrecht

**Nadia Thibaut**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Timo Berneit**  
Rechtsanwalt

**Hanna Wöllstein**  
Rechtsanwältin

---

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

[www.ckb-anwaelte.de](http://www.ckb-anwaelte.de)  
[info@ckb-anwaelte.de](mailto:info@ckb-anwaelte.de)

---

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

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

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

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

wegen: Gesundheits- und Hygienerecht, Maßnahmen der Coronaschutzverordnung Nordrhein-Westfalen

wird unter Verweis auf die beigelegte Kopie der Anwaltsvollmacht angezeigt, dass der Antragsteller von der Unterzeichnerin vertreten wird.

Namens und im Auftrag des Antragstellers wird beantragt,

1. **§ 9 Abs. 1 Satz 1 der Coronaschutzverordnung vom 30. Oktober 2020, in Kraft getreten am 2. November 2020, in der ab dem 10. November 2020 gültigen Fassung für unwirksam zu erklären, soweit die Regelung den Betrieb eines Outdoor-Sportangebots für kontaktloses Training in Kleingruppen mit bis zu 12 Teilnehmenden (plus Trainer\*in) für unzulässig erklärt und**
2. **dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.**

Weiterhin wird beantragt,

1. **im Wege der einstweiligen Anordnung den Vollzug von § 9 Abs. 1 Satz 1 der Coronaschutzverordnung (NRW) vom 30. Oktober 2020, in Kraft getreten am 2. November 2020, in der ab dem 10. November 2020 gültigen Fassung bis zu einer Entscheidung über den Normenkontrollantrag des Antragstellers auszusetzen, soweit die Regelung den Betrieb eines Outdoor-Sportangebots für kontaktloses Training in Kleingruppen mit bis zu 12 Teilnehmenden (plus Trainer\*in) für unzulässig erklärt und**
2. **dem Antragsgegner die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.**

## Begründung

0.

### Vorbemerkung

Diesseits ist bekannt, dass das hiesige Gericht und mutmaßlich sogar der hiesige Senat im Rahmen des 2. Lockdowns bereits die Ansicht vertreten hatte, dass bei summarischer Prüfung sich **noch nicht als offensichtlich** erweise, dass § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als **hinreichende**, dem **Parlamentsvorbehalt** **genügende** Ermächtigungsgrundlage für die derzeit erneut (in § 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaSchVO) geregelten Betriebsverbote aufgrund der sich mit zunehmender Häufung intensivierenden Eingriffe in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG von vornherein nicht mehr in Betracht komme.

Gleichwohl hat sich der Antragsteller entschieden neben der Hauptsache auch ein Eilverfahren zu betreiben.

Warum macht der Antragsteller das? Ist nicht – und darauf wies die Unterzeichnerin pflichtgemäß hin – die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass zumindest der Vortrag, dass es keine ausreichende Rechtsgrundlage für die angeordnete Betriebsuntersagung gibt, im Eilverfahren unter **Rechtsanwältin Jessica Hanisch** Hinweis auf die vorgenannte Auffassung, keinen Erfolg erzielen wird?

Der Antragsteller und die Unterzeichnerin glauben – und das hat nicht zuletzt die gestrige Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg gezeigt – dass Richter\*innen sich von guten Argumenten überzeugen lassen.

Diesseits besteht zwar nach den Ausführungen des 13. Senats die Befürchtung, dass sich die dortigen Richter\*innen scheuen, die Verantwortung zu übernehmen und hasenfüßig eine Entscheidung zeitlich nach hinten schieben, indem sie die Klärung auf das

Hauptsacheverfahren verlagern. Eine Entscheidung, die für alle Menschen in Nordrhein-Westfalen, möglicherweise sogar für alle Menschen in der Bundesrepublik, von überragender Bedeutung ist und das Potenzial hätte, das Vertrauen eines nicht zu unterschätzenden Teils der Bevölkerung in die Rechtsstaatlichkeit wiederherzustellen.

Gleichwohl besteht noch die Hoffnung, dass das Gericht bereit ist, seine Einschätzung zu ändern.

Schließlich sollten die Richter\*innen wissen, wenn sie ehrlich zu sich selbst sind, dass es für dieses „Ausweichmanöver“ nach all den Monaten und den unzählbaren fachlichen Ausführungen von zahlreichen renommierten Wissenschaftler\*innen – auf die punktuell im Folgenden noch ausführlich eingegangen werden darf – keine Veranlassung gibt.

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

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

Es ist nicht die Verantwortung des Gerichts, welche tatsächlichen Folgen aus seiner Entscheidung erwachsen. Wobei anzumerken ist, dass hier, was wir im Folgenden auch darlegen werden, im Übrigen auch keine negativen Folgen zu erwarten sind.

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

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

## I.

### Sachverhalt

Der Antragsteller wendet sich gegen Betriebsuntersagung des § 9 Abs. 1 Satz 1 der Coronaschutzverordnung (NRW) vom 30. Oktober 2020, in Kraft getreten am 2. November 2020, in der ab dem 10. November 2020 gültigen Fassung, soweit dort der Betrieb eines kontaktlosen Outdoor-Sportangebots für Kleingruppen mit bis zu 12 Teilnehmenden (plus Trainer\*in) für unzulässig erklärt wird. Im Folgenden: CoronaSchVO.

Die hier in Rede stehende Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

*„Der Freizeit- und Amateursportbetrieb auf und in allen öffentlichen und privaten Sportanlagen, Fitnessstudios, Schwimmbädern und ähnlichen Einrichtungen ist bis zum 30. November 2020 unzulässig.“*

Der Antragsteller ist Betreiber des Outdoor-Sportkonzepts „PULS 190“ und bietet in diesem Rahmen Outdoor-Trainingskonzepte zur Stärkung der gesamtgesellschaftlichen Gesundheit an. Der Antragsteller betreibt „PULS 190“ seit dem 1. Januar 2020 als Inhaber und Geschäftsführer des Einzelunternehmens. Der Antragsteller, der u.a. einen Weltmeistertitel (Duathlon Langdistanz) errungen hat, ist Inhaber mehrere Trainerlizenzen und bietet verschiedene Outdoor-Trainingskonzepte an. Neben Personaltraining, welches eine deutlich untergeordnete Rolle spielt (ca. [REDACTED]) bietet der Antragsteller vor allem Gruppenkonzepte an. Hierbei werden Abovarianten für Einzelmitgliedschaften (monatliche Mitgliedschaft oder Zehnerkarte Karten) mit verschiedene Kursvarianten -oder Kombinationen angeboten. Darüber hinaus sind die Gruppenkonzepte auch für geschlossene Gruppen, etwa Betriebssport für ein Unternehmen, einzeln

buchbar. Der Antragsteller kann aufgrund des hier beanstandeten Betriebsverbot seit dem 02.11.2020 kein Gruppentraining mehr anbieten. Zwar ist Personaltraining von der Verordnung nicht ausgeschlossen, gleichwohl besteht diesbezüglich, vor dem Hintergrund, dass die Kund\*innen Angst haben, sich rechtswidrig zu verhalten, da es ihnen schwer zu fallen scheint, zu glauben, dass Personaltraining erlaubt ist, aber nicht das Gruppentraining, aktuell keine Nachfrage.

[REDACTED]

[REDACTED]



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Dem Antragsteller gehen außerdem Neuabschlüsse verloren, sodass ihm die Weiterentwicklung seines noch jungen Unternehmens derzeit – erneut – nicht möglich ist. Während der Antragsteller im ersten Lockdown erfreulicherweise keine Kündigung hinnehmen musste, erreichte ihn im Rahmen des zweiten Lockdowns nunmehr am [REDACTED]. Es steht zu befürchten – insbesondere da sich abzeichnet, dass auch im Dezember der Betrieb untersagt bleiben könnte – das weitere Kündigungen erfolgen.

Das Training findet in Kleingruppen mit maximal 12 Teilnehmenden auf öffentlichen Flächen, deren Benutzung gestattet ist, statt. Namentlich in Industriegebieten, oder vor Messhallen in Dortmund und im Kreis Recklinghausen.

Der Antragsteller durfte nach dem ersten Lockdown erst ab dem 8. Mai 2020 den Gruppentrainingsbetrieb unter strengen Hygienevorschriften wieder aufnehmen.

Das erfolgreiche und durchdachte Hygienekonzept sieht wie folgt aus:

[es folgten Ausführungen zum Hygienekonzept]

Nicht zuletzt aufgrund der überobligatorische Erfüllung des länderspezifischen Hygienekonzepts gab es im Rahmen des Betriebs des Antragstellers trotz seit Anfang Mai bis Ende Oktober 2020 durchgängigen Kursbetrieb weder die Meldung eines SARS-CoV-2-Verdachts noch eines positiven Falls, sodass seitens des Gesundheitsamts kein einziges Mal Daten zum Zwecke der Kontaktnachverfolgung beim Antragsteller erbeten wurden. Es kam auch zu keiner einzigen Beanstandung des Hygienekonzepts. (zu alledem: eidesstattliche Versicherung vom Antragsteller vom 11.11.2020, beigelegt als Anlage 1a; Vorstellung des Unternehmens, beigelegt als Anlage 1b).

## II.

### Rechtliche Würdigung

Der Normenkontrollantrag ist zulässig und begründet.

Der Antrag ist gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. V. m. § 109a JustG NRW statthaft.

Der Antragsteller ist auch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt.

Rechtsanwältin Jessica Hamed  
Nach dieser Vorschrift kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Für die Antragsbefugnis wird hiernach vom Antragsteller die konkrete und substantiierte Darlegung der Möglichkeit verlangt, dass die angegriffene Norm an einem für ihre Rechtsgültigkeit beachtlichen Fehler leidet und der Antragsteller dadurch in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt wird bzw. werden wird.

Vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 7. August 2013 - 7 C 897/13.N -, juris, Rn. 20.

An die Geltendmachung einer Rechtsverletzung nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind insbesondere keine höheren Anforderungen zu stellen, als nach § 42 Abs. 2 VwGO.

Vorliegend besteht die Möglichkeit, dass der Antragsteller in subjektiven Rechten verletzt ist.

Der Antragsteller ist in seinen 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 betroffen. Eine Verletzung seiner Rechte ist offenkundig möglich, soweit der Betrieb des Antragstellers in rechtswidriger Weise gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaSchVO untersagt ist. Die hier beanstandete Norm postuliert ein unmittelbares Verbot, das keines Umsetzungsaktes bedarf.

Der Normenkontrollantrag ist auch begründet.

Die angegriffene Vorschrift ist in dem angegriffenen Umstand ungültig und mithin für unwirksam zu erklären (vgl. § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 VwGO). Sie verstößt gegen höherrangiges Recht.

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 des Antragstellers. 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.).

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Im Einzelnen:

1.

### **Schutzbereich-Eingriff**

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

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

Auch wird in die **allgemeine Handlungsfreiheit** des Antragstellers eingegriffen.

Dem Antragsteller ist es untersagt, Outdoor-Gruppenkurse anzubieten. Es handelt sich hierbei um einen erheblichen Eingriff in die wirtschaftlichen Freiheiten, insbesondere der Berufsfreiheit des betroffenen Antragstellers. Durch die Betriebsuntersagung 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 denkllogisch 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>;

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona-Schutzschild/2020-11-05-faq-ausserordentliche-wirtschaftshilfe.html>

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Fernab der Überlegung, ob es wirtschaftlich sogar von Vorteil sein könnte – wobei davon bei dem letzten „Hilfspaket“, wie in der eidesstattlichen Versicherung ausgeführt, kaum ausgegangen werden kann –, derartige Unterstützungsleistungen zu beziehen, ist für den Antragsteller jedenfalls zu konstatieren, dass er deshalb Unternehmer geworden ist, weil er aus eigener Kraft und durch eigene Arbeit wirtschaftlichen Erfolg erzielen möchte. Er will nicht auf die Almosen des Staates angewiesen sein und er muss sich auch nicht darauf verweisen lassen.

Der Staatsrechtslehrer *Professor Uwe Volkmann* analysierte bereits am 01.04.2020 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. Der Antragsteller sieht sich dabei – soweit ersichtlich – im Einklang mit sämtlichen Vertreter\*innen der Rechtslehre, die sich bisher zu dieser Frage geäußert haben (z.B. Trute, JM 2020, 291, 295; zuletzt Volkmann, NJW 2020, 3153; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281).

Auch sei 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.).

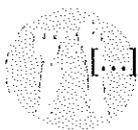
### Rechtsanwältin Jessica Hamed

Der Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Insoweit muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Zwar gebietet Art. 12 Abs. 1 GG nicht, dass jede Einschränkung der Berufsfreiheit stets unmittelbar durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst angeordnet werden muss. Jedoch sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung umso höher, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker die Interessen der Allgemeinheit von der Art und Weise der

Tätigkeit berührt werden (BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990 - 1 BvR 355/86 - BVerfGE 82, 209, 224; BVerwG, Beschl. v. 07.09.1992 - 7 NB 2/92 - BVerwGE 90, 359, 362; Urt. v. 16.10.2013 - 8 CN 1/12 - BVerwGE 148, 133).

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

(2) Nach diesem Maßstab ist offen, ob die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung in § 32 Satz 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG im Hinblick auf die landesweite Schließung von Verkaufsstellen und privaten Dienstleistungsbetrieben, die sich auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, dem Vorbehalt des Gesetzes in seiner Ausprägung als Parlamentsvorbehalt genügt.



#### RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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 das Verwaltungsgericht Mainz mit Beschluss vom 29.04.2020 (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„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: SaarIOVG, Beschluss vom 27. April 2020 - 2 B 143/20 -, S. 10 BA; offengelassen für Betriebsuntersagung in Bezug auf Gaststätten: SaarIOVG, 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 Unterzeichnerin):

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

Bayerischer VGh, Beschluss vom 29.10.2020 - 20 NE 20.2360.

Zuletzt äußerte auch das Verwaltungsgericht Mainz erhebliche Zweifel an der Rechtsgrundlage. Mit Beschluss vom 01.11.2020 (Az: 1 L 843/20)

- der aufgrund dessen, dass der Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden sein soll, abschlägig war - äußerte es 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 Verordnungsregime – 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 Unterzeichnerin):

„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 Auflegung 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 unternehmerischen Bemühungen und Erfolge des Antragsstellers 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 Unterzeichnerin):

„Ein Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten **bedarf einer in der Regel förmlichen, parlamentarischen** (vgl. zuletzt VerfGH 21.01.2020 Lv 15/19 unter B 3 c) **Ermächtigung**, die die zu erhebenden personenbezogenen Daten als solche, den Anlass und den spezifischen Zweck der Erhebung, die Art und Dauer der Aufbewahrung sowie ihre Löschung normenklar und bestimmt regelt und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (vgl. **Rechtsanwältin Jessica Hähnel** 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 2 zu der Akte gereicht wird, heißt es u.a.:



Rechtsanwältin Jessica Hamed

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.

Auch das VG Hamburg hat am 10.11.2020 dem Eilantrag eines Fitnessstudiobetreibers stattgegeben und dort ausgeführt (13 E 4550/20) (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Auch sei auf die jüngste Äußerung des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen Papier*, hingewiesen. Im Interview mit der "Neuen Osnabrücker Zeitung" (NOZ) sagte Papier (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

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

Persilschein. Dem Sinn und Zweck des grundgesetzlichen Parlamentsvorbehalts ist damit meines Erachtens nicht entsprochen"

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

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

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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

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

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

die Rechtsgrundlagen der Corona-Schutzmaßnahmen im IfSG präzisieren soll.

[...]

Um die Bewertung vorwegzunehmen: Der Entwurf **verkennt die Bedeutung des Parlamentsvorbehalts und des Bestimmtheitsgebots**. Der Parlamentsvorbehalt verpflichtet den Gesetzgeber nicht nur, wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass eine Norm so formuliert ist, dass das Verhalten der Behörden nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt wird und die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können. Diese Anforderungen sind umso strenger, je intensiver die Grundrechtseingriffe sind, die die Vorschrift ermöglichen soll. Mit anderen Worten: Es reicht nicht aus, dass der Gesetzgeber Maßnahmen im Gesetz schlagwortartig aufführt – er muss ihr Ziel, ihre Voraussetzungen und ihre Grenzen festlegen. Positiv zu bewerten ist immerhin, dass die Anwendung dieser Maßnahmen an die Feststellung der epidemischen Lage nationaler Tragweite durch den Bundestag geknüpft werden soll. § 5 Abs. 1 IfSG sieht allerdings nach wie vor keine materiellen Voraussetzungen für diese Feststellung vor, so dass diese Verknüpfung nicht zur Vorhersehbarkeit der Maßnahmen beiträgt. Die **Verwaltungsgerichte werden weiterhin nicht wissen, an welchem Zweck sie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen überprüfen sollen. Einen sensiblen Umgang mit den besonders grundrechtsrelevanten Fragen, die in den letzten Monaten diskutiert wurden – z.B. Versammlungsverbote ohne Prüfung des Einzelfalls, Kontaktbeschränkungen im privaten Raum –, lässt dieser Entwurf nicht erkennen.**“

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

Im Rahmen ihrer Stellungnahme als Einzelsachverständige im Rahmen einer öffentlichen Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 12.11.2020 äußerte sie sich u.a. wie folgt (Anlage 3):



#### B. Vorbemerkung

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

Wesentlichkeitstheorie bzw. Parlamentsvorbehalt verpflichten den Gesetzgeber, „wesentliche, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht anderen Normgebern oder der Exekutive zu überlassen“. Auch der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass eine Norm so formuliert ist, dass das Verhalten der Behörden nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt wird und die Gerichte an diesem Maßstab das behördliche Vorgehen kontrollieren können<sup>2</sup>. Diese Anforderungen sind umso strenger, je intensiver die Grundrechtseingriffe sind, die die Vorschrift ermöglichen soll<sup>3</sup>. Die Bedeutung von Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz kann wie folgt konkretisiert werden:

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

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

### C. Bewertung des § 28a

#### I. Parlamentsvorbehalt/Bestimmtheitsgebot

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

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

Diesseits ist wie in der Vormerkung angeklungen, bekannt, dass der 13. Senat zuletzt mit Beschluss vom 09.11.2020, Az. 13 B 1656/20.NE dieser Auffassung im Eilverfahren nicht gefolgt ist.

Im Beschluss vom 06.11.2020, Az. 13 B 1657/20.NE, hielt der 13. Senat es (immer noch) nicht für möglich die hier aufgeworfene – und seit März diskutierte – Rechtsfrage zu entscheiden und äußerte sie u.a. wie folgt (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„I. 1. Bei summarischer Prüfung erweist sich **noch nicht als offensichtlich**, dass § 32 Satz 1 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG als hinreichende, dem Parlamentsvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage für die derzeit erneut (in § 9 Abs. 1 Satz 1 CoronaSchVO) geregelten Betriebsverbote aufgrund der sich mit zunehmender Häufung intensivierender Eingriffe in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG von vornherein nicht mehr in Betracht kommt. Zwar gewinnen die in der Rechtsprechung des erkennenden Senats bereits angesprochenen, zu Beginn der Pandemielage jedoch verworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 IfSG als Grundlage für allgemeine flächendeckende Betriebsverbote,

siehe insoweit grundlegend Beschluss vom 6. April 2020 - 13 B 398/20.NE -, juris, Rn. 37 ff.; vgl. ferner etwa Beschluss vom 23. Juni 2020 - 13 B 695/20.NE -, juris, Rn. 43 ff., m. w. N.,

mit Fortdauer der Pandemielage und Wiederholung der verordneten Betriebsschließungen zunehmend Gewicht. Insoweit spricht einiges dafür, dass der Gesetzgeber auf Dauer besonders grundrechtsintensive flächendeckende Maßnahmen, wie etwa Untersagungen unternehmerischer Tätigkeiten, selbst tatbestandlich und auf Rechtsfolgenseite konkretisieren und möglicherweise auch eine Entscheidung über etwaige Entschädigungsleistungen (wie sie bereits im 12. Abschnitt des Infektionsschutzgesetzes für andere Sachverhalte normiert wurden) treffen muss.

Vgl. dazu nunmehr den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 3. November 2020, BT-Drs. 19/23944, der in einem neuen § 28a IfSG für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite insbesondere Betriebsschließungen ausdrücklich vorsieht.

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

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

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

Vgl. zuletzt zu § 32 Satz 1 und 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 IfSG als hinreichende Ermächtigungsgrundlage für Betriebsverbote: VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 6. Oktober 2020 - 1 S 2871/20 -, juris, Rn. 30 (offen gelassen); zu Eingriffen in die Berufsfreiheit durch das Verbot von Zuschauern bei Sportveranstaltungen: Bay. VGH, Beschluss vom 16. September 2020 - 20 NE 20.1994 -, juris, Rn. 17; siehe auch Bay. VerfGH, Entscheidung vom 21. Oktober 2020 - Vf. 26-VII-20 -, juris, Rn. 17 f.“

Die Kommentierung dieser Rechtsauffassung soll dem Staatslehrer *Volkman* überlassen werden (Hervorhebungen durch die Rechtsanwältin *Jessica Flamed* Unterzeichnerin):

„Man kann darüber streiten, ob das dort wirklich für alle Standardmaßnahmen erforderlich ist: Braucht es wirklich für so harmlose und wenig eingriffsintensive Maßnahmen wie die Befragung oder auch die behördliche Meldeauflage **eine eigenständige Ermächtigung**, wie sie nun in immer mehr Polizeigesetzen enthalten ist? Aber **jedenfalls für die eingriffsintensiven Maßnahmen von den Betriebs- und Geschäftsschließungen über die Veranstaltungsverbote bis hin zu den Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen lässt sich das nicht ernsthaft diskutieren**; der einzige Unterschied zu der

Entwicklung im Polizeirecht ist, dass sich hier Vertypung und Verfestigung nicht über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstrecken, 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 Übergangs- mittlerweile zu einem Dauerzustand geworden, dessen Ende nicht absehbar ist. Auch für die Gerichte wäre es deshalb an der Zeit, den zu Beginn der Krise in Bezug auf einzelne Maßnahmen wie Versammlungsverbote oder Betriebsschließungen gelegentlich angebrachten, dann aber offenbar wieder in Vergessenheit geratenen Vorbehalt einer zeitlichen Begrenzung des Rückgriffs auf die Generalklausel nun auch zu aktivieren und ihre Kontrollaufgabe auch in diesem Punkt ernst zu nehmen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed  
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.

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

Dem Fazit von Volkmann ist nichts hinzuzufügen.

RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

### 3. Inanspruchnahme von Nichtstörer\*innen

Die durch die angegriffene Bestimmung 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 Sportanlagenbetreiber\*innen die sich auf dem Staatsgebiet des Landes Nordrhein-Westfalen befinden, unabhängig davon ob sich dort Kranke, Krankheitsverdächtige, 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 der Antragsteller einer ist – 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 Verhaltensmaßnahmen 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 Gesetzssystematik** 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 hervorzuheben, dass es sich beim Antragsteller nicht um einen Störer handelt. Bei ihm hat sich kein einziges Mal 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 schließlich der Fall.

Rechtsanwältin Jessica Flamed

Die Zunahme der auf SARS-CoV-2 positiv Getesteten ist keinesfalls auf ein Infektionsgeschehen im kontaktlosen Outdoor-Sport 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 10.11.2020 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\\_2020/2020-11-10-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-10-de.pdf?__blob=publicationFile)

Es gibt ferner keine wissenschaftliche Evidenz dafür, dass es zu Infektionen im Sport im Freien unter Wahrung eines Abstandes von 1,5 Meter kommt. Der Antragsteller ist daher wie dargelegt ein Nichtstörer. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Hamburg ist dieser Umstand besonders zu berücksichtigen.

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 des Antragstellers, der **Sport im Freien** anbietet, 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 Gefahreinschätzung (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 Gefahreneinschätzung – 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 Nordrhein-Westfalen aus, der eine in Teilen und für Teile der Bevölkerung tödlich verlaufenden 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 Gefahreneinschätzung des Landesverordnungsgebers hat dieser ein normatives Schutzkonzept in Kraft gesetzt, das im Zusammenhang der hier angegriffenen Vorschriften auf zwei 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.

Die erste normative Stufe zeigt sich z.B. in der Betriebsuntersagung der Clubs, Diskotheken und ähnlichen Einrichtungen (vgl. § 10 CoronaSchVO), in der Betriebsuntersagung für Gastronomiebetriebe nahezu jeder Art (vgl. § 14 Abs. 1 CoronaSchVO), in der Betriebsuntersagung für Oper- und Konzerthäuser, Museen, Kunstausstellungen und ähnlichen Einrichtungen (§ 8 Abs. 1 CoronaSchVO), in der Betriebsuntersagung des Freizeit- und Amateursportbetriebs (vgl. § 9 Abs. 1 CoronaSchVO) usw.

Die zweite normative Stufe zeigt sich z.B. bei Gastronomiebetrieben in der Gestattung der Abgabe und Lieferung von mitnahmefähigen Speisen (vgl. § 14 Abs. 2 CoronaSchVO), bei Verkaufs- und Warenausgabestellen des Einzelhandels in der Gestattung unter Beachtung von bestimmten Hygienevorgaben zu öffnen (vgl. z.B. § 4 CoronaSchVO).

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. der Betrieb des Antragstellers 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 weniger gefährlich einstuft, so dass er sie zulässt, dies aber nur unter Beachtung bestimmter normativen infektionsschutzrechtlichen und hygienerechtlichen Vorgaben, die sanktionsbewehrt sind. Hierunter fällt z.B. die Öffnung von Verkaufs- und Warenausgabestellen des Einzelhandels, sowie der Außerhausverkauf von Speisen und die Gestattung des Trainings und des Wettkampfs im Profisport (§ 9 Abs. 3, Abs. 4 CoronaSchVO) 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 stellte 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 der Betrieb des Antragstellers – **kontaktloser Sport im Freien** – unter ein

Totalverbot gestellt wird. Und das, obwohl sich das Hygienekonzept der des Antragstellers, wie oben umfassend dargelegt, bewährt hat.

Vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller, wie im Sachverhalt dargestellt, Kraftanstrengungen unternommen hat, um eine sichere Trainingsteilnahme zu gewährleisten, ist diese Ungleichbehandlung nicht einsichtig. Der Antragsteller hat ein umfassendes Hygienekonzept erarbeitet und bei ihm ist es nicht einmal zu einer Anfrage seitens des Gesundheitsamts oder zu Beanstandungen seitens des Ordnungsamts gekommen.

Offensichtlich ist dem Antragsteller umfassend der Betrieb zu gestatten. Vor dem Hintergrund, dass es – wie bereits beim letzten Mal – keinerlei Einschränkungen beim Öffentlichen Personennahverkehr gibt, obgleich dieser – dafür muss man keine besonders fundierten epidemiologischen Kenntnisse besitzen – evident als Risikoraum anzusehen ist:

„Die SPD-Opportition hat eine Aktuelle Stunde zum „ÖPNV als Infektions-Hotspot“ ins Parlament gebracht.“

<https://www.come-on.de/nordrhein-westfalen/corona-nrw-aktuell-zahlen-news-laschet-regeln-lockdown-karneval-private-feiern-covid-19-sars-cov-2-inzidenz-quarantaene-rki-90087558.html>

kann für eine derartige Regelung auch aus diesem Grund 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, dem Antragsteller aber untersagt ist, kontaktlosen Outdoor-Sport in Kleingruppen anzubieten.

Sofern man andenkt, eine sachliche Rechtfertigung in der gewöhnlichen Verweildauer im Training erblicken, so trägt dies nicht. Es ist nicht typischerweise von einer längeren Verweildauer beim Training (60 bis 90 Minuten) im Vergleich zu einem Ladengeschäft des Einzelhandels (z.B. Möbel- oder Bekleidungsgeschäft, Autohaus, Buchhandlung) auszugehen. Es liegt ferner auf der Hand, dass davon ausgegangen werden kann, dass der gebotene Abstand zwischen den einzelnen Sporttreibenden besser sichergestellt werden kann, als in kleinteiligen Ladengeschäften mit seinen Auslagen und Vorrichtungen zum Feilbieten der Waren.

Am Offensichtlichsten für die nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung sticht die Erlaubnis der Öffnung von Friseurbetriebe ins Auge. 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 beim Training des Antragstellers zu keinem Infektionsgeschehen gekommen ist, muss dies auch für ihn gelten. Anders als beim Friseur kann und wird hier Abstand gehalten. Zudem entsteht hier auch ersichtlich kein Problem im Zusammenhang mit einer etwaigen zu hohen Aerosolbelastung – wobei es, soweit

ersichtlich, auch noch keine wissenschaftliche Evidenz für einen derartigen Übertragungsweg gibt.

Schließlich ist zu konstatieren, dass es kein besseres Lüftungskonzept geben kann, als dass man – wie der Antragsteller seit je her macht – sich ins Freie verlegt. Welcher Friseur, welches kleines Ladengeschäft kann mit seinem Lüftungskonzept damit mithalten? Damit – durch das Training im Freien – ist der erhöhte Aerosolausstoß bei der sportlichen Betätigung jedenfalls zweifelsohne kompensiert.



RECHTSANWÄLTIN UND FACHANWÄLTIN

Warum meint der Verordnungsgeber zudem ausgedehnte Shoppingtouren durch alle erdenklichen Einkaufsläden seien weniger gefährlich, als das Betreiben von Sport im Freien unter Abstandswahrung?

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

Abschließend ist auch darauf hinzuweisen, dass der Verordnungsgeber im Mai 2020 noch zwischen dem Outdoor-Sport und Indoor-Sport unterschieden hatte, so war der kontaktlose Outdoor-Sport vor dem Betrieb von Sporthallen erlaubt:

#### **Sport und Freizeit**

Für den Sport- und Freizeitbereich gelten folgende Stufen:

Ab Donnerstag (7. Mai 2020) ist der Sport- und Trainingsbetrieb im kontaktlosen Breiten- und Freizeitsport wieder erlaubt – sofern der Sport auf öffentlichen oder privaten Freiluftsportanlagen oder im öffentlichen Raum stattfindet.

Ein Abstand zwischen Personen von 1,5 Metern und die Einhaltung strikter Hygiene- und Infektionsschutzmaßnahmen müssen gewährleistet sein. Dusch-, Wasch-, Umkleide-, Gesellschafts- und sonstige Gemeinschaftsräume dürfen nicht genutzt werden. Zudem sind Zuschauerbesuche vorerst untersagt. Bei Kindern unter 12 Jahren ist jedoch das Betreten der Sportanlage durch jeweils eine erwachsene Begleitperson zulässig.

Der Reitsport ist auch in geschlossenen Reitsportanlagen und Hallen zulässig.

Ab 11. Mai ist die Öffnung von Fitnessstudios, Tanzschulen und Sporthallen/Kursräumen der Sportvereine unter strengen Abstands- und Hygieneauflagen wieder möglich.

<https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/ministerpraesident-armin-laschet-stellt-nordrhein-westfalen-plan-vor>

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.

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Vergleichbares gilt im Übrigen auch 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 rechtfertigt 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 bundesweiteres oder landesweites touristisches Reiseverhalten zu verursachen geeignet seien, das wiederum der Eindämmungsstrategie entgegenstehe, kann dies nicht überzeugen. Denn sofern 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. RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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 vormalig 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 tritt klar zu Tage, dass der Verordnungsgeber aus nicht nachvollziehbaren Gründen, mithin verfassungsrechtlich nicht tragbaren Gründen, an einer Vielzahl von Stellen sein eigenes Schutzkonzept durchbricht und im Hinblick auf seine Gefahreinschätzung 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.

Die wichtigsten Gesichtspunkte sollen jedoch schon jetzt kurz angerissen werden:

aa.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der seitens des Verordnungsgebers als kritisch angesehene Grenzwert (50 auf 100.000 Einwohner\*innen) bei der 7-Tage-Inzidenz - welchen auch das hiesige Gericht im Rahmen seiner Überlegungen zum legitimen Zweck zu Grunde legt (Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. November 2020 - 13 B 1657/20.NE -, juris Rn. 30 f.) - 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 andenken, 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. Insbesondere hängt er deutlich von der Zahl der

Testungen ab. So ist es im Extremfall denkbar, dass der kritische Wert bereits durch ausschließlich falsch-positive Tests erreicht wird, wenn unter starkem Einsatz von Single-Target-Tests extrem viel getestet wird.

Es ließe sich diesbezüglich noch vieles 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 4**).



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

### **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 derzeit 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.

bb.

Nur kurz sei bereits jetzt erlaubt, da es von **immenser Bedeutung** ist, auf die **fehlende Aussagekraft der verwendeten PCR-Tests zum Nachweis einer Infektiösität** – und darauf kommt es letztlich an, **denn nur ein infektiöser Mensch kann andere Menschen anstecken** – hinzuweisen:



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

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

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

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

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

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

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

Denkbar (und auch beschrieben) ist z.B. das Vorhandensein von kurzen Bruchstücken viralen Erbguts oder inaktivierter ("toter") Viren auf den Schleimhäuten des Probanden. Eine Infektion

(definiert als die Vermehrung von Virus in den Zellen des Getesteten) sowie die Infektiösität (definiert als die Freisetzung vermehrungsfähiger Viren) ist daher erst einmal nicht zu beurteilen.

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

Allein das klinische Gesamtbild (positiver Virusnachweis, passende Symptomatik eines akuten respiratorischen Infekts mit entsprechenden klinischen und apparativ-diagnostischen Befunden, radiologische Zeichen einer interstitiellen Pneumonie) kann eine Infektion mit SARS-CoV-2 feststellen - alles darüber hinaus sind zunächst einmal lediglich positive Testergebnisse unklarer Signifikanz.“

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

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

„In seltener Eintracht teilten kürzlich Virologe Hendrik Streeck und SPD-Gesundheitsexperte Karl Lauterbach einen Artikel der "New York Times". Darin geht es darum, dass in den USA sehr viele Menschen positiv getestet werden, obwohl sie wahrscheinlich gar nicht ansteckend sind. Denn beim Standard-PCR-Test gibt's grundsätzlich nur zwei mögliche Ergebnisse: Ja oder Nein. Anders ausgedrückt: Der Test ist

eigentlich nur dazu da, das Virus nachzuweisen. Ein positiver Befund sagt nichts darüber aus, ob ein Patient krank ist, war oder wird. Und man weiß auch nicht, ob er ansteckend ist.

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

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

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

#### **Erhebungen zu SARS-CoV-2-Labortestungen in Deutschland**

Das RKI erfasst wöchentlich die SARS-CoV-2-Testzahlen. Hierfür werden deutschlandweit Daten von Universitätskliniken, Forschungseinrichtungen sowie klinischen und ambulanten Laboren zusammengeführt. Die Erfassung basiert auf einer freiwilligen Mitteilung der Labore und erfolgt über eine webbasierte Plattform (VOXCO, RKI-Testlaborabfrage) oder in Zusammenarbeit mit der am RKI etablierten, laborbasierten SARS-CoV-2-Surveillance (eine Erweiterung der Antibiotika-Resistenz-Surveillance, ARS), dem Netzwerk für respiratorische Viren (RespVir) sowie der Abfrage eines labormedizinischen Berufsverbands. Bei den erhobenen Daten handelt es sich um eine freiwillige und

keine verpflichtende Angabe der Labore, so dass eine Vollerfassung der in Deutschland durchgeführten PCR-Tests auf SARS-CoV-2 zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorliegt. Die hier veröffentlichten Daten liefern daher Hinweise zur aktuellen Situation in den Laboren, erlauben aber keine detaillierten oder regionalen Auswertungen sowie Vergleiche mit den gemeldeten Fallzahlen.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Nov\\_2020/2020-11-04-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-04-de.pdf?__blob=publicationFile)

Eine Mitteilung, mit welchem Ct-Wert bei den positiven Tests gearbeitet wurde, erfolgt jedoch – soweit ersichtlich – nicht. Dabei handelt es sich

hierbei um eine hochrelevante Information für die Frage der Aussagekraft der positiven Testergebnisse und damit für die Frage der Rechtmäßigkeit aller auf diesen Daten beruhender Grundrechtseingriffe.

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

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

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

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

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

Auf Nachfrage von NDR, WDR und Süddeutsche Zeitung gaben 73% der 137 auf Nachfrage antwortenden Gesundheitsämter in

Deutschland allerdings an, bei einem positiven PCR-Test den Ct-Wert von den Laboren selten oder nie mitgeteilt zu bekommen.

Vgl. vorgenannte Quelle.

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

vgl.

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Nov\\_2020/2020-11-10-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-10-de.pdf?__blob=publicationFile), dort S. 2.

Kritisch hierzu äußerte sich aus juristischer Sicht jüngst auch Herr Kollege *Dr. Johannes Neyses* in seinem Beitrag „Coronakrise – eine Bewährungsprobe für Demokratie und Rechtsstaat“ (Anlage 5). Dort heißt es u.a.:

Rechtsanwältin Jessica Hamed  
[Bilder des Beitrags herausgenommen]

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

cc.

Aus den Instand-Ringversuchen zwecks verschiedener Validierungen im Rahmen der SARS-CoV-2-Labordiagnostik ist zudem bekannt: Für den Corona-Erkältungsvirus „HCoV 229E“ waren die Fehlerquoten für alle im April untersuchten Gen-Abschnitte **besonders schlecht**, sie lagen

im Durchschnitt bei 7,6% (d. h. 92,4% Erfolgsquote), variierten zwischen 85,4% und 95,7%:

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

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

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

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

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

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

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

„Viele Labore setzen zum Nachweis von SARS-COV-2 PCR-Verfahren ein, die nur das E-Gen des Virus erkennen. Diese Tests sind kostengünstig und zeichnen sich durch eine hohe Sensitivität aus. Da das E-Gen, welches lediglich die Virushülle codiert, aber nicht spezifisch für SARS-CoV-2 ist, sondern auch andere Coronaviren (Sarbecoviren) erkennt, wurden früher E-Gen-positive Proben mit einer zweiten PCR untersucht, um sicherzustellen, dass es sich wirklich um SARS-CoV-2 handelt.“

Biovis' Fachinformation:08/2020 „SARS-CoV-2/ COVID-19 Teil 3. SARS-CoV-2-Diagnostik: kritischer Rückblick und Update für die bevorstehende Grippesaison“, S. 5 unten: [www.biovis-diagnostik.eu/wp-content/uploads/Biovis\\_SARS-CoV-2\\_Teil3\\_DE.pdf](http://www.biovis-diagnostik.eu/wp-content/uploads/Biovis_SARS-CoV-2_Teil3_DE.pdf).

Aus einer anderen Quelle geht hervor:

„Die Deutsche Presse-Agentur hat beispielhaft mehrere große Labore angefragt. Konkret geantwortet hat Synlab, ein Anbieter, der nach eigenen Angaben aktuell bis zu 80.000 Tests pro Woche durchführt. Synlab schreibt, dass standardmäßig nicht auf

mehrere Genstellen getestet wird. Auch werde nicht jedes positive Testergebnis mit einem Zusatztest bestätigt.“

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

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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

*Bei Dual-Target-Tests verringert sich eine solche Fehlerquote zwar deutlich, bleibt aber dennoch bei knapp 1%, wenn man für Single-Target-Tests bei Auftreten dieses spezifischen Erkältungsvirus von der o. g. durchschnittlichen Fehlerquote von knapp 10% ausgeht (wenn knapp 1/10 der Untersuchungen für einen Genabschnitt sowie knapp 1/10 der Untersuchungen für eines weiteren Genabschnitt falsch positive Ergebnisse erbringen, ergibt sich für die „Kombinationsmöglichkeiten“ beider Genabschnitts-Untersuchungen: von den 100 theoretisch möglichen Kombinationen tritt knapp einmal das Zusammentreffen von zwei falsch positiven Genabschnitts-Ergebnissen auf).*

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

Jahreszeitliche Verteilung der HCoV 229E-IgM-Ak-Nachweise

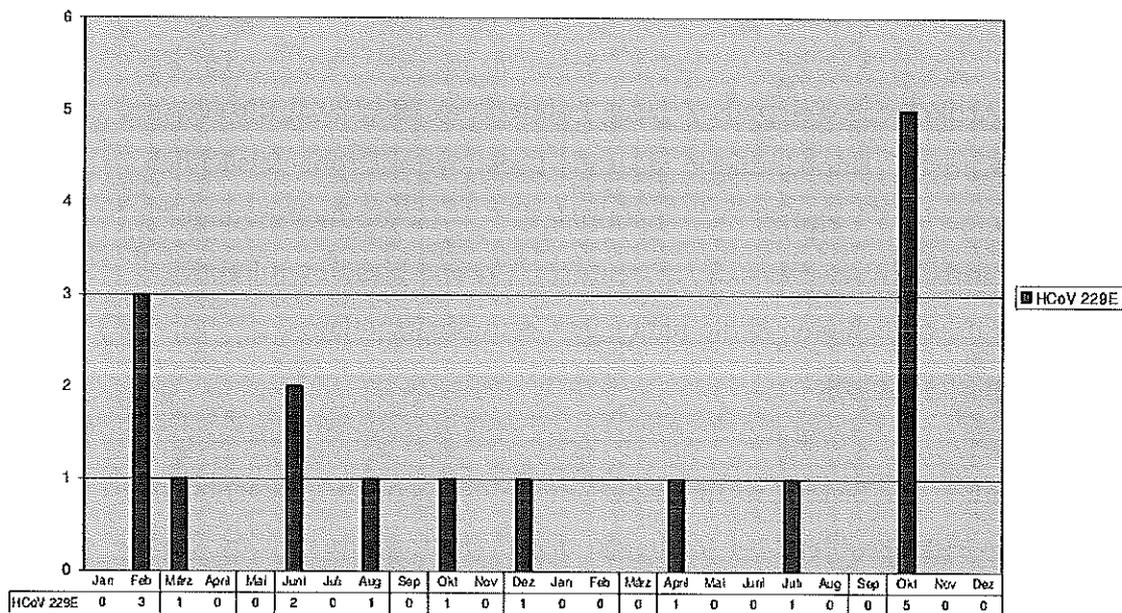


Abb.19: Jahreszeitliche Verteilung der HCoV 229E-IgM-Ak positiven Patienten (Anzahl Nachweise in Absolutangaben)

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

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

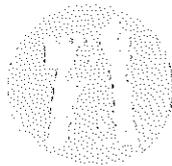
Im Übrigen kann auch - trotz der ansteigenden Anzahl an Intensivpatient\*innen - nicht von einem drohenden Gesundheitsnotstand ausgegangen werden.

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

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

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

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



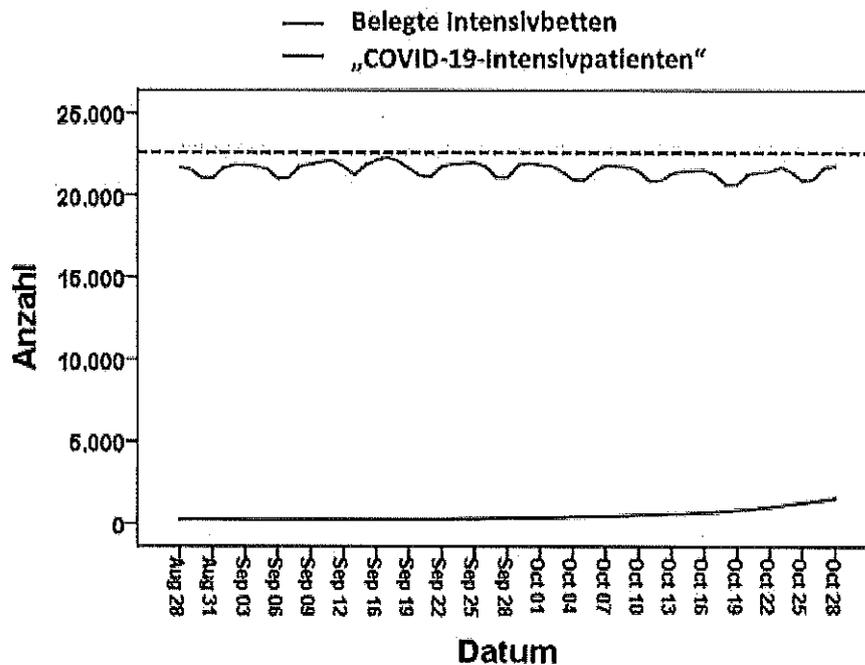
Rechtsanwältin Jessica Flamed

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

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

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

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



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

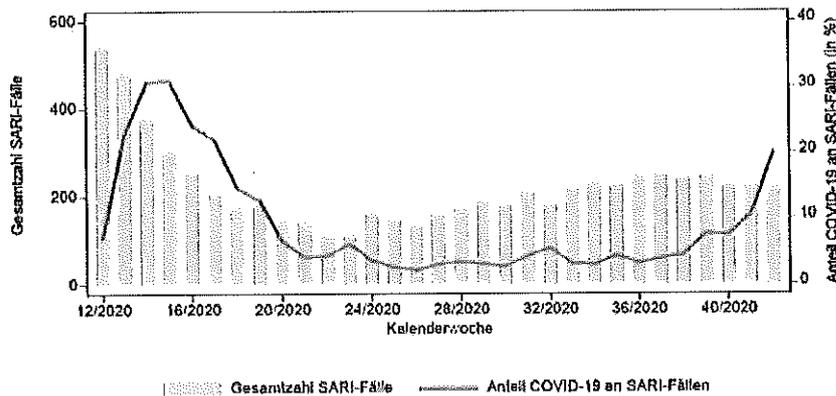


Abb. 5: Wöchentliche Anzahl der SARI-Fälle (ICD-10 Codes J09 – J22) sowie Anteil der Fälle mit einer zusätzlichen COVID-19 Diagnose (ICD-10-Code U07.1) unter SARI-Fällen mit einer Verweildauer bis zu einer Woche von der 12. KW 2020 bis zur 42. KW 2020, Daten aus 71 Sentinelkliniken.

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

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

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

### Der Anstieg von Atemwegserkrankungen in der Bevölkerung

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

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

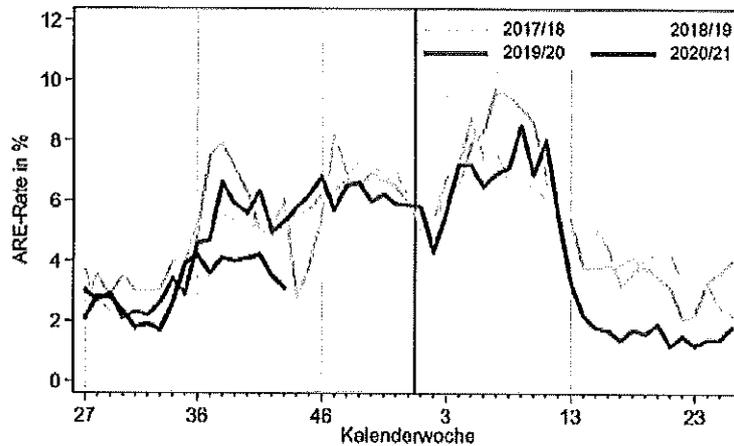


Abb. 1: Vergleich der für die Bevölkerung in Deutschland geschätzten ARE-Raten (in Prozent) in den Saisons 2017/18 bis 2020/21, 43. KW 2020. Der schwarze, senkrechte Strich markiert den Jahreswechsel.

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

Rechtsanwältin Jessica Hamed

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

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

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

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

Lars Schaade

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

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

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

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

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

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

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

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

*Biovis Diagnostik*

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

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

*dpa*

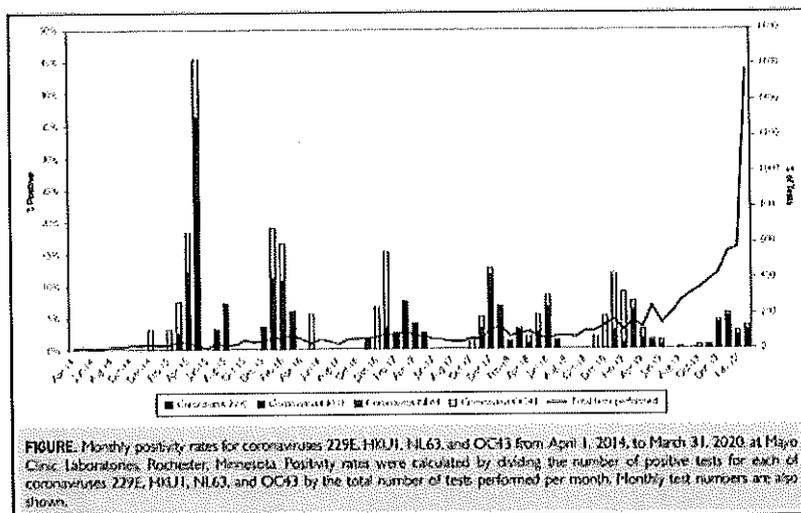
Wie in der Fachinformation der Firma Biovis Diagnostik beschrieben, ist insbesondere ein bloßer Test auf das E-Gen problematisch, da laut der Fachinformation bei einem Nachweis des E-Gens nicht spezifisch auf das Vorhandensein des Virus SARS-CoV-2 geschlossen werden kann, sondern womöglich eine Infektion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

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

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

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

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



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

### Aktuelle Belege für die Problematik falsch-positiver Testergebnisse

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

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

*Münchner Merkur*

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

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

*MVZ-Labor*

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

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

*BR24*

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

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

*Die Welt*

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

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

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

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

### Die Zahlen aus anderen Ländern

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

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

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

Rechtsanwältin Jessica Hamed

## Schlussfolgerungen

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

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

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

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



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

[REDACTED]



[REDACTED]

Dochteamtätin Jaccia Hamad

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] FACHANWÄLTE

[REDACTED]

Dachle univärlin laccia llunod

[REDACTED]

[REDACTED]

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

dd.

Es sei an dieser Stelle auch noch erlaubt anzumerken, dass sich in der Vergangenheit in verschiedenen Bundesländern - u.a. in einem von der Unterzeichnerin in Bayern mitgeführten Verfahren

<https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-coronavirus-ausgangsbeschraenkungen-klage-1.5027566> -

gezeigt hat, dass entweder keine oder jedenfalls keine als ausreichend anzusehenden Akten, die die Entscheidungsgrundlage in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nachvollziehbar dokumentieren, existieren.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt allerdings 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](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). 25

[...]

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 Verordnungsprüfungsverfahren 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-Maßnahmegesetz schon aus diesem Grund nicht: 44

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

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

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

4

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

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

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Die zu diesem Punkt 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 Unterzeichnerin):

„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 Registraturrichtlinie 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 im Freien, zumal unter Einhaltung eines strengen Hygienekonzepts, kommt, ist zu konstatieren, dass nicht angenommen werden kann, dass die hier beanstandete Schließungsanordnung zu einer Verringerung der Übertragung führt. Schließlich hat sich bei dem Antragsteller 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.

Zu Recht äußerte Herr Kollege *Dr. Johannes Neyses* auch Kritik an der fehlenden wissenschaftlichen Begründung für eine Vielzahl an Maßnahmen:

[Bilder des Beitrags herausgenommen]

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

Es ist erschütternd, dass seit Monaten Maßnahmen angeordnet – und von Gerichten gehalten werden – bei denen der Nachweis der Geeignetheit nicht erbracht wurde. Hierbei wird § 1 Abs. 2 IfSG unberücksichtigt gelassen. Dort heißt es:



„Die hierfür notwendige Mitwirkung und Zusammenarbeit von Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen, Ärzten, Tierärzten, Krankenhäusern, wissenschaftlichen Einrichtungen sowie sonstigen Beteiligten soll entsprechend dem jeweiligen Stand der medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft und Technik gestaltet und unterstützt werden.“

Das bedeutet, dass Maßnahmen evidenzbasiert sein müssen. Aus diesem Grund – der fehlenden wissenschaftlichen Evidenz – wurde in Schweden z.B. keine allgemeine Maskenpflicht eingeführt. So äußerte sich *Anders Tegnell*, der Chef-Epidemiologe Schwedens, wie folgt:

“We have looked very carefully. The evidence is weak,” he told *Science*. “Countries that have masks are not doing the best right now. It is very dangerous to try to believe that masks are a silver bullet.”

<https://www.sciencemag.org/news/2020/10/it-s-been-so-so-surreal-critics-sweden-s-lax-pandemic-policies-face-fierce-backlash>

c.

*Erforderlichkeit*

Jedenfalls ist das ausgesprochene **Totalverbot** nicht erforderlich. In der Vergangenheit hat sich das Hygienekonzepte des Antragstellers bewährt. Es gab keinen einzigen Fall einer positiven Testung.

Auch zeigt eine groß angelegte Studie, dass das **Infektionsrisiko sogar in Fitnessstudios – und damit in geschlossenen Räumen – 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>

Dabei geht es hier sogar lediglich um das Verbot, **Outdoor-Sport für Kleingruppen** anbieten zu dürfen.

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. Die Schätzung des R-Wertes basiert auf dem sogenannten Nowcasting (Abbildung 7), einem statistischen Verfahren, das die Entwicklung der Fallzahlen nach Erkrankungsbeginn darstellt und für die letzten Tage auch prognostiziert. Diese Prognose ist mit Unsicherheit behaftet, die sich auch in den zum R-Wert angegebenen Prädiktionsintervallen spiegelt. Nach Eingang weiterer Fallmeldungen am RKI wird der R-Wert im Verlauf für die zurückliegenden Tage angepasst und ggf. nach oben oder unten korrigiert. In den letzten Wochen wurden Werte, die am Anfang einer Woche berichtet wurden, typischerweise leicht nach oben korrigiert. Sie hatten also das reale COVID-19 Geschehen in Deutschland leicht unterschätzt. Gegen Ende einer Woche geschätzte Werte verhielten sich stabiler. Den aktuell geschätzten Verlauf des R-Werts zeigt Abbildung 8.

4-Tage-R-Wert	7-Tage-R-Wert
0,88	0,92
(95%-Prädiktionsintervall: 0,73 – 1,05)	(95%- Prädiktionsintervall: 0,84 – 1,00)

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Nov\\_2020/2020-11-10-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-10-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>  
Rechtsanwältin Jessica Hamed

An dieser Stelle wird – da sich die Situation wieder ähnelt – aus einem Schriftsatz der Unterzeichnerin vom 27.04.2020 an das Verwaltungsgericht Mainz (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.bundestkanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundestkanzlerin-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.

RECHTSANWÄLT UND FACHANWÄLT

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](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.

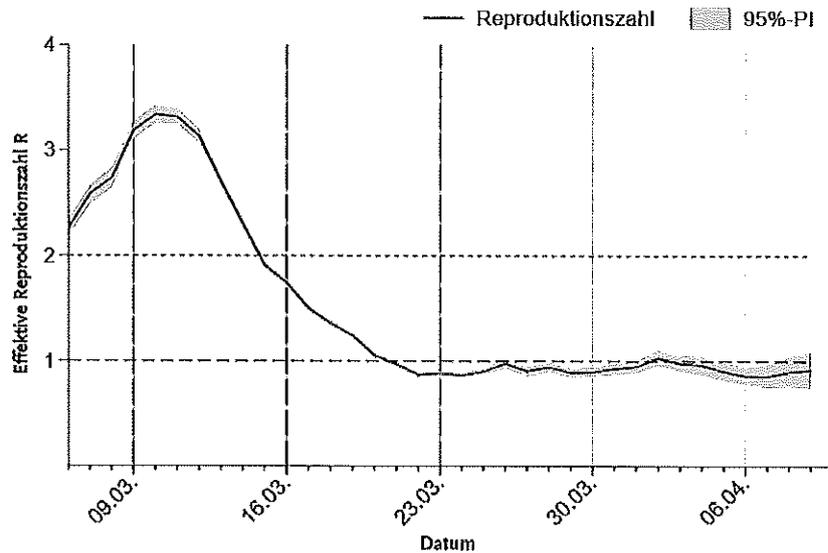


Abb. 4 | Schätzung der effektiven Reproduktionszahl  $R$  für eine angenommene Generationszeit von 4 Tagen. Die gestrichelten vertikalen Linien kennzeichnen den Start der in Tab. 1 (S. 15) genannten Maßnahmen am 9. März, 16. März und 23. März 2020.

[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgabe  
n/17\\_20\\_SARS-CoV2\\_vorab.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgabe_n/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 das Betriebsverbot – 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 betroffenen 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 Verordnungsgeber 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 auf diese Weise 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 Unterzeichnerin und wird mutmaßlich auch vom Gericht bestätigt werden können.

Darüber hinaus legt auch ein Bericht vom 10.11.2020, der auf ntv zu lesen ist, die Richtigkeit der Beobachtung nahe. Dort heißt es u.a. (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Dichtes Gedränge auf der Friedrichstraße, volle Bahnhöfe und eine meterlange Schlange vor Ikea: Von einem Lockdown ist an

diesem sonnigen Wochenende in der Hauptstadt nur wenig zu spüren. Lediglich die gestapelten Tische und Stühle vor Cafés und Restaurants geben einen Hinweis darauf, dass die Bundesregierung erst am vergangenen Montag erneut die Notbremse in der Corona-Pandemie gezogen hat. Wie schon im Frühjahr sollen die Maßnahmen die hohen Infektionszahlen senken, damit das Gesundheitssystem nicht überlastet wird. Der Unterschied: Diesmal darf der Einzelhandel geöffnet bleiben. **Statt gespenstischer Leere wie im März herrscht jetzt in den Einkaufsstraßen und Malls Trubel wie eh und je. Die Berliner shoppen sich durch den Corona-Lockdown.**

[...]

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

[...] Rechtsanwältin Jessica Hamed

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

Drittel angeben, Läden zu meiden, gehen mittlerweile nicht mal mehr sieben Prozent seltener shoppen als vor Corona.“

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

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; ein wissenschaftlicher Nachweis wurde bislang nicht erbracht – 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 nicht nur in den vollen Geschäften, sondern auch deutlich an der Zunahme der eingereichten Klagen und Anträge zeigt.

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

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

<https://www.hogapage.de/nachrichten/politik/recht/bverfg-verzeichnet-ueber-500-klagen-gegen-corona-massnahmen/>.

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

Wieso soll der Antragsteller den Preis für die Versäumnisse des Ordnungsgebers bezahlen? Bei ihm steckte sich niemand an. Er macht Angebote, die die Gesundheit unterstützen. Er hat ein überzeugendes Hygienekonzept. Bei ihm findet kein geselliges

Miteinander statt. Es wird lediglich trainiert. Im Freien. Unter Einhaltung des gebotenen Abstands.

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 Fitnessstraining in einer Kleingruppe im Freien.**

RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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 – durchaus verbunden mit einem längeren Aufenthalt in einem Gebäude (Aersole) – ist aber gestattet, ebenfalls wie der Friseurbesuch.

In Bezug auf den Antragsteller ist hier zu seinen Gunsten im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass er ein **Sportangebot schafft, 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 in der Woche.

[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3\\_Downloads/B/Bewegung/Nationale-Empfehlungen-fuer-Bewegung-und-Bewegungsfoerderung-2016.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Daten/3_Downloads/B/Bewegung/Nationale-Empfehlungen-fuer-Bewegung-und-Bewegungsfoerderung-2016.pdf)

Gerade weil sich aktuell viele Menschen im home office ist die Sportbranche 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 zu haben.

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

Am 29.10.2020 äußerte Professor Stefan Willich, Direktor am Charité Institut für Sozialmedizin, Epidemiologie und Gesundheitsökonomie, deutliche Kritik an 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 Unterzeichnerin):

„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 des Betriebs des Antragstellers auch nicht als angemessen betrachtet werden.

## 6. Schlussbemerkung

Noch nie in der bundesdeutschen Geschichte wurden die Freiheitsgrundrechte so gravierend, für so einen langen Zeitraum und für so viele Menschen gleichzeitig beschnitten. Ein Ende ist zudem – immer noch nicht – in Sicht.

Diesseits bestehen keine Zweifel daran, dass den zur Entscheidung berufenen Richter\*innen bewusst ist, dass vorliegend – wie in den vergangenen Monaten – über die Rechtmäßigkeit der **gravierendsten** Grundrechtseingriffe in der Bundesrepublik Deutschland zu entscheiden ist. Die gerichtlichen Entscheidungen dieser Tage schreiben Rechtsgeschichte. So oder so.

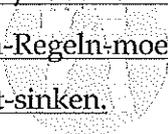
Die Gewaltenteilung und der Rechtsstaat existieren auch in Krisenzeiten. Gerade dann bewährt sich ein Rechtsstaat. Der Parlamentsvorbehalt ist konstitutiv für eine funktionierende Demokratie und steht nicht zur Disposition. Weder zu der der Politiker\*innen noch der des Volkes.

Es genügt nicht, dass die Gerichte „später“ alles analysieren und juristisch aufarbeiten.

Wir beobachten inzwischen seit Monaten, wie der Rechtsstaat – abgesehen von einigen erfreulichen Ausnahmen wie z.B. die Aufhebung des Lockdowns im Landkreis Gütersloh durch das hiesige Gericht –, immer weiter erodiert, wie auch der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *Hans-Jürgen Papier*, schon am 02.04.2020, anmahnte.

 [https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-  
verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-  
16708118.html](https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-<br/>verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-<br/>16708118.html)

Einen korrigierenden Kurs aus der Politik ist nicht zu beobachten. Im Gegenteil Politiker\*innen stellen weitere tiefgreifende Grundrechtseingriffe in Aussicht.

 [https://www.haz.de/Nachrichten/Politik/Niedersachsen/Noc  
h-schaerfere-Corona-Regeln-moeglich-wenn-Zahlen-in-  
Niedersachsen-nicht-sinken](https://www.haz.de/Nachrichten/Politik/Niedersachsen/Noc<br/>h-schaerfere-Corona-Regeln-moeglich-wenn-Zahlen-in-<br/>Niedersachsen-nicht-sinken)

Die Legitimation für all dies kann nur das Gesetz geben. Selbst wenn einige Menschen nach strengeren Maßnahmen rufen sollten. Dieser Ruf ersetzt weder die Notwendigkeit einer Eingriffsgrundlage noch setzt es das von Verfassungswegen zu beachtende Übermaßverbot außer Kraft. *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* brachte diesen Umstand bereits am 25.03.2020 gut auf den Punkt, als sie sagte:

„Wenn Bürger fordern, die Notstandsgesetze als ultimativen Akt staatlicher Gewaltausübung in der Corona-Krise anzuwenden, zeigt das, wie locker die Fesseln des Staates heute sitzen. Wenn darüber diskutiert wird, ob man die Telefone der Bürger überwachen sollte, um die Einhaltung von Ausgangssperren zu kontrollieren, zeigt das, wie schnell wir bereit sind, unsere Freiheit auf dem Altar der Sicherheit zu opfern. Dass diese

Maßnahmen juristisch fragwürdig sind, gerät dabei schnell in Vergessenheit.“

<https://www.welt.de/debatte/kommentare/article206787271/Corona-Massnahmen-Wir-sind-zu-schnell-bereit-unsere-Freiheit-zu-opfern.html>

Die Exekutive und die Legislative haben den Rechtsstaat im Stich gelassen. Daran ändert auch die schamlose Feigenblattpolitik, welche die Bundestagskoalitionsparteien im Hinblick auf den Gesetzentwurf zu § 28a IfSG betreiben, nichts.

Vor diesem Hintergrund kommt der Justiz eine besondere Bedeutung zu. Gerade weil der öffentliche Druck so hoch ist, kommt den Gerichten die Aufgabe zu, sich von der Emotionalität der Debatte freizumachen und Sachfragen in den Vordergrund zu stellen.

Als letztes Korrektiv bleibt damit – wie immer – die Judikative.

Der Ordnungsgeber darf nämlich nicht beschließen, die Freiheit gegen die Sicherheit auszutauschen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Juristisch völlig fehl geht beispielsweise die Annahme des Berliner Regierenden Bürgermeisters Müller. Die Welt zitierte ihn am 11.11.2020 wie folgt:

Berlins Regierender Bürgermeister Müller sagte, darüber werde jeden Tag diskutiert. „Ich bin der Auffassung, der Gesundheitsschutz steht über allem. Und wenn ich das will, muss ich zu einschneidenden Maßnahmen kommen.“

<https://www.welt.de/vermischtes/article219819314/Markus-Lanz-Streck-befuerwortet-Lockdown-und-stellt-eine-Bedingung.html>

Das mag seine Auffassung sein, indes deckt sie sich nicht mit dem Grundgesetz. Das Grundgesetz sieht keinen seuchenpolitischen oder sonstigen gesundheitspolitischen Imperativ vor.

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. der Antragsteller teuer bezahlen soll (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):



Rechtsanwältin Jessica Hamed

„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.



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

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/>

Der Zeitpunkt, an dem wir lernen müssen zu akzeptieren, dass ein allgemeines Lebensrisiko auch in virologischer Hinsicht besteht und nicht absolut und vollständig ausgeschlossen werden kann; jedenfalls nicht unter gleichzeitiger Wahrung der verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechtspositionen und Grundwerte wie Demokratie und Rechtsstaat, war bereits Mitte April 2020 gekommen. Jeder Mensch hat das Recht für sich selbst Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Umgekehrt hat der Staat jedoch nicht das Recht den Menschen das um jeden Preis aufzuoktroyieren. Schon gar nicht, wenn es zu massiven „Kollateralschäden“ – dazu gehören auch Menschenleben! – kommt. Eigenverantwortliche Selbstschädigung ist in einem freiheitlichen Staat das Recht jedes Einzelnen. Dieses Recht stößt erst an seine Grenze, wenn damit das **komplette Gesundheitssystem in Gefahr gebracht** wird. Das ist hier aber ersichtlich nicht der Fall.

Menschen dürfen Rauchen, Alkohol trinken, Auto fahren, Fallschirmspringen, dick werden, sich überarbeiten, mit dem Fahrrad ohne Helm fahren usw. Menschen dürfen ihr Leben gefährden. Der

Staat kann (leider) nicht beschließen, dass nicht mehr gestorben werden darf. Schon gar nicht um diesen Preis.

Die Unterzeichnerin ist zwar 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](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-Schulklassen>) 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

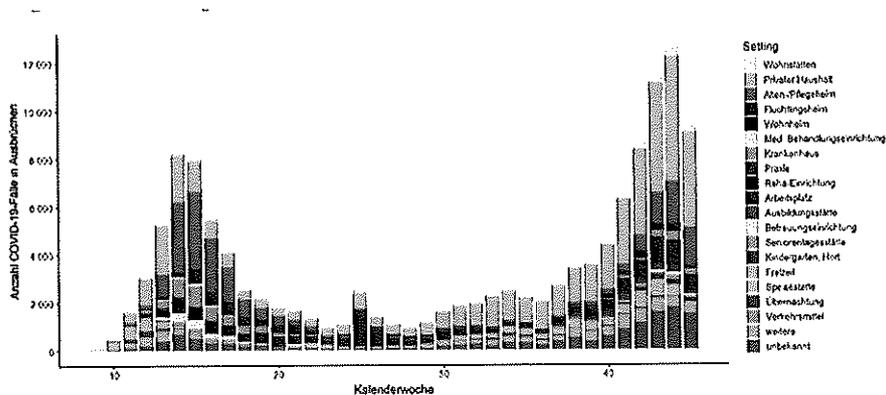


Abbildung 6: Darstellung der gemeldeten COVID-19 Fälle nach Infektionsumfeld (Setting) und Kalenderwoche (Zeitpunkt der Meldung des jeweiligen Falles), die vom jeweiligen Gesundheitsamt einem Ausbruch zugeordnet wurden. Abgebildet werden alle Fälle aus Ausbrüchen mit 2 oder mehr Fällen. Die möglichen 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 10.11.2020, 0:00 Uhr).

[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Nov\\_2020/2020-11-10-de.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Nov_2020/2020-11-10-de.pdf?_blob=publicationFile)



- erstaunt schon sehr.

Dies alles zeigt, dass der Verordnungsgeber im Wesentlichen von dem Bedürfnis getrieben war, irgendetwas zu machen und Entschlossenheit zu zeigen.

Rechtsanwältin Jessica Hamed

Es bleibt zu hoffen, dass der hiesige Senat – im Abkehr seiner aktuellen Rechtsauffassung in den „Lockdown 2.0. Beschlüsse“ – dazu beitragen wird, zu verhindern, dass der Verordnungsgeber glaubt, auf einer derartigen Entscheidungs- und Tatsachengrundlage einen 3. oder 4. Lockdown durchführen zu können.

Um es mit aller Deutlichkeit zu sagen: Es ist nicht mehr hinnehmbar, dass die Exekutive unter Außer Achtlassung jeglicher wissenschaftlicher Evidenz und rechtsstaatlicher Grundsätze schaltet und waltet wie es ihr beliebt.

### III.

#### Kostenentscheidung

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

#### B.

##### Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

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

In Bezug auf die Zulässigkeit wird zunächst auf die obigen Ausführungen verwiesen. Der Antrag ist nach § 47 Abs. 6 VwGO statthaft.

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen Gründen dringend geboten ist.

Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in erster Linie die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache anhängigen Normenkontrollantrags, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen. Dabei erlangen die Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags eine umso größere Bedeutung für die Entscheidung im Eilverfahren, je kürzer die Geltungsdauer der in der Hauptsache angegriffenen Normen befristet und je geringer damit die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Entscheidung über den Normenkontrollantrag noch vor dem Außerkrafttreten der Normen ergehen kann. Das muss insbesondere dann gelten, wenn – wie hier – die in der Hauptsache angegriffenen Normen in quantitativer und qualitativer Hinsicht erhebliche Grundrechtseingriffe enthalten oder begründen, sodass sich das Normenkontrollverfahren (ausnahmsweise)

als zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten erweisen dürfte.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. März 2020 – 20 NE 20.632 –, juris, Rn. 31, m.w.N.

Ergänzend ist hier 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.

So verhält es sich offenkundig hier. Es droht eine erhebliche Grundrechtsverletzung, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr beseitigt werden kann.

Ergibt demnach die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die

unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eilantrag nicht (hinreichend) abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, das Hauptsacheverfahren aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, das Normenkontrollverfahren aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung - trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache - dringend geboten ist.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. März 2020 - 20 NE 20.632 -, juris, Rn. 32, m.w.N.

Diesen vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2015 im Zusammen mit der Überprüfung eines Bebauungsplans herausgearbeiteten Prüfungsmaßstäben verdient Zustimmung und soll auch der folgenden Betrachtung zugrunde gelegt werden.

Nach diesen Maßstäben sind die angegriffenen Bestimmungen vorläufig außer Vollzug zu setzen.

Die hier dargelegten Gründe zeigen nach hiesiger Ansicht eindeutig den Verstoß der hier angegriffenen Bestimmung gegen höherrangiges Recht auf, sodass für eine Folgenabwägung - so auch das

Verwaltungsgericht Hamburg in seiner oben unter Bezug  
genommenen Entscheidung – kein Raum verbleibt.

Da aktuell aufgrund der nur kurzzeitig geltenden Regelungen der  
effektive Rechtsschutz droht, zu versagen wird abschließend angeregt,

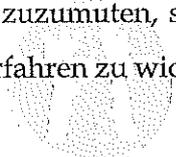
dem Antragsgegner im Hinblick auf den Antrag auf  
einstweiligen Rechtsschutz eine Stellungnahmefrist längstens  
bis längstens zum 16. November 2020 einzuräumen.



RECHTSANWÄLTE UND FACHANWÄLTE

Die Unterzeichnerin hat bereits mehrere Verfahren dieser Art in  
verschiedenen Bundesländer geführt und es erscheint die bayerische  
Variante, auch bei Schriftsätzen dieses Umfangs eine Frist von zwei  
Tagen einzuräumen, als angemessen und ausreichend.

Es ist dem Antragsgegner zuzumuten, sich mit einem entsprechendem  
Personeneinsatz diesen Verfahren zu widmen.



Jessica Hamed  
Rechtsanwältin

[Aufgrund der Herausnahme von Bildern hat der veröffentlichte Schriftsatz  
weniger Seiten, der Originalschriftsatz umfasste 128 Seiten]