



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

Verwaltungsgericht Mainz
Ernst-Ludwig-Straße 9
55116 Mainz

Eilt!

Bitte sofort vorlegen!

Nur per beA

DATUM	AKTENZEICHEN	DURCHWAHL	E-MAIL
29.11.2020	0928/2020-JH	(06131) 5547666	hamed@ckb-anwaelte.de

In dem Verwaltungsrechtsverfahren

_____ ./ Land
Rheinland-Pfalz

erlauben wir uns zum **Fristverlängerungsantrag des Beklagten** wie folgt Stellung zu nehmen:

Der seitens des Beklagten beantragten Fristverlängerung von **zwei Monaten** wird nachdrücklich entgegengetreten. Es wird angeregt, dem Beklagten eine Fristverlängerung von **längstens drei Wochen** zu gewähren.

Begründung

Der Beklagte bekam die Klageschrift am 06.11.2020 übermittelt, die Kammer gewährte darin eine Frist zur Klageerwiderung bis zum 27.11.2020, mithin räumte sie ihm **drei Wochen** ein. Dass der Beklagte nunmehr eine Fristverlängerung beantragt, die die erstmals gewährte Frist um **fast das dreifache übersteigt** ist – zurtückhaltend formuliert – dreist.

1.

Michael Bernard
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Timo Korn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Prof. Dr. Hanno M. Kämpf
Strafverteidiger

Anna Deus-Cörper
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verkehrsrecht

Sven Hartmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bankkaufmann

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

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

Jessica Hamed
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht

Nadia Thibaut
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Timo Berneit
Rechtsanwalt

Hanna Wöllstein
Rechtsanwältin

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

www.ckb-anwaelte.de
info@ckb-anwaelte.de

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

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

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

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

Der vorliegende Sachverhalt ist nicht besonders komplex, die aufgeworfene Rechtsfragen sind klar umrissen. Der Beklagte hat ferner im Rahmen des dazugehörigen Eilverfahrens bereits eine 29-seitige Erwiderung mit Schriftsatz vom 11.11.2020 vorgelegt.

2.

Die seitens des Prozessbevollmächtigten des Beklagten angeführte „außerordentliche Termins- und Geschäftsbelastung“ liegt hier erstens auch vor und zweitens kann das nicht zum Nachteil der Kläger*innen gereicht werden.

Sollte die seitens des Beklagten beauftragten Prozessbevollmächtigten der Vielzahl an Verfahren nicht gewachsen sein, ist das in der Risikosphäre des Beklagten zu verorten.

Am Rande sei die Anmerkung erlaubt, dass die Belastung des Prozessbevollmächtigten aber offenbar nicht so groß war, dass er nicht unmittelbar nach Zustellung des Beschlusses bereits am 23.11.2020 die Zeit gefunden hatte, einen Kostenfestsetzungsantrag zu stellen – die Zeit, die der Unterzeichnerin – wie gerichtsbekannt sein dürfte – fehlt, da der Fokus diesseits auf der Sachbearbeitung und nicht auf die Rechnungsstellung liegt.

3.

Es besteht diesseits bereits deshalb ein nachvollziehbares hohes Bedürfnis das Hauptsacheverfahren zügig zu betreiben und zu beenden, da die Grundrechtseingriffe, die die Kläger*innen belasten, bis zum 20. Dezember 2020 verlängert wurden (§ 10 Abs. 2 13. CoBeLVO).

Der Kanzleramtschef Helge Braun stellte sogar das Andauern der Maßnahmen bis März 2021 in Aussicht.

<https://www.berliner-zeitung.de/news/helge-braun-corona-einschraenkungen-gehen-bis-maerz-li.121812> (zuletzt aufgerufen am 27.11.2020)

Und auch die hiesige Ministerpräsidentin dämpfte die Hoffnung auf eine rasche Öffnung:

<https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/dehoga-gegen-coranamassnahmen-100.html>

Eine **zügige Klärung** der auch seitens der Kammer als offene Rechtsfragen deklarierten Aspekte (Parlamentsvorbehalt und Verhältnismäßigkeit) ist daher **dringend** geboten.

4.

Aufgrund der unerfreulichen Erfahrungen der Unterzeichnerin mit dem Unwillen/Unvermögen des Beklagten Akten in derartigen Verfahren vorzulegen, wird **erneut** gemäß § 99 Abs. 1 VwGO

die Vorlage sämtlicher behördlicher Vorgänge, Akten, Vermerke, Telefonnotizen, E-Mails etc. die im Zusammenhang mit der hier streitgegenständlichen Regelungen stehen,

beantragt.

Erst anhand dieser Dokumente können beispielsweise die folgenden **entscheidungserheblichen** Fragen beantwortet werden:

1. Von welcher Tatsachengrundlage geht der Beklagte aus?
2. Welche Gefahrenlage sieht er?
3. Wie ist diese begründet?
4. Ist sie nachvollziehbar begründet?
5. Welche Annahmen hat er zugrunde gelegt?

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

Nur die Vorlage der Dokumente wird es ermöglichen, zu prüfen, **ob der Beklagte eine ausreichende Verhältnismäßigkeitsprüfung** vorgenommen hat.

Die hier vertretene Rechtsansicht, dass eine Aktenführung selbstverständlich **zwingend** erfolgen muss, bestätigt auch der Regensburger Universitätsprofessor Gerrit Manssen im selben Fernsehbeitrag (Hervorhebungen durch die Unterzeichnerin):

„Ausdrücklich gesetzliche Anweisungen dazu gibt es keine, aber es folgt natürlich aus der Grundrechtsbedeutung dieser Corona-Maßnahmen und **auch aus den Anforderungen einer rechtsstaatlichen Verwaltung, dass man Entscheidungsgrundlagen dokumentiert, um die Überprüfung durch die Gerichte hinterher auch möglich zu machen.**“

<https://www.br.de/nachrichten/bayern/corona-beschluesse-in-bayern-keine-akten-vorhanden,SAHjUHd>

Auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshof Österreich wurde bereits in der Klageschrift hingewiesen.

5.

Abschließend wird angeregt, dem Beklagten aufzugeben, zu dem Umstand Stellung zu nehmen, dass mittels eines PCR-Tests, welcher aktuell für den Nachweis einer SARS-CoV-2-Infektion genutzt wird, keine Infektiosität nachgewiesen werden kann.

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

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

Siehe dazu etwa
https://dgn.org/neuronews/journal_club/vorhersage-der-infektiositaet-von-sars-cov-2-bei-positiver-pcr/,
abgerufen am 24. November 2020.

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

vgl. dazu etwa
https://www.divi.de/joomlatoools-files/docman-files/divi-Intensivregister-tagesreports/DIVI-Intensivregister_Tagesreport_2020_11_23.pdf;
<https://www.divi.de/aktuelle-meldungen-intensivmedizin/nicht-warten-bis-wir-am-limit-sind-gemeinsamer-ruf-nach-politischem-schutzschirm-fuer-belastete-kliniken>; jeweils abgerufen am 24. November 2020,

einen belastbaren Rückschluss auf die Dynamik des Infektionsgeschehens erlauben.

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

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

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

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

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

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

Das Gericht berief sich damit selbst auf die zitierten Ausführungen und ließ sie gleichwohl unberücksichtigt.

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

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

Das heißt, es ist unter Berücksichtigung dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse vom Verordnungsgeber zu fordern, dass er die positiven

Fallzahlen - die das Fundament für alle Coronabekämpfungsmaßnahmen darstellen - jedenfalls um diejenigen Zahlen bereinigt, bei denen der Ct-Wert über 24 liegt.

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

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

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

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

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

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

In diesem Fall war eine Gruppe aus vier Personen betroffen, die auf den Azoren in Quarantäne geschickt wurden, nachdem eine Person von ihnen positiv getestet wurde. Ein erstinstanzliches Gericht bestätigte die

Quarantäne als rechtmäßig, weil die positiv getestete Person infektiös beziehungsweise ansteckend sei. In der zweiten Instanz hatte das Berufungsgericht dies anders gesehen und festgestellt, dass die Verhaftung der Antragsteller rechtswidrig gewesen sei und die Antragsteller unverzüglich freizulassen seien (Anlage, gerichtliche Entscheidung im Original, zur Zusammenfassung: <https://crlisboa.org/wp/juris/processo-n-o1783-20-7t8pdl-11-3/>)

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

18. Da es also so viele wissenschaftliche Zweifel gibt, die von Experten auf diesem Gebiet geäußert wurden und die hier ausschlaggebend sind, an der Zuverlässigkeit solcher Tests, die die Parameter ihrer Leistungsfähigkeit ignorieren und keine ärztliche Diagnose im Sinne des Vorliegens einer Infektion und

eines Infektionsrisikos stellen lassen, wäre es diesem Gericht niemals möglich, festzustellen, ob C tatsächlich Träger des SARS-CoV-2 Virus war oder ob A, B. und D. einem hohes Risiko ausgesetzt waren.“

Der stringenten Schlussfolgerung des Gerichts ist zuzustimmen.

Nach alledem sind die Ausführungen des OVG Nordrhein-Westfalen ersichtlich in sich widersprüchlich und denkgesetzlich fehlerhaft, da der Senat, anders als das portugiesische Gericht, lediglich den **halben Schluss** aus der – richtigen – Feststellung, dass ein positiver PCR-Test keine Infektiosität belegt, gezogen hat.

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

Das bedeutet indes **nicht**, dass **keinerlei Maßnahmen gerechtfertigt sein können**, das bedeutet lediglich, dass der Ordnungsgeber sich andere, **valide Parameter** suchen muss, um ein aussagekräftiges Bild vom Infektionsgeschehen zu erhalten.

Der Ordnungsgeber ist dringend dazu aufzufordern, valide Parameter zu bestimmen.

Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass § 28a Abs. 3 IfSG Schwellenwerte für Grundrechtseingriffe festlegt, die an „Neuinfektionen“ anknüpfen. D.h. es dürfen nur **Infektionen** berücksichtigt werden.

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

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

Ob ein Virus aber vermehrungsfähig ist, kann indes nicht ohne Weiteres mittels eines PCR-Tests festgestellt werden. Insofern sind die aktuell übermittelten Fallzahlen ohne Korrekturen, wie etwa die Festlegung eines wissenschaftlich nachvollziehbaren Ct-Wertes oder einer zusätzlichen klinischen Diagnostik, die das Ergebnis des PCR-Tests bestätigt oder nicht bestätigt, kein rechtlich zulässiger Anknüpfungspunkt.

Die aktuelle Anknüpfung an die Anzahl der positiven Tests ist vielmehr unwissenschaftlich und damit **willkürlich**.

Mögliche zulässige Anknüpfungspunkte könnten z.B. diagnostisch bestätigte Fälle oder Zahlen, die durch die Krankenhäuser übermittelt werden, sein. Es sollten hierbei ausschließlich die Patient*innen, die **tatsächlich wegen COVID-19** behandelt werden und nicht etwa wegen einem anderen Leiden in Behandlung sind und zeitgleich positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden, berücksichtigt werden.

Jessica Hamed
Rechtsanwältin